

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ANAYASAL HAKLARIN
SINIRLANDIRILMASINDA İÇKİN SINIRLAMA
DOKTRİNİ

SEYFULLAH TOSUN

2502170227

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. H. BURAK GEMALMAZ

İSTANBUL-2024

ÖZ

ANAYASAL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASINDA İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİ SEYFULLAH TOSUN

Anayasal haklar, anayasa metninde açıkça gösterilmeyen ve fakat anayasaya içkin sebeplerle sınırlanmaktadır/tahdit edilmektedir. Bu tezin temel amacı gerçekleştirilen ve/veya gerçekleştirilmek zorunda olunan bu sınırlamaları tipikleştirmek ve anayasal hakların öngörülemez bir şekilde sınırlandırılmasını engellemektir. Bu amaç, hem anayasal hakların içkin olarak sınırlanmasında dayanan argümanları, hem de bu içkin sınırlamaların nasıl ve hangi koşullarda uygulandığını belirlemeyi gerektirir. Bu inceleme aynı zamanda genel bir anayasal hak teorisi ve dogmatığı oluşturmayı da zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, tezin birinci bölümünde, genel bir hak teorisi ve dogmatığı belirlenmiştir. İkinci bölümde ise içkin sınırlama doktrini, birinci bölümde belirlenen hak teorisine eklenmiştir. Üçüncü bölümde, belirlenen içkin sınırlama doktrininin uygulamaya/içtihat hukukuna ne ölçüde yansıdığı kontrol edilmiştir. Her üç bölüm de Alman anayasa hukuku, Türk anayasa hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukuna dayanılarak kaleme alınmıştır. Bu üç hukuk sistemi, zaman zaman karşılaştırmalı olarak, zaman zaman ise sentezlenerek ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: anayasal haklar, sınırlama, içkin sınırlama, zımni sınırlama, tahdit, anayasal hak teorisi, anayasal hak dogmatığı

ABSTRACT

THE DOCTRINE OF IMMANENT/IMPLIED/INHERENT LIMITATION IN THE LIMITATION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

SEYFULLAH TOSUN

Constitutional rights are limited/delimited for reasons that are not explicitly stated in the text of the constitution but are inherent in the constitution. The main purpose of this thesis is to typify these limitations that are and/or have to be realised and to prevent unforeseeable limitations of constitutional rights. This aim requires determining both the arguments relied upon in the immanent/IMPLIED/inherent limitations of constitutional rights and how and under what conditions these immanent/IMPLIED/inherent limitations are applied. This examination also necessitates the formulation of a general theory and dogmatics of constitutional rights. In this context, in the first part of the thesis, a general theory and dogmatics of rights is determined. In the second part, the doctrine of immanent/IMPLIED/inherent limitation is added to the theory and dogmatics of constitutional rights determined in the first part. In the third part, the extent to which the doctrine of immanent/IMPLIED/inherent limitation is reflected in practice/ case law is analysed. All three chapters are based on German constitutional law, Turkish constitutional law and the European Convention on Human Rights law. These three legal systems have been discussed comparatively from time to time and synthesised occasionally.

Keywords: constitutional rights, limitation, restriction, immanent limitation, IMPLIED limitation, inherent limitation, delimitation, theory of constitutional rights, dogmatics of constitutional rights

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın amacı, anayasal hak teorisinde genelde görmezden gelinen veyahut üstünkörü geçilen anayasal hakların içkin sınırlarının açıklığa kavuşturulmasıdır. Burada içkin sınırlama alışıla geldiği üzere yalnızca sınırlama kaydı olmayan anayasal haklara ilişkin bir doktrini değil, aynı zamanda anayasal hakların kapsamını tahdit eden diğer içkin sınırlama kategorilerini de konu alır. Bu konu, Türk anayasa doktrininde doğrudan çalışılmış bir konu değildir. Daha çok birkaç monografide incelenen yan bir konudur.

Çalışmanın konusunun belirlenmesinde ve hazırlanmasında yardımcı olan tez danışmanım Sayın Prof. Dr. H. Burak Gemalmaz'a çok teşekkür ederim. Kendisi tezin oluşumunda birçok eleştirisini ve görüşünü paylaşmış ve acemi bir tezi olgunlaştırmıştır. Lisansüstü aşamayı dışarıdan bitirmeye çalışan biri olarak benim kendime olan güvenimi tesis etmiştir. Aynı zamanda, erişmekte zorlandığım birçok esere erişmeme de yardımcı olmuştur.

Burada ayrıca savunmada yer alan değerli jüri üyelerine de teşekkür etmek isterim. Hem tez izleme komitesinde hem de jürimde yer alan Sayın Prof. Dr. Oktay Uygun'un yönlendirmeleri, eleştirileri ve görüşleri bu tezin oluşumunda tartışmasız bir yer edinmiştir. Bu sebeple, kendisine teşekkürü borç bilirim. Jürimde yer alan Sayın Prof. Dr. O. Korkut Kanadoğlu, savunmada teze yönelik sayısız katkıda bulunmuştur. Hem tez izleme komitesinde hem de jürimde yer alan, Sayın Dr. Öğr. Üyesi Volkan Aslan'ın görüşleri, eleştirileri ve önerileri için çok teşekkür ederim. Jürimde yer alan Sayın Dr. Öğr. Üyesi A. Mert Duygun'un savunmada yönelttiği eleştiriler tezin nihai haline ulaşmasını sağlamıştır. Savunmada akademik olarak uzun zamandır rastlanmayan seviyede bir eleştiri ve tartışma ortamı yarattıkları için değerli jüri üyelerine müteşekkirim.

Emekliye ayrılmadan önce tez izleme komitemde yer alan Sayın Prof. Dr. M. Tevfik Özcan'a da teşekkür etmem gerekir. Kendisi ile olan sohbetlerimiz sayesinde, öngöremediğim birçok fikri ve görüşü edinmiş bulundum.

Çalışma konusunun kaynakları ve menşei Alman anayasa hukuk doktrininde ve içtihat hukukunda yer almaktadır. Nitekim tezin hazırlanmasının bu kadar uzun sürmesinin ve zahmetli olmasının sebebi de, öncelikle Almanca öğrenim sürecim olmuştur. Ancak Almancayı öğrendikten sonra karşıma yeni bir sorun çıkmıştır: Alman anayasa hukuk kaynakları. Nitekim bunları edinmemde birçok kişi yardımcı olmuştur. Öncelikle kaynaklara ulaşmamda İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi Kütüphaneler

Arası Ödünç Verme biriminde çalışan Cihan Kalın oldukça yardımcı olmuştur. Nitekim yüksek lisans öğrencisi Ersen Kaan Bulam, doktora öğrencisi Merve Çığcı, doktora öğrencisi Enes Kethüda ve Dr. H. Kaan Canan da birçok kaynağı edinmeme yardım etmiştir. Aynı şekilde dostum Dr. Şerif Ahmet Öztürk, birçok kaynağı edinmemde aracılık etmiştir. Ablam Dr. Öğr. Üyesi Sümeyra Tosun ise benim bütçemi aşan birçok kitabı edinmeme çok yardımı dokunmuştur. Bu isimler olmasa, bu çalışmanın oldukça eksik olacağını temin edebilirim.

Bu uzun soluklu tez sürecinde, özellikle manevi anlamda bana çok destek veren aileme de ayrıca çok teşekkür ederim. Varlıkları her zaman bu zorlu tez yazımını daha kolaylaştırdı.

Ve son olarak, bütün zorluklarıma, aksiliklerime katlanan, benim sığınağım, benim tapınağım ve yegâne evrenim sevgili eşim Hafize'ye teşekkür edemeyecek kadar borç içinde olduğumu biliyorum. Eşim olmadan, bu tezin yazımını bile düşünemiyorum. Her fikrimi danıştığım ve fikir teatisinde bulunduğum eşim Hafize'ye minnettarım.

Seyfullah Tosun
İstanbul, 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
TABLO LİSTESİ.....	xiii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL HAKLARIN YAPISI VE SINIRLAMA DOGMATIĞI

1.1. ANAYASAL HAK TÜRLERİ	49
1.1.1. Sınırlandırılmayan Haklar: Mutlak Haklar	50
1.1.1.1. Mutlak Hak ve Prima Facie Hak Anlayışı	50
1.1.1.2. İlke Teorilerinin İtirazları ve Mutlak Hakları Görelileştirme Çabaları	54
1.1.1.3. Mutlak Haklar Vardır.....	59
1.1.1.3.1. Sübjektif Bir Hak Olarak İnsan Onuru Normunun Kapsamı	60
1.1.1.3.2. İçtihatlar Bağlamında Bir İnceleme	65
1.1.1.3.3. Durdurulamaz Bir Kuvvetin Hareket Etmeyen Bir Nesne ile Karşılaşması.....	69
1.1.2. Sınırlandırılabilir Haklar.....	72
1.1.2.1. Somut Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar.....	73
1.1.2.2. Soyut Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar	75
1.1.2.3. Genel Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar.....	76
1.1.2.4. Basit Yasa Kaydına Tabi Olan Anayasal Haklar.....	77
1.1.2.5. İçkin Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar	78
1.1.2.6. Alt-Haklar	78
1.2. HAK TEORİLERİ BAĞLAMINDA ANAYASAL HAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	82
1.2.1. Şekli ve Maddi Anayasal Hak Teorisi.....	82
1.2.2. Liberal Anayasal Hak Teorisi.....	84
1.2.3. Refah Devletin Anayasal Hak Teorisi.....	87
1.2.4. Kurumsal Anayasal Hak Teorisi.....	92
1.2.5. Sentez.....	94
1.3. İKİ KADEMELİ YAKLAŞIM	99
1.3.1. Hakkın Kapsamı	103

1.3.1.1.	Kapsamın Belirlenmesi.....	104
1.3.1.1.1.	Dar ve Geniş Yorum Yaklaşımı	105
1.3.1.1.1.1.	Müller versus Alexy	105
1.3.1.1.1.2.	Anayasal Hakların Geniş Kapsamından Dar Güvence İçeriğine: Anayasal Hak Dogmatikinde Bir Değişim Mi?	107
1.3.1.1.1.2.1.	Dar Yorumu Benimseyen Kararlar.....	107
1.3.1.1.1.2.2.	Dar-Geniş Yorum Tartışmasında İkinci Perde	111
1.3.1.1.2.	Sonuç: Anayasal Hakların Normatif Kapsamı.....	113
1.3.1.1.2.1.	Geniş ve Dar Yorum Yaklaşımlarının Zararları: Üçüncü Yolun Mümkünlüğü .	114
1.3.1.1.2.2.	in dubio pro libertate.....	119
1.3.1.1.2.3.	Yaşam Alanı ve Hakkın Kapsamı Ayrımı	127
1.3.1.1.2.4.	Hakkın Kapsamının Belirlenmesine İlişkin Bazı Örnek Kararlar	134
1.3.1.2.	Anayasal Sınırlar	141
1.3.1.3.	Negatif Özgürlük ve Pozitif Özgürlük	146
1.3.1.4.	Devletin Negatif ve Pozitif Edim Yükümlülüğü.....	148
1.3.1.4.1.	Negatif Edim Yükümlülüğü	148
1.3.1.4.2.	Pozitif Edim Yükümlülüğü	151
1.3.1.4.2.1.	Pozitif Yükümlülüklerin Objektif Hukuka Dahil Olması	152
1.3.1.4.2.2.	AIHS Sisteminde Pozitif Yükümlülükler	155
1.3.1.4.2.3.	Alman Anayasal Sisteminde Pozitif Yükümlülükler.....	162
1.3.2.	Düzenleme-Sınırlama Ayrımı	170
1.3.3.	Yasaklanan Alan.....	175
1.4.	DEVLETİN MÜDAHALESİNİN VEYA HAREKETSİZ KALMASININ MEŞRULAŞTIRILMASI ...	175
1.4.1.	Ölçülülük İlkesi.....	175
1.4.1.1.	Negatif Edim Yükümlülüğünde Ölçülülük İlkesi.....	182
1.4.1.1.1.	Amaç ve Araçların Meşruiyeti	184
1.4.1.1.2.	Elverişlilik	187
1.4.1.1.3.	Gereklilik	191
1.4.1.1.4.	Orantılılık	195
1.4.1.1.4.1.	Orantılılık Testine Yapılan İtirazlar	195
1.4.1.1.4.2.	Schlink'in Alternatif Modeli	201
1.4.1.1.4.3.	Orantılılık Testinin Uygulaması	203
1.4.1.2.	Pozitif Edim Yükümlülüğünde Ölçülülük İlkesi	212
1.4.1.2.1.	Salt Pozitif Edim Yükümlülüğünün Varlığında Ölçülülük İlkesinin Analizi	213
1.4.1.2.2.	Anayasal Hakların Çatışması	220
1.4.1.3.	Ölçülülük İlkesinin Pratik ve Dogmatik Sorunları	235
1.4.2.	Hakkın Özüne Dokunma Yasağı	244
1.4.3.	Pratik Uyuşum	253
1.5.	ARA SONUÇ	256

İKİNCİ BÖLÜM
İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİ

2.1. İÇKİN SINIRLAMAMANIN NİTELİĞİ.....	259
2.1.1. Sınırlama Doktrininin Tarihsel Gelişimine Kısa Bir Giriş	259
2.1.1.1. Dahili ve Harici Sınırlama Teorileri.....	259
2.1.1.2. Sınırlama Doktrinin Tarihsel Gelişimi.....	261
2.1.1.2.1. 19. Yüzyıl Öncesi Sınırlama Doktrinlerinin Gelişimi: Temel/Anayasal Hakların Sınırlanmasına Bir Giriş	261
2.1.1.2.2. 19. Yüzyıl ve Sonrasında Anayasal Hakların Sınırlanması	269
2.1.1.2.2.1. Özel Hukukta Sınırlama Doktrini	269
2.1.1.2.2.2. Kamu Hukukunda Sınırlama Doktrini	271
2.1.1.2.2.3. 19. Yüzyıl ve Sonrası Alman Belgelerinde Anayasal Haklara ve Anayasal Hakların Sınırlandırılmasına İlişkin Görüşler	276
2.1.1.2.2.4. 19. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı-Türk Anayasal Belgelerinde Anayasal Hakların Gelişimi ve Sınırlanması	292
2.1.2. İçkin Sınırlamaya İlişkin Teoriler	303
2.1.2.1. Şekli İçkin Sınırlama Teorileri	304
2.1.2.1.1. Diğer Anayasal Hak Normları İçin Öngörülen Sınırlama Normlarının Devşirilmesi	304
2.1.2.1.1.1. Üçlü Sınırlamanın Uygulanmasına İlişkin Görüşler	304
2.1.2.1.1.1.1. Üçlü Sınırlamanın Doğrudan Uygulanması	305
2.1.2.1.1.1.2. Üçlü Sınırlamanın Objektif Bir Yorum Kuralı Olarak Uygulanması	306
2.1.2.1.1.1.3. Üçlü Sınırlamanın Kıyas ile Uygulanması	307
2.1.2.1.1.2. Alman Anayasası Madde 5/2'nin Uygulanmasına İlişkin Görüşler	308
2.1.2.1.1.2.1. Madde 5/2'nin Diğer Anayasal Haklar Bakımından Sınır Oluşturması... ..	308
2.1.2.1.1.2.2. Madde 5/2'nin Sanat Özgürlüğü Bakımından Sınır Oluşturması	309
2.1.2.1.1.2.3. Anayasal Hakların Sınırı Olarak Genel Yasa	310
2.1.2.1.1.2.4. Anayasal Hakların Kapsamını Sınırlayan Genel Yasa.....	310
2.1.2.1.1.2.5. Ayrıcalıkların Sınırı Olarak Genel Yasa.....	311
2.1.2.1.1.2.6. Anayasal Hakların Etki Alanının Sınırı Olarak Genel Yasa.....	312
2.1.2.1.1.2.7. Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Genel Yasa	313
2.1.2.1.1.3. Ara Sonuç	314
2.1.2.1.2. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Benimsediği Görüş: Diğer Anayasal Haklar ve Değerler ile Sınırlama	316
2.1.2.2. Maddi İçkin Sınırlama Teorileri.....	319
2.1.2.2.1. Toplumsallık Kaydı.....	320
2.1.2.2.2. Dengeleme Kaydı.....	324
2.1.2.2.3. Mücadeleci Demokrasi Kaydı.....	325
2.1.2.2.4. Kötüye Kullanma Kaydı	328
2.1.2.2.5. Sosyal Olarak Zararlı Davranışlar	331

2.1.2.2.6.	Barişçıl Kullanım Kaydı.....	331
2.1.2.2.7.	Anayasal Hakların Kurumsal Niteliği: Häberle'nin Teorisi	334
2.1.2.2.8.	Somutlaştırma Temelli Tek Kademeli Anayasal Hak Teorisi: Bolz'un Teorisi	338
2.1.2.2.9.	Anayasal Hakların Hak Konusuna Özgü Kullanımı: Müller'in Teorisi	340
2.1.2.2.10.	Ladeur'un "Neminem-laedere" Gerekliliği Tahdidi: Liberal Zarar İlkesi.....	344
2.1.2.2.11.	Stemmler'in "Neminem-laedere" Gerekliliği Tahdidi.....	345
2.1.2.2.12.	Lindner'in "Neminem-laedere" Gerekliliği Tahdidi	350
2.1.2.2.13.	Lenz'in Düzenleme Temelli Eklektik İçkin Sınırlama Teorisi	353
2.1.2.2.14.	İlke Teorisi	358
2.1.2.2.15.	Merten'in Eklektik İçkin Sınırlama Teorisi	358
2.1.2.2.16.	Isensee'nin Eklektik İçkin Sınırlama Teorisi	368
2.1.3.	Ara Sonuç	370
2.2.	İÇKİN SINIRLAMANIN MEŞRUIYETİ.....	371
2.2.1.	Normun Norm Metninden Ayrılması	372
2.2.2.	İnsan İmgesi Öğretisi.....	373
2.2.2.1.	Alman Federal Anayasa Mahkemesinin İnsan İmgesi Formülü.....	374
2.2.2.2.	İnsan İmgesinin Kaynağı: Josef M. Wintrich.....	375
2.2.2.3.	İnsan İmgesinin Anlamı ve Kullanımı	379
2.2.3.	Anayasanın ve Anayasal Hakların Ön Koşulları.....	392
2.2.3.1.	Ön Koşul Dogmatığı.....	393
2.2.3.2.	Ön Koşul Tipolojileri	398
2.2.3.3.	Koşullu İnsan Hakları.....	401
2.2.3.4.	Anayasal Hakların Ön Koşulları.....	403
2.2.4.	Anayasanın Bütünlüğü	410
2.2.5.	Değerler Düzeni	414
2.2.6.	Eşyanın Doğası	425
2.3.	İÇKİN SINIRLAMA KATEGORİLERİ	437
2.3.1.	Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti.....	440
2.3.2.	Neminem-laedere/Zarar Vermeme Gerekliliği: Mutlak Haklar ve Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları	445
2.3.2.1.	Mutlak Haklar	446
2.3.2.2.	Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Fiilleri Yasaklayan Ceza Normları	446
2.3.3.	İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler	448
2.3.3.1.	Genel Olarak	448
2.3.3.2.	Tarihsel Gelişim.....	450
2.3.3.3.	Günümüzde Anayasal Hakların Sınırlanmasına ve Tahdit Edilmesine Etkisi.....	457
2.3.4.	Kurumsal Anayasal Haklar.....	466
2.3.4.1.	Kurumsal Anayasal Hakların İçeriği.....	466

2.3.4.2.	Kurumsal Anayasal Hakların Sınırlanması, İçkin Sınırları ve Tahditleri.....	471
2.3.5.	Mücadeleci Demokrasinin Sınırlayıcı Etkisi	476
2.3.5.1.	Tarihsel Gelişim.....	476
2.3.5.2.	Mücadeleci Demokrasinin Temel Kriterleri.....	481
2.3.5.3.	Mücadeleci Demokrasinin Anayasal Hakların Sınırlanmasına ve Tahdit Edilmesine Etkisi 483	
2.3.6.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar	487
2.3.6.1.	Sınırlama Kaydının Bulunmaması Sorunun Aşılması	487
2.3.6.2.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Sınırlanması.....	491
2.3.6.2.1.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Kapsamı	491
2.3.6.2.2.	Çatışan Anayasal Değerler	492
2.3.6.2.2.1.	Çatışan Anayasal Değerlerin Belirlenmesi	492
2.3.6.2.2.2.	Çatışan Anayasal Haklar.....	493
2.3.6.2.2.3.	Çatışan Diğer Anayasal Değerler	494
2.3.6.2.2.3.1.	Genel Olarak	494
2.3.6.2.2.3.2.	Yapısal İlkeler	496
2.3.6.2.2.3.3.	Devletin Amaç ve Görevleri	497
2.3.6.2.2.3.4.	Yetki Normları	498
2.3.6.2.2.3.5.	Anayasal Yükümlülükler	500
2.3.6.2.3.	Ara Sonuç	501
2.3.6.3.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Niteliksel/Argümantatif Farklılığı	502
2.3.6.4.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Yasa ile Sınırlanması	505
2.4.	ARA SONUÇ	506

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULAMADA İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİ

3.1.	ALMAN ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİN UYGULANMASI	514
3.1.1.	Anayasal Haklara İlişkin Temel Hususlar ve Sınırlama Dogmatığı.....	514
3.1.2.	İçkin Sınırlama Kategorilerinin Uygulanışı	521
3.1.2.1.	Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti	522
3.1.2.2.	Neminem-laedere Gerekliliği.....	524
3.1.2.2.1.	Mutlak Haklar.....	524
3.1.2.2.2.	Fiziksel Şiddet Unsurlarını İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları	524
3.1.2.3.	İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler	528
3.1.2.4.	Kurumsal Anayasal Haklar.....	551
3.1.2.4.1.	Madde 6: Evlilik ve Aile Hakkı	553
3.1.2.4.2.	Madde 9/1: Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı.....	557
3.1.2.4.3.	Madde 9/3: Sendika Hakkı	561
3.1.2.5.	Mücadeleci Demokrasi Kaydı	565
3.1.2.6.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar	573

3.1.2.6.1.	Madde 4: Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü Hakkı	575
3.1.2.6.1.1.	Çatışan Diğer Anayasal Değerler	578
3.1.2.6.1.1.1.	Vicdani Ret Kararı	578
3.1.2.6.1.1.2.	Dini Sebeplerle Yemin Reddi Kararı.....	579
3.1.2.6.1.2.	Çatışan Anayasal Haklar.....	581
3.1.2.6.1.2.1.	Okul Duacısı Kararı	581
3.1.2.6.1.2.2.	İsa'lı Haç Kararı.....	584
3.1.2.6.2.	Madde 5/3: Sanat Özgürlüğü Hakkı.....	588
3.1.2.6.2.1.	Çatışan Diğer Anayasal Değerler	591
3.1.2.6.2.1.1.	Herrnburg Raporu Kararı	591
3.1.2.6.2.1.2.	Federal Bayrak Kararı	593
3.1.2.6.2.2.	Çatışan Anayasal Haklar.....	597
3.1.2.6.2.2.1.	Mephisto Kararı.....	597
3.1.2.6.2.2.2.	Anakronik Tren Kararı.....	600
3.1.2.6.2.2.3.	Strauß Karikatürü Kararı	603
3.1.2.6.2.2.4.	Esra Kararı	606
3.2.	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİN UYGULANMASI	612
3.2.1.	Sözleşme Haklarına İlişkin Temel Hususlar ve Sınırlama Dogmatığı	612
3.2.2.	İçkin Sınırlama Kategorilerinin Uygulanışı	617
3.2.2.1.	Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti	617
3.2.2.2.	Neminem-laedere Gerekliliği.....	622
3.2.2.2.1.	Mutlak Haklar.....	623
3.2.2.2.2.	Fiziksel Şiddet Unsurlarını İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları	623
3.2.2.3.	İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler	626
3.2.2.4.	Kurumsal Anayasal Haklar.....	634
3.2.2.4.1.	Madde 12: Evlenme ve Aile Kurma Hakkı	634
3.2.2.4.2.	Protokol No. 1 Madde 1: Mülkiyet Hakkı	638
3.2.2.5.	Mücadeleci Demokrasi Kaydı	642
3.2.2.6.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar	651
3.2.2.6.1.	Madde 6: Adil Yargılanma Hakkı	653
3.2.2.6.1.1.	Mahkemeye Erişim Hakkı	654
3.2.2.6.1.2.	Susma ve Kendini Suçlamaya Zorlanmama Hakkı.....	659
3.2.2.6.2.	Madde 13: Etkili Başvuru Hakkı.....	663
3.2.2.6.3.	Protokol No. 1 Madde 2: Eğitim Hakkı.....	668
3.2.2.6.4.	Protokol No. 1 Madde 3: Serbest Seçim Hakkı.....	675
3.3.	TÜRK ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİN UYGULANMASI	683
3.3.1.	Anayasal Haklara İlişkin Temel Hususlar ve Sınırlama Dogmatığı.....	683
3.3.1.1.	Türk Anayasası'nda Benimsenen Anayasal Hak Dogmatığı	684

3.3.1.2.	İçkin Sınırlamanın Türk Anayasa Hukuk Literatüründeki Görünümü	703
3.3.2.	İçkin Sınırlama Kategorilerinin Uygulanışı	710
3.3.2.1.	Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti	710
3.3.2.2.	Neminem-laedere Gerekliliği.....	713
3.3.2.2.1.	Mutlak Haklar.....	713
3.3.2.2.2.	Şiddet Unsuru İçeren Bir Davranışı Yasaklayan Ceza Normları.....	714
3.3.2.3.	İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler	714
3.3.2.4.	Kurumsal Anayasal Haklar.....	725
3.3.2.4.1.	Madde 33: Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı	726
3.3.2.4.2.	Madde 35: Mülkiyet Hakkı	729
3.3.2.5.	Mücadeleci Demokrasi Kaydı	731
3.3.2.6.	Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar	739
3.3.2.6.1.	Madde 17/1: Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı.....	744
3.3.2.6.1.1.	Çatışan Diğer Anayasal Değerler	744
3.3.2.6.1.1.1.	Sevim Akat Eşki Başvurusu	745
3.3.2.6.1.1.2.	Hacer Kahraman Başvurusu	746
3.3.2.6.1.1.3.	Aslan Faruk Toprak Başvurusu	748
3.3.2.6.1.1.4.	Şehmus Özsubaşı Başvurusu	748
3.3.2.6.1.2.	Çatışan Anayasal Haklar.....	750
3.3.2.6.1.2.1.	D. Ö. (2) Başvurusu	750
3.3.2.6.1.2.2.	R.G. Başvurusu	751
3.3.2.6.2.	Madde 20/1: Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı	754
3.3.2.6.2.1.	Çatışan Diğer Anayasal Değerler	755
3.3.2.6.2.1.1.	K.Ş. Başvurusu	755
3.3.2.6.2.1.2.	Ata Türkeri Başvurusu	756
3.3.2.6.2.1.3.	Ö. N. M. Başvurusu.....	757
3.3.2.6.2.1.4.	Feride Gökvardar Başvurusu.....	760
3.3.2.6.2.2.	Çatışan Anayasal Haklar.....	761
3.3.2.6.2.2.1.	Murat Atılğan Başvurusu	761
3.3.2.6.2.2.2.	Marcus Frank Cerny Başvurusu.....	762
3.3.2.6.2.2.3.	Beşir Doğan Başvurusu	763
3.3.2.6.3.	Madde 36 ve 38: Adil Yargılanma Hakkı	764
3.3.2.6.3.1.	Mahkemeye Erişim Hakkı	767
3.3.2.6.3.2.	Masumiyet Karinesi ve Diğer Adil Yargılanma Güvenceleri	773
SONUÇ		775
KAYNAKÇA		787

TABLO LİSTESİ

Tablo - 1.....	136
Tablo - 2.....	218
Tablo - 3.....	231
Tablo - 4.....	256
Tablo - 5.....	507
Tablo - 6.....	510
Tablo - 7.....	601



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADC	: Alman Demokratik Cumhuriyeti
AIHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyon
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKP	: Adalet ve Kalkınma Partisi
App.	: Application
Art.	: Artikel
AYM	: (Türk) Anayasa Mahkemesi
Baş.	: Başvuru
BayVerfGH	: Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BeckRS	: Beck-Rechtssachen
Bd.	: Band
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKYM	: Britanya Kolumbiyası Yüksek Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht
BvF	: Soyut norm denetimi için dosya numarası
BvQ	: Geçici tedbir için dosya numarası
BvR	: Anayasa şikâyeti için dosya numarası
CDU	: Christlich Demokratische Union
CSU	: Christlich-Soziale Union
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DKP	: Deutsche Kommunistische Partei
DTP	: Demokratik Toplum Partisi
DYP	: Doğru Yol Partisi
Ed.	: Edited
EL	: Ergänzungslieferungen
E.	: Esas
FAYM	: Alman Federal Anayasa Mahkemesi
FAYMK	: Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu
FDJ	: Freien Deutschen Jugend
GC	: Grand Chamber
GG	: Grundgesetz
GK	: Genel Kurul
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IRA	: Irish Republican Army
Jahrg.	: Jahrgang
KPD	: Kommunistische Partei Deutschlands
KRL	: kristendomskunnskap med religions- og livssynsorientering

Krş.	: Karşılaştırınız
K.	: Karar
NJOZ	: Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungs-Report
No.	: Numara/Number
Nr.	: Nummer
NSAİP	: Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi
N. F.	: Neue Folge
OLG	: Oberlandesgericht
OVG	: Oberverwaltungsgericht
para.	: paragraf
PKK	: Partiya Karkerên Kurdistanê
PrOVG	: Preußischen Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	: Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgericht
p.	: sayfa
pp.	: sayfalar
RGSt	: Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	: Reichsgericht in Zivilsachen
Rn.	: Randnummer
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
SPK	: Siyasi Parti Kapatma
SS	: Schutzstaffel
s.	: sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Trans.	: Translate
t.y.	: tarih yok
VerwRspr	: Verwaltungsrechtsprechung
VGH	: Verwaltungsgerichtshof
Vol.	: Volume
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire

GİRİŞ

Bu tezin dogmatik anlamı, büyük ölçüde, anayasal hakların sınırlanması ile anayasal hakların içkin sınırları arasındaki dogmatik ayırmda açığa çıkmaktadır. Bu dogmatik ayrımı yapabilmek için öncelikle Türk anayasa doktrininde mevcut olmayan bir terminolojinin icat edilmesi/yeniden keşfedilmesi gerekmiştir. Bu bağlamda, belirli argümanlara dayanarak bazı davranışların, menfaatlerin, alanların, durumların ve pozisyonların hakkın kapsamından dışlanması ve dolayısıyla hakkın korumasının en başından itibaren tetiklenememesi “tahdit”¹ kavramı ile karşılanmıştır. Ancak hakkın kapsamında yer alan davranışların, menfaatlerin, alanların, durumların, pozisyonların meşrulaştırılması gereken bir müdahale ile daraltılması, dolayısıyla hakkın hukuki sonucunun engellenmesi ve buna ek olarak hakkın tahdit edilmesi “sınırlama” kavramı ile karşılanmıştır. Sonuç olarak, sınırlama kavramı, tahdit kavramını da kapsayan bir anlama sahiptir. Bu bağlamda, içkin sınırlama ise genel olarak tahdit kavramını ifade etmektedir. Metinde de genel olarak anayasal hakların kapsamının daraltılması tahdit terimiyle, anayasal hakların kapsamında yer alan davranışların, menfaatlerin, alanların, durumların, pozisyonların hukuki sonuca etkisinin daraltılması sınırlama terimiyle ifade edilmiştir.

Tezin başlığında, temel haklar, kamu özgürlükleri veya insan hakları terimleri² yerine anayasal haklar terimi tercih edilmiştir. Bunun temel sebebi, bu hakların pozitif niteliğine vurgudur. Temel haklar, bireyin özellikle 19. yüzyıla kadar edindiği ve

¹ Türk anayasa hukuk doktrininde “sınırlılık” kavramı kullanılmıştır. Bkz. Kemal Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasası”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1, 1990, pp. 31-67, s. 44; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2021, s. 325; Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, Sayı 2, 2002, pp. 17-40, s. 22; Hamdi Gökçe Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 173; Sibel Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2023, s. 236. Ancak bu terim fazla kullanışlı değildir. Bu sebeple, bu terim tercih edilmemiştir. Tahdit terimi ise 1924 Anayasası Madde 68/3’te kullanılan hudut teriminden türetilmiştir: “Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tâyin edilir.”

² Bu terimler için bkz. Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 1993, s. 13-14; Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Ankara, Say, 1988, s. 166-167; Bülent Tanör, **Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul, BDS Yayınları, 1994, s. 13-14; Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 2-6; Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, Ed. by Oktay Uygun, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 7-8.

sübjektif olmayan yalnızca objektif hukuk çerçevesinde korunan kamusal hakları imlemekte ve çağrıştırmaktadır. İnsan hakları ise kaynağını ve meşruiyetini pozitif olmayan hukuktan almaktadır. Bu terimlerin tarihsel, pozitif ve sübjektif olmayan yüklerinden ayrılma ve anayasada ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların pozitif ve sübjektif hak niteliğinin altını çizmek için anayasal haklar terimi tercih edilmiştir.

Bu tezin incelediği konu anayasal hakların anayasa metninde açıkça öngörülelemeyen sebeplerle sınırlandırılmasına ilişkindir. Anayasal hakların içkin sınırlarının/tahditlerinin incelenebilmesi, bir anayasal hak teorisinin ve bir anayasal hak dogmatığının benimsenmesini gerektirmektedir. Ancak Türk anayasa hukukunda gerek mahkeme içtihatlarında, gerekse doktrinde açık bir şekilde tebellür eden veya geliştirilen bir dogmatik veya teori söz konusu değildir. Bu sebeple, öncelikle bir anayasal hak teorisi ve dogmatığı geliştirme gereği hasıl olmuştur. Tezin kapsamlılığı/uzunluğu, oluşturulması gereken bu anayasal hak dogmatığını ve/veya teorisini düzgün bir şekilde ele alma ve irdeleme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Türk anayasa hukukunda böyle bir dogmatığın ve teorisinin eksikliği karşısında, bu tezin bir yandan bir hak dogmatığı ve teorisi ortaya koyması, diğer yandan içkin sınırlama doktrininin/dogmatığının bu genel hak teorisine organik bir şekilde eklenmesi, bu tezin kendisinin ve konusun önemini ortaya koymaktadır. Nitekim Türk anayasa hukuk doktrininde içkin sınırlama, temel bir konu olarak çalışılmamış, bazı monografilerde³ kısmen ele alınmıştır. Burada özellikle Avrupa'da anayasal hakların bireysel başvurular/anayasa şikâyetleri ile sübjektif hak niteliğini çok yakın bir tarihte kazanmasını ve dolayısıyla anayasal hakların niteliği ve nasıl sınırlandırılacağına ilişkin herkesin uzlaştığı genel geçer bir temel/kabul olmadığını da dikkate almak gerekir.

Son olarak, tez karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak incelenmiştir. Bu bağlamda, Türk anayasa hukuku, Alman anayasa hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuku, karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Türk anayasal hukukunun tercih edilmesinin sebebi, hukuk doktrininde içkin sınırlamanın temel bir konu olarak çalışılmamış olmasıdır. Alman anayasa hukukunun tercih edilmesinin sebebi gerek anayasal hak jurisprudansı, gerekse de içkin sınırlama doktrinleri bakımından zengin olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukunun tercih edilmesinin sebebi, her iki

³ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 31 vd.; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 235 vd.

anayasal sisteme de yönlendirici etkisinin olmasıdır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hem Türk Anayasa Mahkemesi ile hem de Alman Federal Anayasa Mahkemesi ile yakın diyalogu ve Alman anayasal hak dogmatiginin hem Sözleşme hak dogmatigine hem de Türk anayasal hak dogmatigine etkisi bu üç sistemi seçmize yol açmıştır. Burada ayrıca Türk anayasal sisteminde büyük ölçüde bireysel başvuru kararları incelenmiştir. Bunun temel sebebi, Mahkeme'nin bireysel başvuru kararlarında hak temelli bir inceleme yaparken, norm denetimi kararlarında böyle bir inceleme yapmamasıdır.

Bu kısımda öncelikle bu tezin temelinde yatan bazı öncüller, ön kabuller (I) ve tezde kullanılan metotlar (II) incelenecektir. Bu öncül ve metotlar, tezin içeriğinde yer alan savları ve çıkarımları okuyucunun daha iyi bir şekilde anlamasına yardımcı olacaktır. Son olarak ise kısaca tez planı incelenecektir (III).

I. Temel Öncüller

Tezin dayandığı iki temel öncül/ön kabul anayasanın anlamı (A) ve anayasal hakların normatif yapısıdır (B).

A. Anayasanın Anlamı

Öncelikle bu tez kapsamında Hume kanunu⁴ kabul edilmemektedir. Olgu (*Sein/Is*) ile olması gereken (*Sollen/Ought*) arasında bir ayrım değil, bir diyalektik ilişki olduğu kabul edilmektedir. Devletin/Hukukun fail nedenini ve belirli hale gelmiş siyasal bir birlikteki güç ilişkilerini dikkate almadan oluşturulan bir öğreti, oldukça önemli bir unsur gözden kaçırır. Zira devlet statik bir yapı değil sürekli değişen ve güncellenen dinamik bir yapıdır. Münferit hukuk normlarının tek başına kendine yeten bir varlık olmaması ve somut halini insanların yaşam koşullarının düzeninden alması sebebiyle normlar, sosyal gerçeklikle zorunlu bir bağlantıya sahiptir. Hukuk, bir zorunluluk olarak toplumun tarihsel gelişimi ile bağlantılıdır. Hukuk toplum ile yalnızca bağlantılı değildir, aynı zamanda hukuk, toplumdan türemekte ve bütün sosyal gerçekliğin bir parçası olmaktadır.⁵ Hukuk, *a priori* hukuk düşüncesinden veya tarih üstü hukuki değerlerden

⁴ David Hume, **A Treatise of Human Nature**, 11. Edition, Oxford, The Clarendon Press, 1960, s. 469-470.

⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, s. 29-33; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The School of Historical Jurisprudence and the Problem of the Historicity of Law", **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, Trans. by J. A. Underwood, New York, Berg, 1991, s. 16-18. "[H]ukuk, halkın hisleriyle

doğmaz. Hukuk, toplumda yaşayan inançlar, etik davranışlar, siyasal ve hukuki karakterden ve bunların içinde ifade edilen gerekliliklerden doğar. Bu bakımdan Kelsen'in söylediğinin aksine⁶, hukuki olması gereken (*Sollen/Ought*), toplumsal olgudan kaynaklanmaktadır.⁷ Anayasanın hukuki bağlayıcılığı, kurumsal ön koşulların (sözgelemi etkili bir kuvvetler ayrılığının) bulunmadığı ve bireysel, toplumsal ve siyasal özgürlüğe dayanan bir hükümet biçimi için gerekli olan entelektüel, kültürel, ekonomik ve sosyal ön koşulların mevcut olmadığı durumlarda gerçekleşmez.⁸

Sosyal norm toplum içinde yaşayan bireylerin davranışlarını etkilediğinden dolayı normatif bir etki gösterir.⁹ Burada tabi ki sosyal normlara aykırı olan hukuk normlarının doğrudan geçersizliğe yol açtığı savunulmamaktadır. Ancak hukuk normlarının sosyal normlara önemli bir ölçüde aykırı olması veya onlarla çelişmesi, bu geçersizliğe yol açabilir.¹⁰ Normatif anayasa ve gerçek (anayasal gerçeklik) anayasa esasen

ve bilinciyle uyduğu veya uyuşmaya kabil olduğu ölçüde övgüye değerlidir; eğer, keyfilikten doğan yabancı bir şey gibi halkın katılımını dışlıyorsa da kınanmalıdır.” Friedrich Carl von Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan, 2018, s. 65, 68-69; Friedrich Carl von Savigny, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, s. 42-43, 47-48.

⁶ Hans Kelsen, **Allgemeine Theorie der Normen**, Wien, Manzschke, 1979, s. 44-45; Hans Kelsen, **General Theory of Norms**, Trans. by Michael Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991, s. 58.

⁷ Böckenförde, “Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichlichkeit des Rechts”, s. 33-34; Böckenförde, “The School of Historical Jurisprudence and the Problem of the Historicity of Law”, s. 19. Ayrıca bkz. von Savigny, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, s. 8, 30; von Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, s. 41, 57; Georg Friedrich Puchta, **Cursus der Institutionen**, Bd. I, 10. Auflage, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893, s. 15-17; Osman Can, “Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine: Türkiye Özelinde Bir Deneme”, **Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan**, C. II, Ed. by Engin Yıldırım - Yusuf Şevki Hakyemez - Murat Şen - Ömer Gedik, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1203-1205.

⁸ Josef Isensee, “Staat und Verfassung”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. II, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 87.

⁹ Bernd Rüthers - Christian Fischer - Axel Birk, **Hukuk Teorisi**, Çev. İlyas Doğan - Rukiye Aldudak - Huri Eyman Aydın, Ankara, Astana Yayınları, 2020, s. 87.

¹⁰ Anayasa dışındaki hukuk normları için aksiyo-sistemsal geçerlilik anlayışını benimseyen Gülgeç (Bkz. Yahya Berkol Gülgeç, **Normativite ve Pozitivizm**, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 550-552), anayasa için sistemsal geçerliliğin söz konusu olamayacağını ve aksiyo-olgusal geçerlilik anlayışının söz konusu olabileceğini belirtir (Bkz. Gülgeç, **Normativite ve Pozitivizm**, s. 563 vd.). Gülgeç’e göre kurucu iktidar, ahlakın buyruklarına ve sağduyunun gereklerine uymalıdır (Bkz. Gülgeç, **Normativite ve Pozitivizm**, s. 564). Bu bağlamda, anayasanın normatif niteliğinin, anayasanın en üstün siyasi iktidar tarafından yaratılması ve genel olarak etkili olması gerekir. Gülgeç’e göre, burada etkililiği sağlayan anayasa normlarının muhataplarının anayasaya uyması için ahlaki ve sağduyu kaynaklı sebeplerinin olması gerekir (Bkz. Gülgeç, **Normativite ve Pozitivizm**, s. 586, 588). Kanaatimizce anayasanın etkililiğini ahlaki

birbirleriyle ilişkilidir. Gerçek güç ilişkileri yasal istikrar ve meşrulaştırma için çabalar. Normatif anayasa, etkili bir geçerlilik ve normatif güç kazanma şansına sahip olmak istiyorsa, gerçeklik koşullarını dikkate almalı ve bunlarla ilişki kurmalıdır. Bu bakımdan anayasa, koşulludur ve devleti şekillendiren ve destekleyen güçlerle ilişkilidir. Gerçek ve normatif anayasa arasında zorunlu olarak bir gerilim vardır. Ancak normun geçerliliğini tehlikeye atmamak için bu gerilimin belirli bir düzeyi aşmaması gerekir. Bu husus yalnızca anayasa yapımını değil, anayasanın sonradan yorumlanmasını da etkiler.¹¹ Normatif ve gerçek anayasa temelde örtüştüğü sürece, norm devletin birliğini güçlendirir. Anayasa çoğulcu bir toplumun temel mutabakatını tesis edebilir, ancak bu temel mutabakatın kendisini sürekli olarak yeniden üretmesi gerekir. Hem devlet organları hem de vatandaşlar, normatif anayasanın yenilenmesini ve toplumsal bilinçte teyit edilmesini sağlamalıdır.¹²

Anayasanın mutlak anlamı, bu yazılı, şekli anayasa metinlerini ifade etmez; bu mutlak anlam esasa ilişkin bir belirlemedir. Buna göre, anayasa öncelikle siyasal birliğin ve belirli bir devletin sosyal düzeninin somut ve kolektif halidir/şartıdır. Bu bağlamda anayasa, hukuki ilke ve norm sistemlerini değil devletin somut siyasal varlığını belirtir. Eğer anayasa yani birlik ve düzen sona ererse, devlet de sona erer.¹³ Anayasanın kendi başına var olmadığı ve fakat belirli bir siyasi-politik süreçler aracılığıyla meydana getirildiğini, belirli güç ilişkilerine bağlı olarak oluşturulup şekillendirildiğini

ve sağduyu kaynaklı sebepler yerine sosyal normlara, toplumsal olguya, toplumsal ve anayasal kültüre ve anayasanın ön koşullarına dayandırmak daha yerindedir. Bunun için bkz. Josef Isensee, "Staat und Verfassung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. II, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2004; Paul Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004; Josef Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011; Herbert Krüger, "Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen", **Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag**, Ed. by Horst Ehmke - Joseph H. Kaiser - Wilhelm A. Kewenig - Karl Matthias Meessen - Wolfgang Rübner, Berlin, Duncker & Humblot, 1973.

¹¹ Isensee, "Staat und Verfassung", s. 92; Ulrich Scheuner, "Verfassung (1936)", **Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften**, Ed. by Joseph Listl - Wolfgang Rübner, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, s. 173.

¹² Isensee, "Staat und Verfassung", s. 93; Ulrich Scheuner, "Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem (1976)", **Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften**, Ed. by Joseph Listl - Wolfgang Rübner, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, s. 161 vd.

¹³ Carl Schmitt, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, s. 3-5; Carl Schmitt, **Constitutional Theory**, Trans. by Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, s. 59-60.

ve aynı şekilde ilga edildiğini anayasa tarihi göstermektedir. Hiçbir kurulu hukuk düzeni, hukuk öncesi verilerle, kendisini temellendirmekten ve meşrulaştırmaktan istisna tutamaz. Hukuk ile hukuk öncesi veriler arasındaki bağ ve normatiflik ile olgu arasında gözden kaçan bağ, inkâr edilemez bir şekilde anayasada belirir.¹⁴

Kurucu iktidar, siyasal bir etken olarak ve anayasanın meşrulaştırılması ve geçerliliği için gerekli olduğundan dolayı, anayasayı meydana getirdikten sonra yok olmaz. Siyasal bir etken ve iktidar olarak var olur ve olmaya devam eder. Kurucu iktidarın anayasanın meşrulaştırma gerekliliği olarak tarihteki tek bir noktaya indirgenmesi olağan dışıdır. Eğer devlet içinde birleşmiş somut bir toplulukta yaşayan siyasi ve hukuki kanaatler ile anayasanın temel kararları, kendini yenileyen ve daimî bir varoluşsal temelden yoksunsa, anayasanın kendisi sürekli bir şekilde yıkım sürecinin içindedir. Bu yüzden kurucu iktidar hiçbir şekilde silikleşip yok olmaz.¹⁵ Bu bakımdan kurucu iktidarın iki organ üzerinde dinlendiğini söylemek makuldür. Bu özellikle anayasanın koruyuculuğunu üstlenmiş olan iki organdır: yürütme organı ve anayasa mahkemesi. Yürütme organı özellikle olağanüstü zamanlarda/hallerde, anayasayı koruma görevini üstlenir.¹⁶ Bu aynı zamanda bugün genel bir şekilde kabul gören mücadeleci demokrasinin bir yansımasıdır. Diğer yandan anayasa mahkemesi ise olağan zamanlarda/hallerde, anayasayı yorumlayarak ve ona mevcut koşullarda anlam vererek, anayasanın koruyuculuğunu üstlenir.

Heller, Smend ve Schmitt, anayasa ve devlet kavramlarını Jellinek'in üçlü bir kalıba soktuğu üç unsur öğretisinden¹⁷ kurtararak dinamik bir şekilde ele almışlardır.¹⁸

¹⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 169-170.

¹⁵ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 76-77, 91; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 125-126, 140; Böckenförde, "The Constituent Power of the People", s. 175-176.

¹⁶ Alman Anayasası Madde 53a, 115a vd. bakımından olağanüstü halde, derhal hareket edilmesini gerektiren durumlar veya *Bundestag*'ın toplanmasında engeller söz konusu ise burada yürütme organı tek başına hareket etmemekte; üyeleri *Bundestag* ve *Bundesrat*'tan oluşan Müşterek Komisyon (*Gemeinsame Ausschuß*) devreye girmemektedir. Ancak her halükarda olağanüstü halin yönetimi ve olağanüstü yetkiler elde etmesi bakımından yürütme organı burada sürükleyici erk olmaktadır.

¹⁷ Üç unsur öğretisi için bkz. Georg Jellinek, **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Berlin, Julius Springer, 1929, s. 174 vd., 394 vd. Üç unsur öğretisinin eleştirisi için bkz. Isensee, "Staat und Verfassung", s. 34 vd.; Alfred Katz, **Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht**, 13. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, s. 15 vd.; Ekkehart Stein - Götz Frank, **Staatsrecht**, 19. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 14 vd.

¹⁸ Hermann Heller, **Staatslehre**, 3. Auflage, Leiden, A. W. Sijthoff, 1963, s. 274-279; Hermann Heller, "The Essence and Structure of the State", **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000, s. 275-

Anayasal haklar, anayasal sistemde, tarihsel kökenlerine ve normatif amaçlarına göre birey ve devlet için özel bir anlam taşır. Zira anayasal haklar, ulusun yaşamı bütünlleştirici maddi içeriğini somutlaştırır. Bu durum, ilk modern anayasalarda¹⁹, “hükümetin temeli ve kaynağı” olarak ifade edilmiştir.²⁰ Tarihsel kökenlerine göre, anayasal haklar, yüksek derecede teleolojik bir ortak payda göstermektedir. Anayasal hakların farklı kuşaklardan gelmiş olması da anayasal haklar arasındaki içkin bağlantıyı engellemez. Aynı/Yeknesak temel fıkirlere dayanırlar. Bu bağlamda, bir değer ve kültür sistemi meydana getirirler.²¹ Devletin birliği ve varlığı, kültürel topluma, manevi ortaklığa

279; Rudolf Smend, “Verfassung und Verfassungsrecht (1928)”, **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**, Ed. by Rudolf Smend, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, s. 136 vd.; Rudolf Smend, “Constitution and Constitutional Law”, **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000, s. 217 vd.; Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 5-7; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 61-62; Bertil Emrah Oder, **Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**, İstanbul, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s. 71-72; Peter C. Caldwell, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Durham, Duke University Press, 1997, s. 124, 138; Stefan Koriöth, “Introduction”, **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000, 210; Caldwell, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, s. 124; Mirjam Künkler - Tine Stein, “State, Law, and Constitution: Ernst-Wolfgang Böckenförde’s Political and Legal Thought in Context”, **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 19-20; David Dyzenhaus, “Hermann Heller and the Legitimacy of Legality”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 16, No. 4 (Winter, 1996), pp. 641-666, s. 217-219. Aynı yönde bkz. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The Concept and Problems of the Constitutional State”, **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 149.

¹⁹ Bunun için 1776 tarihli Virginia Anayasası’nın Giriş/Başlangıç bölümüne bakılabilir. Bkz. Francis Newton Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. VII, Washington, Government Printing Office, 1909, s. 3812

²⁰ Klaus Stern, “Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 12, 22-23; Klaus Stern, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 74.

²¹ Smend, “Verfassung und Verfassungsrecht (1928)”, s. 265-266; Peter Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**, 2. Auflage, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, s. 5; Reinhold Zippelius, **Wertungsprobleme im system der Grundrechte**, München, C. H. Beck, 1962, s. 3 vd.; Hans D. Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 110, No. 3, 1985, pp. 363-397, s. 364 vd.; Christian Starck, “Artikel 1”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 94-95; Klaus Stern, “Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 895

ve bireylerin benimsediği ahlaki değerlere dayanır. Entegrasyon/Bütünleşme, devletin ve siyasi eylemin çeşitli biçimselleştirme süreçlerinde devletin varlığının kalıcı, anlam odaklı “gerçekleştirilmesi” olarak anlaşılmaktadır. Bütünleşme, anayasa hukukunun dinamik, akışkan ve güvencesiz doğasını karakterize eder ve aynı zamanda vatandaşın siyasi özgürlüğünü de ilgilendirir.²²

Hukuk dogmatikliği, olan ile olması gereken alanı ayırsa bile bu alanların hiçbir şekilde birbiriyle alakası olmadığını iddia etmez.²³ Kelsen, olan ile olması gerekeni birbirinden olabildiğince ayırsa da olgunun, normun geçerliliğini etkilemesine izin verir. *Desuetudo* olarak adlandırdığı bu doktrine göre hiç uygulanmayan bir norm, kadük olur. Teamüller norm yaratabilmesinin yanı sıra normları ilga da edebilir. *Desuetudo* bir negatif teamüldür ve hiç uygulanmayan bir normun ilga edilebileceğini ifade eder.²⁴ Bu bakımdan Kelsen dahi bir normun belirli bir ölçüde etkililiğini, normun geçerliliği için bir şart olarak görmektedir. Buna göre, geçerli bir hukuk ve anayasa düzeni, hukuk normlarının etkili olmasını, takip edilmesini ve uygulanmasını bir ön koşul olarak varsayar.²⁵ Etkililik, temel normun geçerlilik şartıdır.²⁶ Dolayısıyla olan ile olması gerekeni birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bilakis olan ve olması gerekenin belirli ölçüde birleşimi söz konusudur.²⁷

vd.; Stern, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, s. 74.

²² Peter Badura, **Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 21-22.

²³ Franz Bydliniski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, 2. Auflage, Wien, Springer, 1991, s. 44-45.

²⁴ Hans Kelsen, **Reine Rechtslehre**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, s. 385; Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, 5. Edition, Trans. by Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2008, s. 213; Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Trans. by Anders Wedberg, New Jersey, Transaction Publishers, 2006, s. 119; Kelsen, **Allgemeine Theorie der Normen**, s. 111-113; Kelsen, **General Theory of Norms**, s. 139-140. Ayrıca bkz. Rudolf von Jhering, **The Struggle for Law**, Trans. by John J. Lalor, Chicago, Callaghan and Company, 1915, s. 70 vd.; Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998, s. 54, 86-87, 92; Yahya Berkol Gülgeç, **Normlar Hiyerarşisi**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 21-22. Bu konuda ayrıca 1988 tarihinde çıkarılan 3488 sayılı Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkın Kanunu bir örnek olarak incelenebilir.

²⁵ Kelsen, **Reine Rechtslehre**, s. 385; Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 212.

²⁶ Kelsen, **Reine Rechtslehre**, s. 373; Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 208.

²⁷ Bkz. Reinhold Zippelius, **Juristische Methodenlehre**, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 5. Birbirlerinden farklı gerekçelerle olan ile olması gerekeni norm kavramında bir araya getirenler için bkz. Alf Ross, **Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen**, Leipzig, Franz Deuticke, 1929, s. 270 vd.; Friedrich Müller - Ralph Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, 10. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, s. 232 vd.

Diğer taraftan hukuk normları, klasik norm modeli olarak şarta bağlı bir program, şart-sonuç (*wenn-dann*), formülü oluşturur. Buna göre, bir normun hukuki sonucunun gerçekleşmesi, normun unsuru olan şartın/tipikliğin (*Tatbestand*) gerçekleşmesine bağlıdır.²⁸ Burada yer alan normun şart/tipiklik unsuru, olması gereken alana değil, olgusal dünyaya aittir. Zira normun şart/tipiklik unsurunun içeriğinin belirlenmesi büyük ölçüde olgusal niteliklere, nesnel içeriğe bağlıdır. Bu anlamda, norm formunun bu ikili yapısı, bazı hukuki pozitivistlerin ileri sürdüğü anlamda saf “norm” oluşturmaz.²⁹ Bu sebeple, Kelsen ve onun okulunun olması gerekeni toplumsal olgudan tamamen ilgisiz bir şekilde ele alan ve bütün gerçeklikten koparan norm mantıklılığı, tek taraflı olarak normatifliği vurgular ve toplumsal olması gereken her şeyin sürekli olarak insan iradesiyle ilişkili olduğunu, sosyal normların teorik ifadeleri değil, insan iradesinin taleplerini temsil ettiğini unuttur.³⁰ Jurisprudansın yalnızca normatif öncüllerle ve pozitif hukuka ait olanlarla ilgilenmesi gerektiği görüşüne sahip olması, saf hukuk teorisinin nihilist bir metodoloji benimsemesine yol açar. Bu nihilist metodolojiye göre, yorum sorunları her zaman çözümsüzdür ve hukukta oluşan boşluklar düşünülemez. Bu, saf hukuk teorisinin teorik olarak jurisprudansın her zaman yaptığı ve varlığını haklı kılan görevleri yerine getirmek istiyorsa her zaman yapması gereken şeylerden tamamen kopuk olduğu anlamına gelir.³¹

Hukuk normlarının davranışı belirlediği ve fakat onu tanımlamadığı kabul edilse bile, bu davranışsal normlar, birçok yönden gerçeklerle ilişkilidir. Hukuk sosyolojisi de hukuk normları ile gerçeklik veya hukuk ile toplumsal hayatın gerçek koşulları arasındaki karşılıklı ilişkileri inceler. Hukuk normlarının içeriği, halihazırda toplumsal

²⁸ Michael Sachs, “Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 3 vd.; Josef Esser, **Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates: Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie**, Wien, Springer, 1949, s. 136-137; Karl Larenz - Claus-Wilhelm Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. Auflage, Heidelberg, Springer, 1995, s. 71-74; Bydlinski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 196-197; Zippelius, **Juristische Methodenlehre**, s. 23-24; Thomas Vesting, **Rechtstheorie**, München, C. H. Beck, 2019, s. 22-24; Matthias Jestaedt, “Maßstäbe des Verwaltungshandelns”, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2010, s. 333 vd. Anayasal hak normları bakımından aksi yönde bkz. Jan Henrik Klement, “Grundrechtliche Schutzbereich”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 21, 23.

²⁹ Friedrich Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, s. 147.

³⁰ Heller, **Staatslehre**, s. 184-185. Benzer yönde bkz. Bydlinski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 12 vd.

³¹ Bydlinski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 48.

ihtiyaçlar ve güç ilişkileri tarafından; hukuk normlarının etkililiği ve uygulanabilirliği, sosyolojik koşullar tarafından belirlenir.³² Antropolojik olarak belirlenen ihtiyaçlar, sosyal koşullar tarafından oluşturulur, dönüştürülür ve hukuk üzerinde bir etkiye sahip kılınır.³³ Diğer taraftan, hukuk normları da gerçekliği etkiler. Hukuk normları, bir topluluk oluşturma işlevine sahiptir ve bu bağlamda toplumsal yaşamı şekillendiren önemli bir araçtır.³⁴ Modern devlet gibi karmaşık topluluklar, yalnızca normatif davranış kalıplarına göre oluşabilir. Hukuk normları, topluluğu bütünleştirir, çatışmaları düzenler ve sosyal örgütlenmenin aracı olarak hareket eder.³⁵ Toplumsal yaşam, büyük ölçüde davranışsal normlara ve normatif modellere göre gerçekleşir ve karşılıklı olarak uyumlu, güvenilir ve kalıcı davranış kalıpları yaratarak toplumsal eylemi düzenleme ve btnleşirmede kilit bir rol oynar.³⁶ Dolayısıyla, olan ile olması gereken arasında sürekli halinde olan bir diyalektik ilişki vardır. Hukuk normunun bir kısmını sosyal gerçeklik, diğer kısmını ise mantıksal ve kavramsal yapı oluşturur.³⁷ Nitekim pozitif anayasa, zamanın somut koşullarından ayrı tutulamaz. Pozitif anayasanın geçerlilik iddiası, ancak bu koşullar dikkate alınarak gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda, anayasal normlar ve olgu aynı zamanda birbirine bağımlıdır.³⁸ Böylece, bir yanda olgu, diğer yanda ise olması gereken diyalektik bir ilişki içerisine girer.

Hukuk normları, normatif davranış beklentileri gibi sosyal emredici g ile belirli bir olguyu, belirli bir biçimde düzenlenmesi gereken sosyal gerçekliğin bir kısmını dikkate alır. Normlar bu gerçeklikle alakalı olmak ve normatif olarak bu gerçekliğe

³² Ota Weinberger, "Jenseits von Positivismus und Naturrecht", **Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, s. 144; Ota Weinberger, "Beyond Positivism and Natural Law", **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986, s. 114; Reinhold Zippelius, **Rechtsphilosophie**, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 8; Peter Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, s. 31.

³³ Zippelius, **Rechtsphilosophie**, s. 56-57; Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 31.

³⁴ Zippelius, **Rechtsphilosophie**, s. 8, 37; Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 31.

³⁵ Zippelius, **Rechtsphilosophie**, s. 56, 58.

³⁶ Zippelius, **Rechtsphilosophie**, s. 57. Ayrıca bkz. Eugen Ehrlich, **Grundlegung der Soziologie des Rechts**, 5. Auflage, München, Duncker & Humblot, 2022, s. 238; Roscoe Pound, **An Introduction to the Philosophy of Law**, 4. Edition, New Haven, Yale University Press, 1930, s. 99.

³⁷ Luis Legaz y Lacambra, **Rechtsphilosophie**, Berlin, Hermann Luchterhand, 1965, s. 659; Heller, **Staatslehre**, s. 184; Christian Starck, "Empirie in der Rechtsdogmatik", **JuristenZeitung**, 27. Jahrg., Nr. 20, 20. Oktober 1972, pp. 609-614, s. 612-613.

³⁸ Konrad Hesse, **Die normative Kraft der Verfassung**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959, s. 6 vd., 16; Starck, "Empirie in der Rechtsdogmatik", s. 612-613.

hâkim olmak ve belirli bir şekilde düzenlemek için bu gerçekliği bir önkoşul olarak kapsamak zorundadır. Eğer aradaki bu ilişkiler ağı eksikse, hukuk normu, düzenlenecek olan gerçekliği ıskalar ve akim kalır. Hukuk normları, verili olgunun normalliğini oluşturmaya ve sağlamlaştırmaya yardım eden yürütücü bir etkidir. Bu şekilde, hukuk normları, norm tarafından şekillendirilen gerçekliğe yol açar. Hukuk normu ile sosyal gerçeklik arasında zorunlu bir ilişki mevcuttur. Eğer varsayılan normal olgu sarparsa, normun düzenleyici gücü için gerekli referans noktası da sarpır. Belirli bir normallik, normatifliğin daimî gereğidir.³⁹ Zorunluluk halleri ve meşru savunma halleri, aslında bu normalliğin bozulduğu ve kişilerin normlara olan bağlılığının zayıfladığı durumları ifade eder. Sözelimi bir deprem neticesinde ulaşımına kapanan ve depremzedelere yardımın yapılamadığı yerlerde, depremzedeler zorunluluk hali sebebiyle ve yaşamlarını idame ettirmek için marketlerde hırsızlık yapabilir. Yardıma muhtaç bu kişilerin eylemleri, normallikte yaşanan kırılma sebebiyle cezalandırılmaz. Olması gereken ve olan/olgu, toplumsal normatif düzende bir araya gelen karşıtlardır. Toplumsal bir olgu ile bir ilişkisi olmayan bir toplumsal olması gereken, kesinlikle bir olması gereken olamaz. Aynı şekilde toplumsal normlar olmadan da toplumsal olgu gerçekleşemez. Bu nedenle, olgu ve olması gereken arasındaki gerilim, ne normatif açıdan ne de toplumsal gerçeklik açısından asla tek taraflı olarak gevşetilmemelidir. Olgu ve olması gereken diyalektik bir ilişki çerçevesinde ele alındığında toplumsal normatif düzen doğru bir şekilde anlaşılır.⁴⁰ Aynı şekilde, iktidarın hukuk yapan karakteri⁴¹, hukukun iktidar yapan karakterine⁴² karşılık gelir. Hukuk, yalnızca ideal normatifliği içinde anlaşılırsa, karar verici ve etkili bir birimin olgusalılığından kaynaklanan

³⁹ Carl Schmitt, **Der Begriff des Politischen**, München, Duncker & Humblot, 1932, s. 19-20, 34; Carl Schmitt, **The Concept of the Political**, Trans. by George Schwab, 2.Edition, Chicago, Chicago University Press, 2007, s. 46; Carl Schmitt, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, 2. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 75; Heller, **Staatslehre**, s. 251, 255; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 116-117; Ulrich Scheuner, "Pressefreiheit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 22, Berlin, Walter de Gruyter, 1965, s. 17; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 307-308; Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 39. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2023, s. 12; Yunus Heper, **Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milliyetiyle Bölünmez Bütünlüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 56. Aksi yönde bkz. Isensee, "Staat und Verfassung", s. 99.

⁴⁰ Heller, **Staatslehre**, s. 185. Krş. Bydlinski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 12 vd.

⁴¹ Bkz. Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Ankara, Say, 1988, s. 17.

⁴² Bkz. Tanilli, **Devlet ve Demokrasi**, s. 18.

pozitifliği içinde anlaşıldığından daha az tek taraflı ve yetersiz bir şekilde belirlenmiş olmaz. Pozitif hukuk normları kendiliğinden belirlenmez, toplumsal düzen aracılığıyla istenir, konulur ve güvence altına alınır. Devletin iradesinin fiili birliği olmadan pozitif hukuk düzeninin birliği olmaz, ancak bu olmadan ne adalet ne de hukuki belirlilik gerçekleşir. Diğer taraftan devletin iradesini de normlardan bağımsız düşünmemek gerekir, aksi takdirde devletin yeterli bağlayıcı kuvveti olamaz. Devletin bu kuvvete de sahip olması gerekir, çünkü bu şekilde hukuku geçerli olabilir.⁴³

Her bir hukuk normu oluşturulurken belirli bir sosyal gerçeklik dikkate alınarak oluşturulur.⁴⁴ Kelsen'in iddiasının aksine normlar, içerik açısından devlet organları tarafından sosyal/toplumsal gerçeklikten soyutlanmış, formüle edilmiş ve bir anlamda sistematize edilmiş ampirik eylem kurallarından başka bir şey değildir.⁴⁵ Norm meydana getirildikten sonra sosyal gerçeklikte yaşanan değişimler, söz konusu normun yorumlanmasını, uygulanmasını veya uygulanmamasını ve dolayısıyla geçerliliğini de etkileyecektir.⁴⁶ Bu durum, en iyi şekilde kilise hukukundaki "*Cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*" maksimiyle anlatılabilir: Kanunun amacı ortadan kalkarsa, kanunun kendisi de ortadan kalkar.⁴⁷ Özellikle Anglosakson hukuk sisteminde çokça dile

⁴³ Heller, *Staatslehre*, s. 194-195. Krş. Tanilli, *Devlet ve Demokrasi*, s. 17-18.

⁴⁴ Nitekim Aarnio, yasaların tipik yaşam örnekleri üzerinde oluşturulduklarını ifade eder. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1987, s. 7. Benzer yönde bkz. Hanneke Van Schooten, "Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication", *Interpretation, Law and the Construction of Meaning: Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice*, Ed. by Anne Wagner - Wouter Werner - Deborah Cao, Dordrecht, Springer, 2007, s. 7-10; Neil MacCormick - Ota Weinberger, "Introduction", *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986, s. 6 vd.; Ota Weinberger, "Die Norm als Gedanke und Realität", *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, s. 66 vd.; Ota Weinberger, "The Norm as Thought and as Reality", *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986, s. 37 vd.; John R. Searle, "How to Derive 'Ought' From 'Is'", *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 1, Jan., 1964, pp. 43-58, s. 52 vd.; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, s. 80, 133-134, 150. Larenz/Canaris, norm metninin yorumunun, normun bağlı olduğu durumun değişmesiyle değişmesi gerektiğini ifade eder. Bkz. Larenz - Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 170 vd.

⁴⁵ Heller, *Staatslehre*, s. 253.

⁴⁶ *BVerfGE 74, 297 (350) - 5. Rundfunkentscheidung [1987]*; Ralph Christensen - Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, s. 176; Heller, *Staatslehre*, s. 256 vd. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, s. 20-21. Bu yaklaşımın hukuk güvenliği bakımından eleştirisi için bkz. Isensee, "Staat und Verfassung", s. 93-94.

⁴⁷ Bu maksimin anlamı için bkz. Wolfgang Löwer, *Cessante ratione legis cessat ipsa lex: Wandlung einer gemeinrechtlichen Auslegungsregel zum Verfassungsgebot*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, s. 7 vd.; Rüthers - Fischer - Birk, *Hukuk Teorisi*, s. 475; "Cessante

getirilen bu ilke, eski kuralların mevcut günlük koşullarda geçerli olup olmadığının değerlendirilmesini sağlar.⁴⁸

Modern toplumların yaşamlarında gerçekleşen yüksek değişim hızı, bireyler ile bireyler arasında, bireyler ile toplum ve devlet arasında daha önceden öngörüle-memiş ve yeni menfaat çatışmalarını doğurmaktadır. Bu bağlamda, ihdas edilen her

ratione legis, cessat et ipsa lex”, **Black’s Law Dictionary**, 9. Edition, Ed. by Bryan A. Garner, St. Paul, West, 2009, s. 1821.

⁴⁸ Lord Hoffmann’ın avukatların bağıışıklığı ile ilgili bir kuralın güncel koşullarda meşru bir kural olup olmadığını incelediği karar için bkz. *Arthur J S Hall & Co v Simons* [2002] 1 AC 615 (HL). Daha ayrıntılı bir inceleme için Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin aşağıdaki kararına bkz. *Fox v. Snow*, 76 A. 2d 877 (N.J. 1950): “Yargı kararıyla yapılan her yasa değişikliği, zorunlu olarak bir taraf için davaya ilişkin haklar yaratır ve diğer tarafa ilgili görevleri yükler. Bu, yasanın geliştiği ve kendini zamanın değişen ihtiyaçlarına göre ayarladığı süreçtir...Bu süreç zorunlu olarak sadece yeni haklar ve bunlara karşılık gelen görevler yaratmak için değil, aynı zamanda gerektiğinde eskileri kaldırmak için de kullanılır. *Cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* (kanunun amacı ortadan kalkarsa, kanunun kendisi de ortadan kalkar), hukukumuzun bildiği en eski ilkelerden biridir ve mahkemelerimiz tarafından sürekli olarak takip edilmektedir. Bu maksimle ilgili olarak, *Beardsley v. City of Hartford*, 50 Conn. 529, 47 Am. Rep. 677, 682 (1883) kararında şunlar söylenmiştir: “Bu, hiçbir yasanın üzerine kurulduğu gerekçenin akıbetinden ayrı yaşayamayacağı anlamına gelir. Onu değiştirmek için hiçbir kanuna ihtiyacı yoktur; yasa kendini fesheder.” Aynı düşünce Lord Coke tarafından Milborn Vakasında, 7 Coke 7a (K.B. 1609), dile getirilmiştir: “*Ratio legis est anima legis, et mutata legis ratione, mutatur ex lex*” (bir yasanın nedeni, yasanın ruhudur ve bir yasanın nedeni değişmişse, yasa değişir). Hâkim Holmes ise şöyle söyler: “Bir hukuk kuralı için Henry IV zamanında belirlenmiş olandan daha iyi bir gerekçe bulamamak caiz değildir. Üzerinde ihdas edildiği gerekçelerin uzun zamandan beri ortadan kaybolması ve kuralın sadece geçmiş kökü köküne taklide devam etmesi hiç caiz değildir.” ve “Bir formül üzerinde dinlenmek, uzun süreli ölüm anlamına gelen bir uy-kudur.” *Collected Legal Papers* (1920) 187, 306 [Oliver Wendell Holmes, **Collected Legal Papers**, 2. Edition, New York, Harcourt, 1952, s. 187, 306]. Holdsworth, Hâkim Holmes’un bu alıntısına yorum yaparken, Anglo-Amerikan vaka hukuku sisteminin “oldukça geniş sınırlar içinde yargıçların eski içtihatları modern koşullara uygun hale getiren bir seçme ve reddetme süreci” uygulamasına nasıl olanak tanıdığını tarif etmiştir. “Bu seçme ve reddetme süreci, al-manaklarda ihdas edilen yasaya uygulandı ve genel olarak orada ihdas edilen ve hala modern yasamızın bir parçası olan kurallar, modern ihtiyaçlara uygun oldukları için hayatta kaldı.” *Essays in Law and History* (1946) 161, 162 [Sir Willams S. Holdsworth, **Essays in Law and History**, Oxford, Clarendon Press, 1946, s. 161-162]. Yasanın gelişmesi için, modası geçmiş veya hatalı hukuk kurallarından vazgeçme gücüne sahip olması gerektiği kadar, zamanın ihtiyaçlarına uygun yeni doktrinler geliştirme kapasitesine sahip olması da önemlidir. Aynı sürecin bu iki aşaması arasındaki tek fark, birinin neredeyse otomatik ve zorunlu olarak ve genellikle yeni yasanın yaratıldığına dair herhangi bir açık kabul olmaksızın ilerlemesi, diğerinin ise geçmiş hataların açık bir şekilde tanınması veya bir zamanlar sağlam ama şimdi modası geçmiş bir kuralın açık bir şekilde reddedilmesidir. Maalesef, yanlış veya eskimiş doktrinleri ihmal ederek geçersiz kılmak (*sub silentio*), iyi bir yargı zevki kabul edilmemektedir.” Bu maksimi tanımlayan diğer bir Federal Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. *Funk v. United States*, 290 US 371 (1933): “Bu, [*Cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*], hiçbir yasanın üzerine kurulduğu gerekçenin akıbetinden ayrı yaşayamayacağı anlamına gelir. Onu değiştirmek için hiçbir kanuna ihtiyacı yoktur; yasa kendini fesheder. Bir yasanın dayandığı gerekçeler, toplumun ilerlemesinde kontrol edici bir güç kazanan karşıt gerekçelerle aşılsa, eski yasanın, soyut bir ilke olarak ve bazı koşullara uygulanmasında da iyi olmasına rağmen, yeni koşullara bir kontrol ilkesi olarak uygulanmasına son verilmelidir.”

kanunun, eksik olması ve boşluk barındırması bir kaçınılmazdır.⁴⁹ Bazı yazarlar, kanunun çıkarıldığı an ile uygulanma ve yorumlanma anı arasındaki zamana göre yargının daha dinamik bir yorum anlayışı benimseyebileceğini ifade etmiştir.⁵⁰ Ancak buradaki asıl denklem zaman ile kurulmamalıdır. Buradaki asıl denklem kanunun oluşturulduğu anda bağlantılı olduğu sosyal olguda, kanunun yorumlanma anında yaşanmış olan değişimdir.⁵¹ Bu elbette ki büyük ölçüde zamanla gerçekleşir ve fakat bu bir olmazsa olmaz, *sine qua non*, değildir. Sosyal, ekonomik ve teknolojik alanlarda yaşanan baş döndürücü değişimler, normun temel aldığı sosyal olguda çok zaman geçmeden değişim oluşturabilir. Diğer yandan, 100 yıl önce konulmuş olan bir norm güncelliğini koruyabilir ve temel alındığı sosyal olguda bir değişim yaşanmamış olabilir. Önemli olan bu değişimin tespitidir. Dolayısıyla, anayasa, zamana, topluma ve toplumdaki gelişmelere açıktır.⁵² Bu anlayışın pozitif anayasa hukuku ile uyumlulaştırılması ise ancak hukukun toplumsal bütünün parçası olduğunu kabul etmeyen⁵³ bir hukuk pozitizminin⁵⁴ reddi⁵⁵ ile gerçekleştirilebilir. Anayasal düzen, bir tamamlanmışlık ile veyahut bir açıklıkla karakterize edilmiştir. Anayasada büyük siyasi ve sosyal önemlerine rağmen çok sayıda konu hiç düzenlenmemiş veyahut detaylandırılmadan düzenlenmiştir. Anayasa kodifiye etmemekte ve fakat belirtilmesi gereken hususları çoğu zaman kabataslak bir şekilde belirtmektedir. Bu anayasanın yapısal olarak da açıklığını gösterir.⁵⁶ Normatif bir yapı olarak anayasa sürekli güncellenmeyi ve

⁴⁹ Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 149-150; Reinhold Zippelius - Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, 31. Auflage, München, C. H. Beck, 2005, s. 62.

⁵⁰ Bydlinski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 577-578; Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 128; William N. Eskridge, "Dynamic Statutory Interpretation", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 135, No. 6, Jul., 1987, pp. 1479-1555, s. 1496-1497; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 66. Yine de Eskridge, bu değişimi yalnızca zamanla sınırlamamış ve toplumsal olaylardaki değişimlerin, kanun tarafından konunun özel olarak düzenlenip düzenlenmediğini de incelemiştir. Eskridge, "Dynamic Statutory Interpretation", s. 1496-1497; William N. Eskridge, "The Dynamic Theorization of Statutory Interpretation", **Issues in Legal Scholarship**, Vol. 2, Issue 2, 2002, pp. i-42, s. 2; Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta, 2010, s. 234-237.

⁵¹ Wolfram Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, s. 188.

⁵² Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 77-78.

⁵³ Hukukun toplumsal bütünün bir parçası olduğuna yönelik olarak bkz. Dietrich Schindler, **Verfassungsrecht und soziale Struktur**, Zurich, Schulthess, 1932, s. 55 vd.

⁵⁴ Bu bağlamda bkz. Hans Kelsen, **Allgemeine Staatslehre**, Berlin, Julius Springer, 1925, s. 47 vd.

⁵⁵ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 300, 312.

⁵⁶ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 78-79.

dolayısıyla açıklığı gerektirir.⁵⁷

Anayasa normları ve özellikle anayasal hak normları, sosyal gerçekliği/düzenledikleri yaşam alanına göre şekillenen normatif yapılardır.⁵⁸ Bu bağlamda, devlet organlarının ve halkın anayasaya yönelen davranışları bir anayasal gerçeklik olarak dikkate alınır.⁵⁹ Her bir anayasal hak normu, toplumsal gerçekliğin belirli bölümlerine atıfta bulunur. Bu gerçeklik, normun olgusal bir bileşeni olduğu ölçüde, anayasa normlarını ve anayasal hak normlarını şekillendirir.⁶⁰ Anayasa normları, toplumsal gerçeklerle, özellikle çok farklı siyasi, ekonomik ve sosyal çıkarlar ve güç ilişkileriyle ve bunların lobiler tarafından örgütlü temsiliyle, ayrıca parti sisteminin gerçekleriyle ve kitle iletişim araçlarında yayınlanan kamuoyu ve görüşlerle pek çok şekilde etkileşim halindedir. Bu faktörler aynı zamanda bir anayasanın içeriğinin nasıl şekilleneceğini ve geliştirileceğini de etkiler.⁶¹ Bu sebeple, biri olgusal, diğeri ise normatif iki anayasa söz konusudur. Anayasal normlar, bağlı oldukları sosyal olgulara ve onun geçirdiği değişimlere ayak uydurmak zorundadır. Sözgelimi anayasada belirlenmiş bir hükümet

⁵⁷ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 85.

⁵⁸ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 168 vd., 184 vd. Benzer şekilde Hegel, bir milletin varlığının, kendiliğinden bir anayasa/ana yapı öngördüğünü ifade eder. Ona göre, anayasa zaman içinde meydana gelmesine rağmen hiçbir şekilde yaratılmamıştır. Çünkü anayasa kendiliğinden ve kendisi için olan bir şeydir. Bu yüzden de “her millet kendisine elverişli olan, kendisine uygun düşen siyasi ana yapıya sahiptir.” Georg Wilhelm Friedrich Hegel, **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, s. 440. Hegel ile aynı yönde bkz. Benjamin Constant, “Principles of Politics Applicable to All Representative Governments”, **Political Writings**, Ed. by Biancamaria Fontana, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, s. 172: “Anayasa nadiren insan iradesi ile yapılır. Onları zaman yapar. Anayasalar tedrici olarak ve algılanamayacak şekilde ortaya çıkar. Ancak anayasa yapmanın zorunlu olduğu durumlar da vardır. Yine de bu durumda vazgeçilmez olanı yapın. Zamana ve deneyime yer bırakın ki, bu iki reformcu güç, halihazırda oluşturulmuş güçlerinizi, yapılmış olanın iyileştirilmesi ve hala yapılması gerekenlerin tamamlanması konusunda yönlendirebilsin.” Kurumların hukuki belirleyiciliği hususunda bkz. Maurice Hauriou, “Die Theorie der Institution und der Gründung (1925)”, **Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou**, Ed. by Roman Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, s. 31-32, 65-66; Maurice Hauriou, “The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism” **The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos**, Ed. by Albert Broderick, Trans. by Mary Welling, Cambridge, Harvard University Press, 1970, s. 97, 123; Maurice Hauriou, “Müessese ve Tesis Teorisi”, Çev. Tarık Zafer Tunaya, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 9, Sayı 3-4, 1944, pp. 639-671, s. 642-643, 670-671. Ayrıca bkz. Vahdet İşsevenler, **Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni**, İstanbul, Pinhan, 2019, s. 232-234.

⁵⁹ Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 66.

⁶⁰ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 189; Karl Heinrich Friauf, “Verfassungsgarantie und sozialer Wandel: Das Beispiel von Ehe und Familie”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986, pp. 2595-2602, s. 2599.

⁶¹ Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 66-67.

sistemi, birçok krize ve istikrarsızlığa yol açıyorsa bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir. Bu sorunların giderilmediği durumlarda, olgusal olarak yaşayan anayasa, yani Schmitt'in anayasanın mutlak anlamı olarak belirlediği anayasa, yazılı, şekli anayasa, yani görece anayasayı geçersiz kılabilir.

Dolayısıyla olgunun, normun geçerliliğini etkilediği ve normun ilga edilmesine sebep olabileceği gibi yeni bir normun ihdasına da neden olabileceği ortadadır. Nitekim bazı yazarlar normun geçerliliğinin 3 ayrı kategoride incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir: Bir normun geçerli olabilmesi için i) hukuki/şekli⁶², ii) fiili/sosyolojik/olgusal⁶³ ve iii) ahlaki/etik⁶⁴ geçerliliğe sahip olması gerekmektedir.⁶⁵ Hukuki pozitivistler ise yalnızca bunlardan iki kategoriyi kabul etmektedir: i) hukuki/şekli geçerlilik ve ii) fiili/sosyolojik/olgusal geçerlilik.⁶⁶ Ahlaki geçerlilik olarak savunulan husus, aslında evrensel bir nitelik taşımayan ve olguda yani toplumda bulunan bir ahlak anlayışıdır. Bu bakımdan, bu çalışma kapsamında hukuki pozitivistlerin benimsediği geçerlilik şartları kabul edilmiştir. Bununla beraber, bu geçerlilik ikiliğinde, olguya, en azından şekli geçerlilikten daha fazla ağırlık verilmesine karar verilmiştir. Diğer yandan, burada, Alf

⁶² Yasanın mevcut otorite tarafından konulması ve kamusal güç tarafından uygulanmasını ifade eder. Yasanın yasalarda belirtilen usule göre ihdas edilmesi bu geçerlilik şartını sağlar. Walter Ott, **Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 22; Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 203-204; Robert Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, 5. Auflage, Freiburg, Karl Alber, 2016, s. 142-143; Robert Alexy, **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, 2. Edition, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson - Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 87-88.

⁶³ İhdas edilen bir kanunun/normun, söz konusu toplum içerisinde çoğunluk tarafından şiddetle reddedilmemesini ve normun pratik değerini korumasını ifade eder. Ott, **Der Rechtspositivismus**, s. 21-22; Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 203-204; Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, s. 139-141; Alexy, **The Argument from Injustice**, s. 85-86.

⁶⁴ İhdas edilen bir kanunun/normun ahlaki temellerini ifade eder. Eğer norm ahlaki olarak meşrulaştırılmışsa geçerlidir. Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 203-204; Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, s. 141-142; Alexy, **The Argument from Injustice**, s. 87.

⁶⁵ Rüthers, Fischer, Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 203-204; Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, s. 139-143; Alexy, **The Argument from Injustice**, s. 85-87; Yasemin Işıktaç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 25-28; Yasemin Işıktaç - Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 52-54; Yasemin Işıktaç, "Validity, Efficiency and Conformity to Justice in the Light of Legal Formalism", **Hukuk Yazıları II**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 364-366; O. Gökhan Antalya, **Hukuk Teorisi**, Ankara, Seçkin, 2019, s. 200-201; Zeki Hıfzioğulları, **Ceza Normu**, 2. Baskı, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1996, s. 39 vd.

⁶⁶ Ott, **Der Rechtspositivismus**, s. 21-22; Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, s. 15-17; Alexy, **The Argument from Injustice**, s. 3-4; Kelsen, **Reine Rechtslehre**, s. 385; Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 213; Kelsen, **General Theory of Law and State**, s. 119; Kelsen, **Allgemeine Theorie der Normen**, s. 111-113; Kelsen, **General Theory of Norms**, s. 139-140; Gülgeç, **Normlar Hiyerarşisi**, s. 21-22.

Ross'a (1899-1979) benzer şekilde, hukuk, etkili olan ve bireylerin kendilerini bağı hissettiği kurallar tanımına indirgenmemektedir.⁶⁷ Bu çalışma kapsamında benimse- nen geçerlilik, bir otorite veya iktidarın kullanıcıları tarafından şekli olarak geçerli kılı- nan norm ile bu normun temel aldığı ve toplumda yaşanan gelişmeler ile değişebilen sosyal olgu arasındaki diyalektikten oluşmaktadır. Bu diyalektikle bir yandan "olgunun normatif kuvveti"⁶⁸, diğer yandan normun fiili gücü dikkate alınır.⁶⁹ Dolayısıyla bu tezde, hibrit pozitivizm(devletçi-sosyolojik-kurumsalcı pozitivizm)⁷⁰/hukuki realizm perspektifinden bir yaklaşım sergilenmeye çalışılmıştır.

B. İlke-Normun Reddi ve Anayasal Hakların Yeniden Yapılandırılması

Alexy'nin oluşturduğu ilke-norm kavramını başka bir çalışmada⁷¹ reddettiğimiz- den bu konu burada kısa bir şekilde ele alınacaktır. Alexy'nin anayasal haklar kura- mının temelinde büyük bir hata vardır. Özellikle ilkenin tanımlanması konusu, ilke- normu destekleyemeyecek bir durumdadır. İlk olarak Alexy'nin optimizasyon emri ola- rak tanımladığı ilke-norm, şekli bir hata içermektedir. Zira nihayetinde bir emir olan bir norm aslında Alexy'nin tanımladığı anlamda bir ilkeyi değil bir kuralı ifade eder.⁷² Alexy, bu eleştiri karşısında, ilke tanımını değiştirir. Buna göre, ilke artık bir optimiza- syon emri değil *optimize edilecek bir emirdir (commands to be optimized)*.⁷³ Bu bağ- lamda, karşımıza iki unsur çıkar: Bir tarafta optimize edilmesi gereken bir nesneye dönüşen ilke, diğer tarafta ise bu nesneyi optimize eden bir meta-kural. Optimize em- rini içeren meta-kural, optimize edilmesi gereken bir nesne olan ilkeyi optimize ederek

⁶⁷ Alf Ross, **On Law and Justice**, Trans. by Uta Bindreter, Oxford, Oxford University Press, 2019, s. 23.

⁶⁸ Jellinek, **Allgemeine Staatslehre**, s. 337 vd.

⁶⁹ Manfred Rehbinder, **Hukuk Sosyolojisi**, Çev. İlyas Doğan - Hilal Kafkas, 2. Baskı, Ankara, Astana, 2019, s. 55.

⁷⁰ Bkz. Walter Ott, **Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 32 vd., 76 vd., 97 vd.

⁷¹ Bkz. Seyfullah Tosun, "Kurallar ve İlkeler: Alexy'nin İlke-normunun Reddi ve Anayasal Hak- ların Normatif Olarak Yeniden Yapılandırılması", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, Sayı 2, 2022, pp. 1575-1629

⁷² Bu düzeltme için bkz. Aulis Aarnio, "Taking Rules Seriously", **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Supplement**, Vol. 42, 1990 pp. 180-192, s. 187; Aulis Aarnio, **Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics**, Aldershot, Ash- gate/Dartmouth, 1997, s. 63-64; Aulis Aarnio, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Dordrecht, Springer, 2011, s. 123-124. Benzer yönde bkz. Jan Henrik Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt: Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechts- dogmatik", **JuristenZeitung**, 63. Jahrg., Nr. 15/16, 8. August 2008, pp. 756-763, s. 762-763.

⁷³ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 13, No. 3, September 2000, s. 300.

uygulanır.⁷⁴

Her ne kadar Alexy, ahlak ve hukuk felsefesi bakımından maddi bir değişikliğin olmadığını savunsa da⁷⁵ ilke ile kural arasındaki normatif ayrımın aynı şekilde kaldığı söylenemez. Bir optimizasyon gerekliliği, *bir şeyin* optimize edilmesini icap ettirir ve fakat normatif bir yapının optimize edilme zorunluluğunu gerektirmez. Sözgelimi, ilke teorisine göre, Alman Anayasası Madde 2/2'de yer alan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün, sağlık ve insan yaşamını optimize etme emrini içerir. Ancak vücut bütünlüğü ve insan yaşamı bir emir veya gereklilik değildir. Dolayısıyla bunlar normatif değil olgusal nesnelerdir.⁷⁶ Nitekim burada optimizasyon emrinin normatifliği ile optimizasyon emrinin nesnesinin normatifliğini birbirine karıştırmamak gerekir. Optimizasyon emri, bir nesneyi, hukuki ve olgusal imkânlar bakımından mümkün olan en yüksek dereceye çıkarma yükümlülüğü aracılığıyla normatifliğini elde eder. Ancak optimizasyon emrinin nesneleri, hiçbir şekilde normatif bir niteliğe sahip olamaz.⁷⁷ Gerçekten de bir norm *Sollen* içeriği ile bağlanmıştır. Norm kavramında, kesin ile *prima-facie Sollen* arasında yapılan bir ayrımın yer yoktur. Bir normun içerdiği *Sollen* her zaman kesindir. İlke teorisi bakımından, bir normun içeriği haline gelen ilke-normun kendisini değil, anayasa metninden norma gidilen süreçte başlangıç aşamasını oluşturur.⁷⁸ Bu haliyle ilkeler, yalnızca sonunda norma ulaşılan bir hesaplamanın etkenleridir. Alexy'ye göre⁷⁹ de ilkeler, somut bir gereklilik değil, bu somut gerekliliğe

⁷⁴ Alexy, "On the Structure of Legal Principles", s. 300.

⁷⁵ Alexy, "On the Structure of Legal Principles", s. 301. Alexy, bu savunusunda Peczenik'e dayanmaktadır. Bkz. Aleksander Peczenik, **On Law and Reason**, Dordrecht, Springer, 2008, s. 63-64.

⁷⁶ Ralf Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 22, No. 4, December 2009, pp. 425-454, s. 436-437; Ralf Poscher, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", **Institutionalized Reasons: The Jurisprudence of Robert Alexy**, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 233; Ralf Poscher, "Theory of a Phantom: The Principles Theory's Concept of a Principle", **Alexy's Theory of Law**, Ed. by Júlio Aguiar de Oliveira - Stanley L. Paulson - Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015, s. 134; Ralf Poscher, "Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 33, No. 2, June 2020, pp.134-149, s. 141.

⁷⁷ Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", s. 437; Poscher, "The Principles Theory", s. 233-234; Poscher, "Theory of a Phantom", s. 134; Poscher, "Resuscitation of a Phantom?", s. 141; Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", s. 760.

⁷⁸ Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", s. 760.

⁷⁹ Robert Alexy, **Theorie der Grundrechte**, 8. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2018, s. 92; Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Trans. by Julian Rivers, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 60.

ulaştıran gerekçelerdir. İlkeler normlar için yalnızca bir gerekçe/sebep olursa, varsayılan yeknesak norm kavramından bir ayrılma olmaksızın aynı anda norm olarak tanınamazlar.⁸⁰

Alexy'nin bu yeni formölasyonunda, optimizasyon emrini içeren bir meta-kuralın bir hukuk sisteminde var olabilmesi sorunundan ayrı olarak⁸¹, ilkenin normatif olarak kuraldan ayrılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu formölasyonda, ilke, bir meta-kural sayesinde optimize edilebilmektedir. Bu husus da ilkeyi, bir optimizasyon nesnesi olarak hukuk sistemindeki diğerk normlardan ayırmaz. Bu suretle, Alexy'nin yeni ilke formölasyonundaki temel unsur bir nesne haline gelen ilke değıl, optimizasyonu sağılayan meta-kuraldır. İlke herhangi bir belirli hukuk norm tipi oluşturmaz, ilkeler yalnızca optimizasyonu sağılayan bir meta-kuralın etkisini yansıtır.⁸² Zira bir şeyin ilke olabilmesi için bu şeyin optimizasyon emrini içeren bir meta-kuralın nesnesi olması zorunludur.⁸³ Nihayetinde, ilke-normun, bir normun nesnesi haline gelmesi, ilkenin normatif niteliğini ortadan kaldırır.

Alexy'nin yaşatmaya çalıştığı ilke teorisi çerçevesinde, ilke ayrı bir norm tipi olarak kabul edildiğı takdirde, bu sefer, kuralın niteliğı hakkında da yeni belirlemeler yapılmalıdır. Alexy'nin yeni ilke yapısında, ilkenin kuraldan ayrılabilmesi için kuralların, optimize etmeyen meta-kuralların nesnesi olduğunun kabulü gerekecektir. Bu durumda ise aslında iki norm tipi oluşmaktadır: bir yanda bir optimize gerekliliğı olan meta-kural, diğerk yanda optimize gerekliliğı olmayan meta-kural.⁸⁴ Dolayısıyla Alexy'nin yeni formölasyonunda ayrı bir norm tipi oluşmamaktadır.

Anayasal hak normlarının neden optimizasyon gereklilikleri olduğu ve ne ölçüde olduğu sorusunun cevabı pozitif anayasa hukukundan elde edilemez. Zira kurallar ve ilkeler ayrımı pozitif anayasa hukukunun kendisinden çıkarılamadığı gibi

⁸⁰ Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", s. 760.

⁸¹ Bunun için bkz. David Martínez-Zorrilla, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Ed. by David Duarte - Jorge Silva Sampaio, Cham, Springer, 2018, s. 175-176.

⁸² Rúben Ramião, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Ed. by David Duarte - Jorge Silva Sampaio, Cham, Springer, 2018, s. 166; Martínez-Zorrilla, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", s. 175.

⁸³ Martínez-Zorrilla, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", s. 175.

⁸⁴ Ramião, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", s. 166; Martínez-Zorrilla, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", s. 175.

pozitif anayasa hukukundan kural-ilke ikilemini aşan ayrımlar da elde edilebilir.⁸⁵ Bundan farklı olarak, ilke-normun ilk tanımında yer alan hukuki olasılıkların nasıl ölçüldüğünün belirsiz olduğu ifade edilmiştir. Lindner burada, döngüsel akıl yürütme tehlikesinin olduğunu belirtir.⁸⁶ Gerçekten de Jestaedt'e göre, Alexy, ilkelerin nasıl uygulandığını açıklarken, ilkelerin geçerliliğine ilişkin tamamen sessiz kalmaktadır. İlke teorisinin bir yandan çatışma durumundaki farklı davranışlarına bağlı olarak, kural ile ilke arasında bir ayırım benimsemesi ve buna göre kural ve ilkeyi belirlemesi, diğer yandan çatışma durumundaki bu davranışlara atıfta bulunarak ilkelerin varlığına dair kanıt elde etmeye çalışması bir totolojiyi ifade eder.⁸⁷ Lindner, ayrıca optimizasyon aracı kullanılarak anayasal hakların kendisinden elde edilemeyecek siyasi veya başka içeriklerin anayasal haklara yüklenme riski olduğunu söyler.⁸⁸

Bunun yanı sıra Alexy, ilke teorisini reddedenlerin ölçülülük ilkesinin geçerliliğini de reddetmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁸⁹ Ancak bu doğru değildir. Ölçülülük ilkesi, anayasal haklar ilke oldukları için geçerli değildir. Tersine, ölçülülük ilkesi geçerli olduğu için anayasal haklara ilke gibi muamele edilmiştir. İlke teorisinde Alexy FAYM'a ayak uydurduğu için bu sonuca ulaşmıştır.⁹⁰

Alexy'nin öğrencilerinden Sieckmann da Alexy'nin ilke teorisini kurtarma çabalarında başarısız olduğunu kabul etmiştir. Sieckmann'a göre, optimizasyon gerekliliğinin nesnesini oluşturan normlar, herhangi bir belirli mantıksal yapıdan yoksun olduklarından, mantıksal olarak ayrı bir norm türü oluşturamaz. Bu bağlamda, ilke teorisinin merkezinde yer alan katı ilke-kural ayrımının terk edilmesi gerekir. İlkeler, optimizasyon gerekliliği olarak tanımlanamayacağı gibi optimizasyon gerekliliğinin nesnesi olan bir norm olarak da tanımlanamaz. İlkeler, normatif argümanlardır ve özerk bir normatif yapıya sahip değildirler.⁹¹

⁸⁵ Josef Franz Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, s. 54-55.

⁸⁶ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 55. Aynı yönde bkz. Matthias Jestaedt, "The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weakness", **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 159-162.

⁸⁷ Jestaedt, "The Doctrine of Balancing", s. 161-162.

⁸⁸ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 55.

⁸⁹ Alexy, "On the Structure of Legal Principles", s. 297.

⁹⁰ Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", s. 761.

⁹¹ Jan-R. Sieckmann, "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", **Alexy's Theory of Law**, Ed. by Júlio Aguiar de Oliveira - Stanley L. Paulson - Alexandre Travassoni Gomes Trivisonno, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015, s. 150-151; Jan-R. Sieckmann, "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", **On the Nature of Legal Principles**,

Nitekim Alexy'nin kendisi dahi kural ile ilkeyi ayırmayı başaramamıştır. Alexy bir yandan her normun ya bir kural ya da bir ilke olduğunu beyan etmekte⁹², diğer yandan ise anayasal hak normlarının hem kural hem de ilke karakteri gösterdiğini kabul etmektedir.⁹³ Dolayısıyla daha başından itibaren Alexy'nin ilke teorisi, ilkeyi kuraldan başarılı bir şekilde ayırt edememiştir.⁹⁴

Bunların yanı sıra, Alexy'nin kullandığı optimizasyon modeli de eleştirilmiştir. Buna göre, sosyal sorunların yer aldığı ekonomi, bilim, teknoloji ve din gibi sosyal alanlara bağlı olarak birçok bakış açısının bulunduğu karmaşık bir toplumda yaşadığımız gerçeğini ve bu bakış açılarının çoğulluğunu bir hukuk sisteminin kendi kriterlerine göre yansıttığı gerçeğini göz ardı ettiği için optimizasyon modeli zayıf bir model ortaya koyar. Bu bağlamda, bir perspektifte optimize olabilen şey, başka bir perspektifte optimize olmayabilir.⁹⁵ Optimizasyon modeli, çatışan ilkeler arasında optimum ilkeye ulaşabilen karşı-olgusal (*counterfactual*) bir özne varsayar. Ancak anayasal hakların birbirleri ile veya sınırlama ölçütleri/kamu yararı ile arasındaki çatışma, aslında bu sosyal alanlara dayanır. Neves'e göre, optimizasyon aracı olan dengeleme, karmaşık sosyal ve yasal süreçlerin bulunduğu bir toplumda gerçekleşir. Bu sebeple, bu toplumsal karmaşık yapı karşısında, dengelemeyi yapacak olan ideal öznenin rasyo-nel tercihinə dayanan optimizasyon modelinden optimum sonuç elde edilemez.⁹⁶

Anayasal hakların sınırlandırılmasının normatif olarak yapılandırılmasında Alexy'nin ilke teorisine ihtiyaç yoktur. Burada, gerek norm çatışmaları gerekse de

Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, s. 50-51. Ayrıca bkz. Jan-R. Sieckmann, **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Oxford, Hart Publishing, 2012, s. 45 vd.

⁹² Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 77; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 48.

⁹³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 104 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 69 vd.

⁹⁴ Poscher, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", s. 440; Poscher, "The Principles Theory", s. 237-238. Benzer yönde bkz. Benedikt Pirker, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study**, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2013, s. 48 vd.; Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", s. 760-761; Horst Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 95; Renata Camilo de Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, s. 170; Ulrich Penski, "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln: Ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts", **JuristenZeitung**, 44. Jahrg., Nr. 3, 3. Februar 1989, pp. 105-114, s. 114.

⁹⁵ Marcelo Neves, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 67-68.

⁹⁶ Neves, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules**, s. 68.

(anayasal) hak çatışmalarının çözümü klasik çatışma kuralları ile sınırlı değildir. Nitekim çatışan kurallardan birisinin geçersiz olacağı mutlak bir kabulü de içermemektedir. Raz'a göre, farklı kurallar çatışarak birbirlerinin anlamlarını değiştirebilir.⁹⁷ Bir *Sollen* cümlesi olarak kurallar (sözgelimi anayasal haklar), dengelemeden ari olarak altlanamayacak kompleks yapıya sahip olabilir ve muğlak/belirsiz kavramları içerebilir.⁹⁸ Bunların yanı sıra, anayasal hak normları, klasik çatışma kurallarının (*Lex superior derogat legi inferiori*, *Lex posterior derogat legi priori*, *Lex specialis derogat legi generali*) uygulanması bakımından, anayasa altı mevzuattaki normlara göre farklılık arz eder.⁹⁹ Öncelikle, anayasal hak normları kendi aralarında veya sınırlama normları ile soyut bir şekilde çatışmaz. Bu çatışma, somut düzlemde gerçekleşir. Aslında çatışan, anayasal hakkın kapsamında yer alan somut menfaat ile sözgelimi kamu yararı

⁹⁷ Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, pp. 823-854, s. 830-832; Yahya Berkol Gülgeç, **Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 43 vd.; Gülgeç, **Normativite ve Pozitivizm**, s. 515-516. Benzer yönde bkz. Friedmann Vogel - Ralph Christensen, "Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen: Von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung", „**Abwägung**": Herausforderung für eine Theorie der Praxis, Ed. by Friedrich Müller - Philippe Mastronardi, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, s. 99. Normların çatışmasında ve yarışmasında geçersizlik dışında başka sonuçların meydana gelebileceği yönünde bkz. Zippelius, **Juristische Methodenlehre**, s. 30 vd. Gülgeç, buradaki durumu eylem sebeplerine benzetir. Buna göre, uyulamayan eylem sebepleri ilgili eylem yönündeki sebep olma niteliğini (geçerliliğini) yitirmeyeceği gibi, çatışma durumunda uygulanamayan norm da geçerliliğini yitirmez. Bkz. Gülgeç, **Normativite ve Pozitivizm**, s. 516. Aynı yönde bkz. Klaus Günther, "Ein Normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der Juristischen Argumentation", **Rechtstheorie**, Vol. 20, No. 2, 1989, pp. 163-190, s. 168 vd.; Jürgen Habermas, **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, 4. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, s. 265 vd.; Jürgen Habermas, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, Trans. by William Rehg, Cambridge, The MIT Press, 1996, s. 216 vd. Etkililik ve uygulama kavramları için bkz. Eugenio Bulygin, "The Concept of Efficacy (1965)", **Essays in Legal Philosophy**, Ed. by Carlos Bernal - Carla Huerta - Tecla Mazzaresse - José Juan Moreso - Pablo E. Navarro - Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 42-44, 47 vd. Burada tabi şu soruyu da sormak gerekir: normun anlamının değişmesiyle, normun eski hali geçersiz olmayacak mıdır? Zira normun geçersizliği ile norm metninin geçersizliği ayrı şeylerdir. Kanaatimizce yazarların kastettiği geçersizlik, norm metninin geçersizliğini imler. Ancak norm metni ile norm ayrımı kabul edildiğinde, burada norm metni geçerli olmakla birlikte normun geçersiz olduğu ve normun özellikle bu çatışma durumları için geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir.

⁹⁸ Klement, "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", s. 761.

⁹⁹ Klaus Stern, "Einleitung: Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 47-48; David Martinez-Zorilla, "The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights", **Law and Philosophy**, Vol. 30, pp. 729-749, s. 729-731; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 121 vd.; Markus Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenten" Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 244 vd. Krş. Ramião, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", s. 162-163.

kapsamında bulunan vaka çerçevesinde oluşan somut menfaattir.¹⁰⁰ Diğer bir deyişle, belirli bir vaka çerçevesinde somutlaşan, anayasal hakların korudukları anayasal değerler veya menfaatler dengelemeye girerek bu çatışma bir çözüme kavuşturulur. Bunlardan ayrı olarak, dengelemenin uzun süreden beri gerek özel hukukta¹⁰¹ gerekse anayasa hukukunda norm çatışmalarının çözümünde kullanılan bir metodoloji ve çatışma kuralı haline geldiği kabul edilmektedir.¹⁰² Bu bağlamda, vakanın koşulları çerçevesinde yapılan somut dengeleme çözümü ise “*lex situationis*” olarak belirtilir.¹⁰³

Sistematik bir inceleme yapıldığında görülecektir ki anayasal hak normları, tamamlanmamış normlardır. Raz’ın bütüncül normuna (normların ayrılabilirliği tezi¹⁰⁴) benzer şekilde¹⁰⁵, bir anayasal hak normu, diğer bir anayasal hak normuyla ve türev anayasal hak normlarıyla yani yüksek mahkeme kararlarıyla tamamlanır. Bu bakımdan, yalnızca tekil bir anayasal hak normunu dikkate almak, ilgili anayasal hakkın içinde yer aldığı anayasal haklar bütünü veyahut FAYM’ın ifadesiyle objektif değerler düzenini¹⁰⁶ görmezden gelmektir. Bu itibarla, Poscher’in norm senaryosunu¹⁰⁷, anayasal hak normlarına uygulayabiliriz. Öncelikle çatışan iki anayasal hak bakımından inceleme yapalım:

¹⁰⁰ Bkz. Scheuner, “Pressefreiheit”, s. 104; Klaus Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 605, 621. Krş. Herbert Bethge, “Grundrechtskollisionen”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 672.

¹⁰¹ Özel hukuktaki ölçülülük ilkesinin etkisi için bkz. Dieter Medicus, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht”, **Archiv für die civilistische Praxis**, Bd. 192, H. 1/2, 1992, pp. 35-70, s. 37 vd. Ayrıca bkz. BGHZ 13, 334 (338) - Veröffentlichung von Briefen; BAG, NJW, 1971, 1668, s. 1669 vd. - Arbeitskampfmaßnahmen.

¹⁰² Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 223 vd.; Klaus Stern, “Übermaßverbot und Abwägungsgebot”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 815-816. Burada ayrıca normların çatışmasında, geçerlilik değil uygulanabilirlik sorununun söz konusu olduğunu ileri süren eleştiriler de vardır. Bu bağlamda genel olarak bkz. Klaus Günther, **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, Albany, State University of New York Press, 1993, s. 5-7, 212 vd. Neves ise Günther’in ilke-kural ayrımı çerçevesinde ileri sürdüğü bu savı eleştirir. Buna göre, somutlaştırma süreci, normların hermeneutik yapılanmasını ifade eder. Bu bakımdan, uygulama, halihazırda norm inşa faaliyetini varsayar. Bkz. Neves, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules**, s. 69-70.

¹⁰³ Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 680

¹⁰⁴ Gülgeç, **Lex Superior İlkesi**, s. 43.

¹⁰⁵ Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, s. 825 vd. Benzer yönde bkz. Zippelius, **Juristische Methodenlehre**, s. 25 vd.

¹⁰⁶ Bkz. BVerfGE 7, 198 - Lüth [1958].

¹⁰⁷ Poscher, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles”, s. 433 vd.; Poscher, “The Principles Theory”, s. 230 vd.; Poscher, “Theory of a Phantom”, s. 141-143.

N1: Her kişi, düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N2: Her kişi, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Her iki normun da aynı vakaya uygulandığı bir senaryoda, çatışan haklardan birisi, mutlak hak değılse, bu çatışmanın bir çatışma kuralı ile çözölmesi gerekmektedir. Bu çözüm, artık küresel bir seviyede, gerek anayasada yazılı olarak gerekse içtihat hukukuyla anayasal bir statü elde eden, birçok devlet ve hukuk sistemi tarafından uygulanan ve dolayısıyla kabul edilen¹⁰⁸ ölçölülük ilkesi (K_a) ile çözölmenmektedir. Bu itibarla, aynı vakaya uygulanan ifade özgürlüğü ve kişiliğini özgürce geliştirme hak normları, aşağıdaki şekilleri alır:

N1_a : Her kişi, *[bireysel menfaatleri,] başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, *[veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçölü bir ilişki içinde olan]* düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N2_a : Her kişi, *[bireysel menfaatleri,] başkasının düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] ağır basan*, *[veya düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkı ile ölçölü bir ilişki içerisinde olan]* kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Aynı senaryoyu sınırlama ölçütleri ile de uygulayabiliriz. Ancak bu durumda, farklı iki norm yapısını göstermeye gerek kalmaz:

N3: Başkalarının haklarını ihlal etmedikçe veya kamu düzenine ya da kamusal ahlaka zarar vermedikçe, her kişi, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Somut bir vakada, bir kişinin kamu düzenine belirli ölçülerde müdahalede bulunarak kişiliğini özgürce geliştirme hak normu kapsamındaki bir fiili gerçekleştirdiğinde, çatışan menfaatleri ölçölülük ilkesi uyarınca dengelemek gerekecektir:

N3_a : Her kişi, *[bireysel menfaatleri,] kamu düzenine verilen zarara ağır basan* *[veya kamu düzeni ile ölçölü bir ilişki içerisinde bulunan]* kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

¹⁰⁸ Oliver Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 2; Johannes Saurer, "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", **Der Staat**, Vol. 51, No. 1, 2012, pp. 3-33, s. 5 vd.; Jamal Greene, "Rights as Trumps?", **Harvard Law Review**, Vol. 132, No. 1, 2018, pp. 28-132, s. 58-59; Matthias Klatt - Moritz Meister, "Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip", **Der Staat**, Vol. 51, No. 1, 2012, pp. 159-188, s. 160-161; Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölölölülük: Ölölölülük İlkesi Bir Anayasal İlke midir?", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi**, C. 7, Sayı 1, 2017, pp. 1-74, s. 17 vd.

Bu kapsamda, ifade özgürlüğü hakkını da yeniden yapılandırabiliriz:

N4: Her kişi, düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir...Bu haklar, genel yasanın gereklilikleri, genç kişilerin korunmasını öngören hukuki hükümler ve kişi onuru hakkı tarafından sınırlandırılır.

Somut bir vakada, bir kişinin ifade özgürlüğünün bireye sağladığı menfaat ile genel yasanın gerekliliklerinin sağladığı toplumsal menfaat arasında bir çatışma meydana geldiğinde, ifade özgürlüğü hak normu ölçülülük ilkesi uyarınca şu şekilde yeniden yapılandırılır:

N4_a : Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan,* [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

II. Metotlar

Anayasanın yorumlanmasına (A) ve içtihatların normatif niteliğine (B) ilişkin benimsenen metotlar, bu tezde kullanılacaktır.

A. Anayasanın Yorumlanması

Anayasanın yorumlanmasında, von Savigny'den¹⁰⁹ bu yana oluşturulan klasik yorum yöntemleri ile sıkı bağ halen güncelliğini korumaktadır.¹¹⁰ Anayasanın yorumlanmasında, klasik yorum yöntemleri bir başlangıç teşkil etse bile anayasa normunun içeriğinin belirlenmesinde yeterli gelmemektedir. Zira bugün kesin olarak söylenebilir ki, norm metinlerinin yorumlanması ve uygulanması büyük çoğunluk itibarıyla basit bir altlamayı ifade etmez ve yorum faaliyetinde birçok hukuk dışı faktör de rol oynayabilir.¹¹¹ Yalnızca norm metnine bağlı kalan ve normların ön koşullarını göz ardı eden ve anayasayı oluşturan devletin bağlamını okumayan bir anayasa yorumu, aralarındaki birleştirici bağdan yoksun olarak anlamın yalnızca kısmi parçalarını elde eder. Nitekim aslında sadece bu kısmi anlam parçalarına sahip olmak sübjektif yoruma sebebiyet verir.¹¹² Özellikle anayasal hakların yorumlanmasında, anayasal hakların yapısı

¹⁰⁹ von Savigny, yorum yöntemlerini gramatik, mantıksal, sistematik ve tarihsel yorum olarak sıralamıştır. Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen Römischen Rechts**, Bd. I, Berlin, Veit und Comp., 1840, s. 206 vd., 213.

¹¹⁰ Ernst Forsthoff, **Zur Problematik der Verfassungsauslegung**, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, s. 39; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 53; Bernhard Schlink, "Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft", **Der Staat**, Vol. 19, No. 1, 1980, pp. 73-107, s. 96 vd.; Kingreen - Poshcer, **Grundrechte**, s. 2; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 70.

¹¹¹ Karl Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 4. Auflage, Berlin, Springer, 1979, s. 128 vd., 136; Johannes Lameyer, **Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung**, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, s. 101.

¹¹² Isensee, "Staat und Verfassung", s. 9. Aristoteles de benzer bir çıkarımda bulunmuştur:

dolayısıyla klasik yorum yöntemlerinin yanı sıra yeni yorum araçlarının/ilkelerinin geliştirilmesi gerekir.¹¹³ 1950'lerden sonra özellikle Gadamer'in çalışmaları ile hukuki yorumda hermeneutiğin kaçınılmazlığı, anlama süreci için ön-anlayışın kurucu önemi ve dolayısıyla yorumlama ile uygulama ve yorumlama ile anlamın oluşumu (normun inşası) arasındaki ayrılmaz bağlantı açığa çıkmıştır.¹¹⁴ Buna göre, hukukun uygulanması, norm metinleri çerçevesinde olguların mantıksal altlanması ifade etmez. Aksine, hukuk dışı değerlendirme faktörleri tüm zor davalarda belirleyici bir rol oynar. Hukukun uygulanması son derece bireyselleştirilmiş bir araç olan yargıç tarafından gerçekleştirilir. Bu sebeple, psikolojik ve sosyolojik boyutu vardır. Nitekim hukukun uygulanması tarihsel olan bir sosyal olgu içinde gerçekleşir.¹¹⁵

Bu sebeple, bu tezde realist yorum teorisinin bir türevi oluşturulmuştur. Realist yorum teorisini basitçe açıklamak gerekirse, normun anayasa/yasa koyucu tarafından değil, uygulayıcı tarafından oluşturulmasıdır. Bu bakımdan, anayasa/yasa koyucu norm metinlerini hazırlar. Bu norm metinlerine esas anlamını veren ve dolayısıyla normu inşa eden, bu metinleri yorumlayan yorumcudur. Anayasa/Yasa koyucu, yasalastırdığı norm metinlerine bir anlam atfetse de, bu norm metninin yalnızca sübjektif anlamını oluşturur. Norm metninin objektif anlamı, bir bütün olarak hukuk sisteminin bu metinleri anlamlandırmasıyla elde edilir. Bu sebeple, bu metinler hukuki bir norm anlamına gelecek şekilde yorumlanmadıkça tam anlamıyla bir hukuki norm oluşmaz.¹¹⁶ Bu anlamda, hukukun realist yorumu, "bir kurallar bütünü olarak anlaşılan hukukun, hukuki ve yargısal yorumun ve hukuk metnlerinin inşasının bir sonucu olduğu yönündedir."¹¹⁷ Diğer bir deyişle, "hukuk iki farklı faaliyetin birleşimine dayanmaktadır: (i) normatif metinlerin oluşturulması ve (ii) bu metinlerin yorumlanması ve inşası."¹¹⁸

"Bir anayasanın (*politeia*) ne olduğunu anlamak için şehrin (polisin) yapısını araştırmalıyız." Bkz. Aristotle, **Politics**, Trans. by Ernest Barker, Oxford, Oxford University Press, 1995, s. 84.

¹¹³ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 131-132; Müller - Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, s. 47.

¹¹⁴ Ralf Dreier, "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation", **Probleme der Verfassungsinterpretation**, Ed. by Ralf Dreier - Friedrich Schwegmann, Baden-Baden, Nomos, 1976, s. 14; Lameyer, **Streitbare Demokratie**, s. 103-104.

¹¹⁵ Lameyer, **Streitbare Demokratie**, s. 104-105.

¹¹⁶ Michel Troper, "The Structure of the Legal System and the Emergence of the State", **Straus Working Paper 06/12**, New York, NYU School of Law, 2012, s. 25-26; Michel Troper, "Constitutional Interpretation", **Israel Law Review**, Vol. 39, Issue 2, 2006, pp. 35-50, s. 35-36, 47 vd.; Kemal Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", **Anayasa Yargısı**, C. 15, 1998, pp. 207-243, s. 209 vd.

¹¹⁷ Riccardo Guastini, "An Exercise in Legal Realism", **Iuris Dictio**, Vol. 25, 2020, pp. 37-47, s. 42.

¹¹⁸ Riccardo Guastini, "A Realistic View on Law and Legal Cognition", **Revus: Journal for**

Bununla birlikte, normun inşası yorumcunun serbest iradesine veyahut keyfiliğine dayanamaz. Bu husus, hukuki güvenliği ortadan kaldıran bir kararcılık ortaya koyar. Nitekim bu tezde, yorumcu öncelikle norm metninin temel alındığı sosyal olgunun kendisiyle, değişimi ve gelişimi ile sınırlanmıştır. Yorumcu sosyal olguyu takip etmek zorundadır. Bu bakımdan yorumcu bir sosyal teori¹¹⁹ ile sınırlanmıştır. Zira hukuk ve dünya arasındaki ilişkide karmaşık bir etkileşim ortaya çıkmaktadır. Tek başına norm metni, karar verilecek meselede hukuken ilgili olan her şeyi söylemez. Dünya ve hukuk, hukukçunun her bir davada kurması gereken karmaşık bir bağ ile birbirine bağlıdır. Hukuki karar verme faaliyeti için, hukuk ve gerçeklik, birbirleriyle sadece dışsal bir ilişki içinde duran ve birbirleriyle sadece geriye dönük olarak ilişkilendirilebilen bağımsız olarak verili varlıklar değildir. Bu iki varlığın da birbirlerinden göreceli bağımsızlıkları vardır.¹²⁰ Anayasal hakların yaşam alanına olan bağlılığı dikkate alındığında, anayasal hakların yorumlanması kendi metodolojik kurallarına uygun olmasını gerektirir.¹²¹ İkinci olarak, yorumcuya ulaştığı sonucu/anlamı meşrulaştırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Yorumcunun ulaştığı sonucu meşrulaştırma araçları ise yorum kuralları ve ilkeleridir. Üçüncü olarak anayasanın yorumlanması yalnızca anayasa mahkemeleri veyahut derece mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmez. Bu yorumlama yetkisinin özellikle diğer erklerle de paylaşılması, hakimlerin anayasayı yorumlarken anayasal organların oluşturduğu kompleks sistemin yarattığı güçlülere de tabi olduğunu gösterir.¹²² Bu bakımdan, realist yorum, mekanist anayasa anlayışı ile de sınırlanmıştır.¹²³ Anayasa mahkemelerinin kararları sosyal güç dengesi üzerinde etki gösterirken, sosyal güçlerin gelişimi de anayasa mahkemelerinin kararlarını etkilemektedir.¹²⁴

Dolayısıyla, anayasanın yorumlanması ve anayasal hakların anlamlandırılması birden fazla figürün diyalektiği ile gerçekleşir. Bu figürler öncelikle, topluma açık anayasanın yorumcusu olan ve anayasal hakları toplum içinde yaşayan ve zenginleştiren vatandaşlardır. İkinci olarak, siyasi kamuoyunun ve akademinin yorum

Constitutional Theory and Philosophy of Law, Vol. 27, 2015, pp. 45-54, s. 49. Krş. Kelsen, **Reine Rechtslehre**, s. 453-454; Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 255.

¹¹⁹ Christensen - Fischer-Lescano, **Das Ganze des Rechts**, s. 173 vd.

¹²⁰ Christensen - Fischer-Lescano, **Das Ganze des Rechts**, s. 183.

¹²¹ Kingreen - Poshcer, **Grundrechte**, s. 2.

¹²² Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul, BFS Yayınları, 1989, s. 24-25.

¹²³ Bkz. Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 220 vd.

¹²⁴ Mümtaz Soysal, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969, s. 90.

kültürüdür. Üçüncü olarak, anayasal hakları şekillendiren ve böylece hakları ilk etapta toplum içinde yürürlüğe sokan yasama organıdır. Dördüncü olarak, hukuk hayatının günlük çatışmalarında anayasal haklara sürekli olarak yeniden aracılık eden derece mahkemeleridir. Beşinci ve bunların hepsinden önemli olarak, anayasal hakların uygulanması konusunda güçlü yetkilerle donatılmış olan anayasa mahkemeleridir. Anayasal hakların anlamlandırılması, bu figürler arasındaki diyalog ile gerçekleşir.¹²⁵ Diğer bir deyişle yorum, kolektif bir eylemdir.¹²⁶

Burada metin ile norm arasındaki ayrımı (i), teolojik yorum önderliğindeki yorumlamayı (ii) ve anayasal hakların yorumlanmasında topluma açıklık ilkesini (iii) incelemek gerekir.

i. Metin ve Norm

Norm metni ile normu bir tutan bu pozitivist yanılgı aşılmıştır.¹²⁷ Pozitivist arka planıyla bağlantılı olarak, normun hazır bir buyruk olduğuna dair hakim anlayış, normu norm metni ile karıştırma ve düzenlemenin geçerliliğinin verilen lafızla mevcut olduğunu varsayma tehlikesini oluşturur. Halbuki normun hukuki sonucunu tetikleyen normun şart/tipiklik (*Tatbestand*) unsuru, anayasal hakların kapsamı bakımından, gerçek/olgusal dünyaya aittir. Hukuki pozitivistlerin izole ettiği bir “saf norm”, somut normatiflikten yoksundur, zira bir maddi içeriği ve maddi belirlenimi yoktur. Bu saf norm, yalnızca bir norm metnini ifade eder.¹²⁸ Normatiflik, norm ve hukuki geçerlilik, normatif olarak oluşturulan olgusallığın, normun içeriğine dahil edilmesine atıfta bulunur. Ortodoks bir hukuki pozitivism, mevcut hukuk sisteminin şu anda geçerli olan düzenlemelerini normatif alanı olmayan metinler olarak, tüm dünyevi yerçekiminden kurtulmuş olan saf normlar olarak anlar.¹²⁹

Burada özellikle Kelsen’in saf hukuk normunun hermeneutik olarak tutarlı olmadığı iddia edilir. Kelsen genel hukuk normunu bireysel hukuk normundan ayırır; ona göre bu, bir mahkeme tarafından uygulanan genel hukuk normunun bireyselleştirilmesi ya da somutlaştırılmasıdır. Bu sürecin hermeneutik ayrıntıları

¹²⁵ Uwe Volkmann, “Allgemeine Grundrechtslehren”, **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 1053-1054.

¹²⁶ Troper, “Constitutional Interpretation”, s. 44 vd.

¹²⁷ Müller - Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, s. 260.

¹²⁸ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 147. Benzer yönde bkz. Matthias Uffer, **Die Grundrechtskollision: Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik**, Baden-Baden, Nomos, 2021, s. 66-67.

¹²⁹ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 147-148.

açıklanmamıştır; ancak genel hukuk normları, hukuku uygulayan organlar tarafından bireysel normların belirlenmesini hiçbir zaman tamamen önceden belirleyemez. Sadece sınırlı öngörülebilirlik ve kurumlara bir takdir marjı bırakma ihtiyacı, “her şeyden önce insan dilinde ifade edilen genel bir normun neredeyse her zaman farklı yorumlara izin verdiği”¹³⁰ gerçeğine dayanmaktadır.¹³¹

Sosyal devletin benimsenmesi ile yargıya daha fazla takdir alanı tanınması gereği kabul edilmiştir. Sosyal devletin etkisinin yanı sıra, kapalı kurallar sistemini benimseyen bir pozitivist anlayışın aksine, hukukun muğlak ve yasa metinlerinin yoruma açık olduğunun kabul edilmesi ile yargının yasama organına olan bağılılığı zayıflamıştır.¹³² Hukuki hermeneutik, yasanın anlamını yasa koyucunun sübjektif iradesinden yasanın kendisinin varsayılan “objektif iradesine” veya yasa koyucunun bir “objektif iradesine” doğru özgürleştirmeyi mümkün kılan teleolojik, sistematik ve tarihsel analiz gibi daha rafine yöntemler aramaktadır.¹³³ Hukuk sistemini hiyerarşik olarak kurallarla düzenlenmiş kapalı bir yapı olarak gören Kelsen dahi 1930’ların başlarında, hukukun açık ve belirsiz yapısını kabul etmiş ve bu bağlamda hakime bir takdir alanının bırakılması gerektiğini ileri sürmüştür.¹³⁴ Halihazırda, v. Savigny, yasanın görünüşü ile gerçek içeriğini birbirinden ayırmıştır.¹³⁵ Yorumun bir uygulama olarak kabul edildiği, yorumun hukukun gelişiminden ayrılamaz olduğunun kabul edildiği modern hukuk hermeneutiğinde, norm ile onun hermeneutik bir işleve sahip dilsel formülasyonu arasındaki ayrım ortaya çıkar.¹³⁶

Norm metni ve norm arasındaki fark, yalnızca lafız ve ruh arasındaki daha genel fark anlamına gelmez; yalnızca norm metninin ötesine değil, aynı zamanda pozitif hukuk normunun ötesine geçerek somut hukuk alanına uzanan doğal hukuk hakkındaki somut düşünceye dayanan hukuk ve yasa arasındaki ayrımla¹³⁷ da

¹³⁰ Hans Kelsen, “Was ist juristischer Positivismus?”, **JuristenZeitung**, 20. Jahrg., Nr. 15/16, 13. August 1965, pp. 465-469, s. 466, 468.

¹³¹ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 148.

¹³² Habermas, **Faktizität und Geltung**, s. 300-301; Habermas, **Between Facts and Norms**, s. 246; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 38.

¹³³ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 40.

¹³⁴ Hans Kelsen, “On the Theory of Interpretation”, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson - Stanley L. Paulson, **Legal Studies**, Vol. 10, No. 2, 1990, pp. 127-135, s. 128 vd.

¹³⁵ von Savigny, **System des heutigen Römischen Rechts**, Bd. I, s. 322.

¹³⁶ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 149.

¹³⁷ Arthur Kaufmann, “Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart”, **JuristenZeitung**, 18. Jahrg., Nr. 5/6, 8. März 1963, pp. 137-148, s. 139.

örtüşmez.¹³⁸ Hukuk yalnızca normun lafzında bulunmaz, kıyas yoluyla ikame etme gibi salt mantıksal prosedürlerin yardımıyla ondan türetilemez. Hukuk, kanun hükmünün lafzıyla özdeş değildir.¹³⁹ Yasalar zaten metnin filolojik yorumunun ötesine geçen belirli bir olgusal yapıya sahip tipleştirilmiş sorgulama hatları içerir. Lafzi yorum sözkonusu olduğunda bile, kastedilen temelde normdur, onun lafzı değil. Lafzi yorum çoğu zaman farklı kelime anlamları ve aynı kelimenin her biri olgusal olarak farklı şekilde doldurulmuş anlam nüansları arasında ayırım yapmak zorundadır ve bunu yaparken zorunlu olarak ilişkili dilbilimsel ve olgusal olarak belirlenmiş ilişki alanlarının farklılaştırılmasına ve yasal-normatif değerlendirmesine bağlıdır.¹⁴⁰ Salt dilsel bir yapı olarak ele alındığında, norm metninin kavramsal bağlantıları yalnızca somut yaşam koşulları, bireysel olgular için referans noktalarını işaret eder. Bağlayıcı olan norm cümlesi değil, onun ifade içeriğini oluşturan normdur. Diğer taraftan hukuku yalnızca olgusal bir bağlam olarak anlayan ve aynı zamanda normatif bir gereklilik olarak anlamayan bir hukuk sosyolojisi bu çalışmada benimsenmez.¹⁴¹

Normatif cümlelerin en önemli fonksiyonu, normun geçerliliğini göstermesidir. Bu yüzden, burada norm ile norm metni ayrımını belirten semantik model benimsenmiştir.¹⁴² Norm ile norm metninin ayrılması, özellikle bu çalışmanın konusu

¹³⁸ Arthur Kaufmann, "Gesetz und Recht", **Existenz und Ordnung: Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag**, Ed. by Thomas Würtenberger - Werner Maihofer - Alexander Hollerbach, Frankfurt am Main, Klostermann, 1962, s. 390.

¹³⁹ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 150.

¹⁴⁰ Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 151.

¹⁴¹ Bkz. Theodor Geiger, **Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts**, Aarhus, Universitetsforlaget, 1947, s. 277; Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 151-152.

¹⁴² Bkz. Karl Bergbohm, **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen**, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, s. 382; Kelsen, **Allgemeine Theorie der Normen**, s. 24-28; Kelsen, **General Theory of Norms**, s. 31-36; Hans Kelsen, **Introduction to the Problems of Legal Theory**, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 8-12; Kelsen, **Reine Rechtslehre**, s. 22 vd.; Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 2-10; Müller - Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, s. 232 vd.; Vogel - Christensen, "Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen", s. 109 vd.; Neves, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules**, s. 10 vd.; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 42 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 21 vd.; Alf Ross, **Directives and Norms**, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, s. 34 vd.; Georg Henrik von Wright, **Norm and Action**, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, s. 93 vd.; Ota Weinberger, "Freedom, Range for Action, and the Ontology of Norms", **Synthese**, Vol. 65, No. 2, Action Theory (Nov., 1985), pp. 307-324, s. 310 vd.; Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 85; Humberto Ávila, **Theory of Legal Principles**, Dordrecht, Springer, 2007, s. 5; Friedrich Müller, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, Çev. Bertil Emrah Oder - Korkut Kanadoğlu - Osman Can - Fazıl Sağlam, İstanbul, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 18; Sieckmann, "The Theory of Principles", s. 52; Troper, "The Structure of the Legal System and the Emergence of the State", s. 25-26; Riccardo Guastini, "Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules", **Ratio Juris**, Vol. 4, No. 3, 1991, pp. 308-321, s.

bakımından önem arz etmektedir. İçkin sınırlama doktrininin önemli bir kısmı, özellikle şekli olarak sınırlama klozu içermeyen normatif cümleler ile ilgilidir. Sanat özgürlüğünü ifade eden normatif cümle herhangi bir sınırlama klozu içermese de normatif cümlenin bağlı olduğu norm sınırlandırılabilir bir sanat özgürlüğünü ifade eder. Bu bakımdan, norm metninde herhangi bir sınırlama klozu içermeyen bir anayasal hakkın sınırlandırılabilmesi meşrulaştırılmış olur.

ii. Teolojik Yorumun Öncülüğünde Yorumlama

Teleolojik yorum, normun amacını belirlemeye çalışan yorum yöntemidir. Yazarlar, teleolojik yorumu, çoğunlukla sübjektif teleolojik yorum ve objektif teleolojik yorum olarak ikiye ayırmaktadır. Sübjektif teleolojik yorum, normu oluşturan otoritenin amacını ve iradesini dikkate alırken, objektif teleolojik yorum, bu tarihsel yasa koyucuyu değil, rasyonel ve makul bir yasa koyucunun ve hukuk sisteminin veya düzeninin amacını (*ratio legis/constitutionis*) belirlemeye çalışır.¹⁴³ Sübjektif teleolojik yorum, norm metninin oluşturulduğu zamandaki norm koyucunun gerçek amacını kullanır. Bu amaç, belirli bir zamana bağlılıktan dolayı genetik/arkeolojik bir olgudur.¹⁴⁴ Objektif teleolojik yorum ise herhangi bir tarihsellik içermez. Burada incelenen gerçek bir

312 vd.; Riccardo Guastini, "Fragments of a Theory of Legal Sources", *Ration Juris*, Vol. 9, No. 4, 1996, pp. 364-386, s. 366-367; Aharon Barak, **Purposive Interpretation in Law**, Princeton, Princeton University Press, 2005, s. 11-12; Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, 6.Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 82-83; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2020, s. 262; Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 64, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006, pp. 131-166, s. 136; Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 28 vd.

¹⁴³ Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 104-111; Yüksel Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara, Asil Yayın, 2008, 24-25; Barak, **Purposive Interpretation in Law**, s. 120 vd.; Axel Hopfauf, "Einleitung", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 63; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 57; Robert Alexy - Ralf Dreier, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", **Interpreting Statutes: A Comparative Study**, D. Neil MacCormick - Robert S. Summers, Oxon, Ashgate Publishing, 1991, s. 88-89; Robert Alexy, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, 2. Edition, Trans. by Ruth Adler - Neil MacCormick, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 236, 241; Robert Alexy, **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**, 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, s. 291, 296. Larenz/Canaris, objektif teleolojik yorumu iki kriterle açıklamıştır. Buna göre, objektif teleolojik yorum bir yandan normun düzenlediği konuyu, olguyu, diğer yandan söz konusu kuralın arkasında yatan hukuki etik ilkeleri dikkate alır. Bkz. Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 153-154.

¹⁴⁴ Barak, **Purposive Interpretation in Law**, s. 120; Alexy, **A Theory of Legal Argumentation**, s. 236; Alexy, **Theorie der juristischen Argumentation**, s. 291; Alexy - Dreier, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", s. 85-86; T. Alexander Aleinikoff, "Updating Statutory Interpretation", **Michigan Law Review**, Vol. 87, No. 1 (Oct., 1988), pp. 20-66, s. 34.

amaçtan ziyade, varsayımsal bir amaçtır. Bununla birlikte objektif teleolojik yorum, daha çok norm metninin yorumlanma anı ile ilgilidir. Bu yorum yöntemi, toplumun ihtiyaçlarına karşılık verir.¹⁴⁵

Bu çalışma kapsamında, teleolojik yorum, sübjektif ve objektif teleolojik yorum arasındaki ayrım kabul edilmekte ve fakat objektif teleolojik yoruma ağırlık verilmektedir.¹⁴⁶ Teleolojik yorumun başlangıç noktası her zaman tarihi norm koyucunun amacı olmalıdır. Bununla birlikte, bu amacın zaman içerisinde değişimi ve

¹⁴⁵ Barak, **Purposive Interpretation in Law**, s. 148, 154; Scott G. Requadt, "Worlds Apart on Words Apart: Re-Examining the Doctrine of Shifting Purpose in Statutory Interpretation", **University of Toronto Faculty of Law Review**, Vol. 51, No. 2, Spring 1993, pp. 331-358, s. 354-357; Cass R. Sunstein, "Interpreting Statutes in the Regulatory State", **Harvard Law Review**, Vol. 103, No. 2, 1989, pp. 405-508, s. 428; Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 154; Emin Memiş, **Anayasaya Uygun Yorum**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s. 10; Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, 25; Işıktaç - Metin, **Hukuk Metodolojisi**, s. 206; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, s. 275. Alexy ise objektif teleolojik yorumun herhangi zamanla bağlı olmadığını ifade eder. Ona göre, objektif teleolojik yorum, şimdi veya geçmişle bağlantılı değildir. Bu yorum yöntemi rasyonel amaçları veya geçerli hukuk düzeni çerçevesinde objektif olarak öngörülen amacı inceler. Alexy, **A Theory of Legal Argumentation**, s. 241; Alexy, **Theorie der juristischen Argumentation**, s. 296. Bununla birlikte Alexy'nin bu yorumu isabetli değildir. Nitekim rasyonel amaçlar ve makul bir yasa koyucu varsayımı oluşturulduğunda, yorumcunun norm metnini yorumlama zamanında kurguladığı rasyonalliteyi ve makul yasa koyucuyu zorunlu olarak yorumcunun yorum yapma zamanına bağlar.

¹⁴⁶ FAYM ve AİHM de objektif teolojik yoruma ağırlık vermektedir. Bkz. *BVerfGE 1, 299 (312) - Wohnungsbauförderung* [1952]; *BVerfGE 11, 126 (130-131) - Nachkonstitutioneller Bestätigungswille* [1960]; *BVerfGE 59, 128 (153) - Bekenntnis zum deutschen Volkstum* [1981]; *BVerfGE 79, 106 (121) - Hinterbliebenenversorgung* [1988]; *BVerfGE 105, 135 (157) - Vermögensstrafe* [2002]; *BVerfGE 110, 226 (248) - Geldwäsche* [2004]. AİHM bakımın bu yönde bkz. Christoph Grabenwarter - Katharina Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 33, 39; Franz C. Mayer, "Einleitung", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 12-13; Hans-Joachim Cremer, "Regeln der Konventionsinterpretation", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 173 vd.; Jochen Abraham Frowein, "Einführung", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 5; Anne Peters - Tilmann Altwicker, **Europäische Menschenrechtskonvention: Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz**, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 24-25; Rainer J. Schweizer, "Allgemeine Grundsätze", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. VII/1, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, s. 118. Bununla birlikte, Grabenwarter/Pabel, AİHS'teki hakların hem sübjektif-tarihsel hem de objektif-tarihsel yorumunun her zaman Sözleşme'nin tarihine, Sözleşmeciler Devletler'in iradesine ve tüm Sözleşmeciler Devletler'de Sözleşme'nin oluşturulduğu tarihteki yasal bağlama atıfta bulunması gerektiğini belirtmektedir. Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 34. Yasa koyucunun sübjektif iradesine yani tarihsel yasa koyucuya ağırlık veren bir yaklaşım için bkz. Christian Hillgruber, "Anayasanın Yorumlanması", Çev. Yüksel Metin, **Anayasa Teorisi**, Ed. by Otto Depenheuer - Christoph Grabenwarter, İstanbul, Lale Yayıncılık, 2014, s. 528 vd. Krş. Konrad Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, s. 22-23.

yorumlanma zamanındaki durumu incelenmelidir.¹⁴⁷ Bu sayede yorumcu, karşısına çıkacak yeni uyuşmazlıklarda ve/veya değişen sosyal ilişkilerde normu uygulayabilecektir.¹⁴⁸ Hukuk normları herhangi bir sıfır noktası üzerinden doğmazlar. Hukuk normları, belirli bir sivil/sosyal toplum ve bu toplum dinamiklerine bağlı bir toplumsal düzen üzerine inşa edilir. Bu bakımdan, her hukuk normu, geçerli olduğu ülkedeki toplum içerisinde bulunan sosyal gerçekliğe kaçınılmaz bir şekilde bağlıdır.¹⁴⁹ Buradaki bağlantı ile kastedilen husus, bir hukuk normunun toplum içerisindeki bir âdeti veya teamülünü aynı şekilde benimsemesi değildir. Burada kastedilen husus, bir hukuk normunun, bağlantılı olduğu, düzenlediği ve temel aldığı sosyal gerçeklikle “makul” bir bağlantı kurabilmesidir. Bir normun uygulandığında, normun taraflar arasında ihtilafı gerçek anlamda çözmemesi, normun öngörüldüğü sosyal olguya uygulanamıyor olması veya normun toplumda benimsenen sosyal normlar çerçevesinde taraflar arasında bir haksızlığa yol açması durumlarında, makul bağlantı şartının sağlanamadığını kabul etmek gerekir. Hukuk normunun bağlantılı olduğu sosyal olguda yaşanan siyasal, sosyolojik, ekonomik ve teknolojik değişimler, kaçınılmaz bir şekilde norm metnini değiştirmeden normu değiştirir. İşte objektif teleolojik yorum, aslında bu normun değişen sosyal amacını tespit eder.¹⁵⁰ Nitekim olguda yaşanan her değişim de normatif

¹⁴⁷ BVerfGE 2, 380 (401) - Haftentschädigung [1953]; BVerfGE 3, 407 (422) - Baugutachten [1954]; BVerfGE, NJW, 1990, pp. 1593-1595, s. 1593-1594 - Anwendung der §§ 569a, 569b BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften. Aynı yönde bkz. Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 408; Reh binder, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 43-45; Friedhelm Hufen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 66.

¹⁴⁸ Reh binder, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 43.

¹⁴⁹ Böckenförde, “The Repressed State of Emergency”, s. 116-117; Hegel, **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**, s. 440; Zippelius, **Juristische Methodenlehre**, s. 20-21.

¹⁵⁰ Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 57; Zippelius, **Juristische Methodenlehre**, s. 67-68; Barak, **Purposive Interpretation in Law**, s. 148, 154; Requadt, “Worlds Apart on Words Apart”, s. 354-357; Sunstein, “Interpreting Statutes in the Regulatory State”, s. 428; Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, s. 87-88. Ayrıca bu tezdeki objektif teleolojik yorum yaklaşımının, Larenz/Canaris’in objektif teleolojik yorum için belirlediği ilkelerden biri olan normun düzenlediği konu/olgu ilkesi ile belirli ölçüde uyduğu söylenebilir. Bkz. Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 154 vd. Aynı şekilde, Gadamer’in yorumcuya yüklediği inşa fonksiyonunu da dile getirmek yerinde olacaktır. Gadamer’e göre, bir hukukçunun görevi bir taraftan hukuk tarihçiliğini kapsayarak norm metnine verilen ilk anlamı kavramak, diğer taraftan kavradığı bu anlamı yaşayan/mevcut gerçeklikle uyumlu hale getirmektir. Hans-Georg Gadamer, **Truth and Method**, 4. Edition, Trans. by Joel Weinsheimer - Donald G. Marshall, London, Continuum, 2006, s. 322-325; Hans-Georg Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, Cilt II, Çev. Hüsamettin Arslan, İsmail Yavuzcan, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009, s. 89-96. “Hukukçunun hep yasanın bizzat kendisiyle ilgilendiği doğrudur, fakat o, yasanın normatif içeriğini yasanın uygulandığı davaya/duruma göre belirler. Bu içeriği tam anlamıyla belirlemek için ilk anlamının tarihsel bilgisine sahip olmak zorunludur ve işte bu nedenle yargıç yasanın yasama eylemi sırasında taşıdığı tarihsel değere ilgi duyar. Fakat kendisini, sözün gelişi, parlamento tutanaklarının açıklamalarının ona yasayı ilk geçirenlerin niyetleri

değişime yol açmaz. Burada fonksiyonel bir dönüşümün yaşanması gerekir. Hukuk normlarının veya hukuk kurumlarının, öncekilerden farklı amaç ve değer perspektiflerinden görülmesine yol açan olgusal değişiklikler fonksiyonel bir dönüşüm oluşturur. Norm metinleri, bu değişen yeni amaç ve değer perspektifleri ile yorumlanır.¹⁵¹ Eğer mevcut hukuk sistemi içerisinde hukuk normlarının veya hukuk kurumlarının önceki amaç ve değer perspektifi için ikame edilmeye uygun bir menfaat/değer değerlendirilmesi bulunamazsa, o zaman “*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*” maksimi uygulanır ve söz konusu norm uygulanmayarak ilga edilir.¹⁵² Burada, özellikle sosyal olgudaki değişiklikten sonra, norm metninin alışlagelmiş bir şekilde yorumlanıp, uygulanmasının sosyal normlara göre haksızlık durumlarını yaratması söz konusu olduğunda, normun/anlamın kendisinde bir değişiklik oluşması kaçınılmazdır.¹⁵³ Eğer bir değişim yaşanmışsa da hâkim bu norm metnini, sosyal olgudaki bu değişime göre yorumlar.

Teknolojide, toplumsal olgularda ve değer yargılarındaki değişimlerde ve anayasal haklarda bir Avrupa standardının belirlenmesi anayasal hakların yorumlamasını etkilemiştir.¹⁵⁴ Sözgelimi, Alman Anayasası’nda açık bir şekilde kişilik hakkı tanınmamıştır. FAYM, *Eppler* kararında, insan onurunu düzenleyen Madde 1/1’i ve genel fiil özgürlüğünü düzenleyen Madde 2/1’i birlikte ele alarak genel kişilik hakkını, bir alt-hak (“*unbennante Grundrechte*”) olarak hak listesine eklemiş ve bu hakkın kapsamını belirlemiştir. Mahkeme bu hakkı yaratırken, modern hayattaki gelişmelerden kaynaklanan ve insan kişiliğine yönelen yeni tehditlere dayanmıştır.¹⁵⁵ Modern veri işleme sistemleri, kişilik hakkını, kendi hakkındaki bilgiyi belirleme hakkına kadar

konusunda söylediği şeyle sınırlı tutamaz. O daha ziyade, şartlardaki değişimleri dikkate alır ve böylece yasanın normatif fonksiyonunu yeniden tanımlar...Yargıç ‘hukuki düşüncüyü’ aracılık ederek şimdi’ye uygun hale getirmeyi dener. Bu hiç kuşkusuz hukuki bir uzlaştırmadır. Yargıcın anlamaya çalıştığı şey yasanın hukuki anlamıdır, yasanın yürürlüğe konmasının veya özel uygulama durumlarının tarihsel anlamı değil. Bu yüzden yönelimi, tarihçinin yönelimi değildir, şimdisi durumundaki kendi tarihi istikametinde bir yönelimi vardır. Dolayısıyla o daima, bir yargıç olarak zımnen bir sonuca ulaştırdığı sorunlara daima bir tarihçi olarak yaklaşabilir.” Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, Cilt II, s. 91-93.

¹⁵¹ Bydliniski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 577.

¹⁵² Bydliniski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 588.

¹⁵³ Bkz. Bydliniski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, s. 580; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s. 181; Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, 6. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 1997, s. 63; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, s. 275-276.

¹⁵⁴ Lothar Michael - Martin Morlok, **Grundrechte**, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2023, s. 89-91.

¹⁵⁵ *BVerfGE 54, 148 (153)* - Eppler [1980].

genişletmektedir. Yeni dini ve ideolojik topluluklar, düşünce, din ve kanaat özgürlüğü hakkının kapsamının geleneksel yapısına meydan okumaktadır. Elli yıl önce hiç kimse eşcinsel birliktelikleri evlenme hakkına dahil etmeyi düşünmezdi. Anayasal haklar, içtihatların ve yasa koyucuların sadece yorumlamak veya somutlaştırmakla yükümlü oldukları, tarihsel olarak şekillenmiş, değişmez “tarih öncesi fosiller” değildir; değişir ve yeni tarihsel gerekliliklere uyum sağırlarlar.¹⁵⁶ Bu bakımdan, anayasalar bir tarih kitabına indirgenemez.¹⁵⁷

Sonuç olarak, bu tez kapsamında, lafzi yorum, sistematik yorum, tarihsel yorum yöntemleri birbirlerini dışlayan değil bilakis birbirlerini tamamlayan yöntemler olarak karşımıza çıkarken¹⁵⁸, teleolojik yorum yöntemi, diğer yöntemlere üstün ve bu yöntemlerin öncüsü olarak belirmektedir.¹⁵⁹ Bir norm metninden bir anlam çıkarma hususunda, bütün yorum yöntemleri anlam için vazgeçilmezdir. Bu açıdan bakıldığında, teleolojik yorum yönteminin daha üstün olduğu sorgulanabilir. Ancak norm metnine, bütün yorum yöntemleri uygulandığında, anlam bakımından sürükleyici unsur her zaman teleolojik yorum yöntemi olacaktır.¹⁶⁰ Hukuk sistemlerinde benimsenen dinamik ve karşılaştırmalı hukuk yorum ilkeleri de aslında teleolojik yorum yönteminin

¹⁵⁶ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 79.

¹⁵⁷ Herbert Bethge, “Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik”, **Der Staat**, Vol. 24, No. 3, 1985, pp. 351-382, s. 353-354.

¹⁵⁸ *BVerfGE 11, 126 (130) - Nachkonstitutioneller Bestätigungswille [1960]*.

¹⁵⁹ Aynı yönde bkz. Rüthers - Fischer - Birk, **Hukuk Teorisi**, s. 405; Hopfauf, “Einleitung”, s. 62; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 61; Marcel Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1991, s. 32 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 67. Krş. Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 299; Thomas Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, s. 21; Stein - Frank, **Staatsrecht**, s. 38. Lindner ise lafzi ve sistematik yorum yöntemlerini temel karar verici yöntemler olarak belirler. Bkz. Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 152 vd. Stein/Frank, açık bir şekilde teleolojik yorumu hiyerarşik olarak diğer yorum yöntemlerin önüne koyar. Buna göre, her yorum teleolojik olmak zorundadır. Normun amacı ise lafzi, tarihsel ve sistematik yorumla belirlenir. Bkz. Stein - Frank, **Staatsrecht**, s. 38.

¹⁶⁰ Yorum yöntemlerinin eşit değere sahip olduğuna ve birbirlerini tamamladığına ilişkin görüşler için bkz. Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 166; Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 291. MacCormick ve Summers ise yorum yöntemleri için bir düzen öngörmüştür. Buna göre, yorumcu, öncelikle lafzi yorumu kullanmalıdır. Eğer uygulanan lafzi yorum yönteminden bir sonuç elde edilemezse sistematik yorum yöntemi uygulanmalıdır. Bu yorum yönteminin uygulanması da herhangi bir sonuç doğurmazsa en son teleolojik yorum yöntemi kullanılmalıdır. D. Neil MacCormick - Robert S. Summers, “Interpretation and Justification”, **Interpreting Statutes: A Comparative Study**, D. Neil MacCormick - Robert S. Summers, Oxon, Ashgate Publishing, 1991, s. 531. Lafzi yoruma belirli bir üstünlük tanıyan görüşler için bkz. Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 166; Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 292, 295 vd. Nihayetinde teleolojik yoruma üstünlük tanıyan görüşler için bkz. Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 292; Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, 25.

üstünlüğüne işaret eder. Anayasal norm metnlerinin yorumunun sınırını ise özellikle lafzi yorum çizer. Lafzı ve anlamı açık bir norm metni söz konusu olduğunda norm metnine, norm metninin sarıh olan anlamı ile açıkça çelişen bir anlam verilemez.¹⁶¹

iii. *Anayasal Hakların Yorumunda Topluma Açıklık İlkesi*

Anayasa, oluşturulduğu zamandaki toplumun konsensüsüne değil, mevcut/şu anki toplumun konsensüsüne dayanmaktadır.¹⁶² Anayasal hakların bireyler tarafından gerçekleştirilen gündelik pratiği, herhangi bir anayasal hak dogmatizmini ve/veya teorisini takip etmez. Bu gündelik pratik, bir davranışın anayasal hak kapsamında bulunduğu varsayımından/düşüncesinden/öz anlayışından/algısından (*Selbstverständnis*) kaynaklanır. Böylece, bir normdan etkilenenlerin veya norma tabi olanların yaşatmakta olduğu öz anlayışları/algıları, normun yorumlanması ve somutlaştırılması sürecinde önemli bir etken haline gelir.¹⁶³ Anayasal hak sahiplerinin öz anlayışları/algıları, anayasal hakkın yorumunu belirlemez ve fakat resmi yorumu yapan makamın dikkate alması gereken bir etkendir.¹⁶⁴ Bu, anayasal hak metnlerinin yalnızca devlet organlarının ve kamu makamlarının tekelinde yorumlanmaması gerekliliğini ortaya koyar. Bu bağlamda, bir anayasal hak metni yorumlanırken, ilgili çıkar gruplarının, toplulukların ve anayasal hak sahiplerinin pratiği ve kanaatlerinin dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda, çıkar gruplarının, toplulukların ve anayasal hak sahiplerinin, ilgili hakkın nesnesi ile ilgili olarak sahip oldukları öz algı, anayasal hakların yorumlanmasında dikkate alınır. Böylece anayasal hak sahipleri ve ilgili topluluklar anayasal hakların yorumlanmasına katılmış olur.¹⁶⁵ Burada öncelikle, resmi/şekli ve özel yorum arasında ayırım yapmak gerekir. Resmi/Şekli yorum, yasama organı, idare veya mahkeme gibi bir kamu makamı tarafından anayasal hakkın kapsamının belirlenmesini ifade eder. Özel yorum ise bir anayasal hakkın konusunun içeriğini neyin oluşturduğuna dair anayasal hak sahiplerinin kendi algılarını ifade eder.¹⁶⁶ Bu bağlamda,

¹⁶¹ BVerfGE 109, 279 (316-317) - Großer Lauschangriff [2003]. Aynı yönde bkz. Hans D. Jarass, "Einleitung", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 8-9; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 70.

¹⁶² Peter Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation: Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation", **JuristenZeitung**, 30. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1975, pp. 297-305, s. 297.

¹⁶³ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 20-21; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 70. Aksi yönde bkz. Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 59-60.

¹⁶⁴ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 42, 44.

¹⁶⁵ Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation", s. 297-299.

¹⁶⁶ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 17.

özel yorum kaynağını şekli özgürlük anlayışından¹⁶⁷ almaktadır.¹⁶⁸ Bu yorum ilkesinde, anayasal hakların özel yorum tekeli olmadığı gibi, özel yorumun resmi yoruma takaddümü de söz konusu değildir. Aynı şekilde resmi yorumun tekeli de geçerli değildir. Burada, resmi yorum önceliği bulunmakta ve fakat resmi yorumun da özel yorumu dikkate alması gerekmektedir.¹⁶⁹ Bu bağlamda, anayasal hak sahibinin kendi öz algısı, olası bir hukuk kaynağı haline gelmektedir.¹⁷⁰

Bununla birlikte, anayasal hakların yorumunun topluma açıklığı, özellikle hukuki belirlilik/öngörülebilirlik ilkesi bağlamında eleştirilmiştir. Buna göre, bu yorum ilkesi, anayasal hakların rasyonel olmayacak şekilde ve çıkarlar doğrultusunda tartışılmasına yol açacaktır.¹⁷¹ Ancak bu itiraz yerinde değildir. Anayasal hak sahiplerinin ve anayasal hak sahibinin mensup olduğu sözgelimi dini topluluğun/sanat dünyasının hakkın nesnesi ile ilgili öz algısının dikkate alınması, anayasal hak sahibi bakımından öngörülebilirliği ortadan kaldırmaz.

Bunun yanı sıra, bu tezde, anayasal hakların yorumunun topluma açıklığının, bütün anayasal haklar için geçerli olduğu savunulmayacaktır.¹⁷² Bir anayasal hakkın kapsamı/koruma alanı, hakkın düzenlediği yaşam alanı ile oldukça yakın bir bağı var ise özel yorumun resmi yorum sürecine önemli bir etkisi olabilir.¹⁷³ Bu ilke özellikle, anayasal hak sahiplerinin ve ilgili toplulukların pratikleri ve öz algılarının önem arz ettiği yaşam alanlarını kapsayan anayasal haklar bakımından uygulama alanı bulabilir. Nitekim anayasal hakların düzenledikleri yaşam alanı, sosyo-kültürel olarak ne kadar dinamik yapıya sahip olursa, norm metninin özel yoruma açıklığı da o kadar fazla olur. Sözgelimi sanat dünyasının sosyo-kültürel dinamiği ile mülkiyetin sosyo-kültürel dinamiği aynı düzeyde değildir.¹⁷⁴ Neyin sanat olduğuna devlet organları, kamu makamları veya yargı tarafından değil, sanat dünyası tarafından karar verilmesi gerekir. Aynı şekilde belirli bir (örgütlü) dine mensup olan bir kişinin dini olarak belirlediği davranışların ilgili dini topluluklar/cemaatler tarafından nasıl değerlendirildiğinin dikkate

¹⁶⁷ Bkz. **Bölüm 1.2.1.**

¹⁶⁸ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 75-76.

¹⁶⁹ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 90.

¹⁷⁰ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 34-35.

¹⁷¹ Albert Bleckmann, **Staatsrecht II: Die Grundrechte**, 4. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1997, s. 109. Uffer, öz algının belirleyiciliğinin özellikle anayasal hak çatışmaları bakımından geçerli olmaması gerektiğini dile getirir. Bkz. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 95.

¹⁷² Krş. Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 109-110; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 26-27.

¹⁷³ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 94.

¹⁷⁴ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 94.

alınması gerekir. Bu bağlamda, din, inanç ve kanaat özgürlüğü hakkının kapsamı, kilise gibi dini toplulukların/cemaatlerin öz algısı ile belirlenirken, sanat özgürlüğü hakkının kapsamı sanat dünyasının öz algısı ile belirlenir.¹⁷⁵ Sözelimi, Alevi cemaatlerinin cemevini bir ibadethane olarak belirlemesi, din, inanç ve kanaat özgürlüğü hakkının kapsamı bakımından dikkate alınması gerekir. Bu öz algı, hakkın kapsamını belirlemekle kalmaz, hak sahibinin davranışının veya menfaatinin ilgili anayasal hak içerisindeki yerini ve değerini de belirler. Sözelimi, bir dini davranışın ilgili dini topluluk bakımından bir zorunluluk/farz olarak görülmesi, hak sahibinin normatif argümanını güçlendirecektir.

Nitekim anayasal hakların olması gerekenden daha dar yorumlanmasını engellemek için devletin yorum tekeline karşı çıkmaktadır. Weimar Anayasası'nda yaşanan anayasal hakların içeriğinin yasalarla boşaltılması travmasından yola çıkarak Höfling, Bonn Anayasası'nda devletin tekelinde bulunan yorumla anayasal hakların içeriğinin tanımsal olarak boşaltılması tehlikesinin önlenmesi gerekliliğini vurgular. Bu bağlamda, özel yoruma açık olan bir resmi yorum süreci, anayasal hakların "doğru" yorumu olarak nitelendirilir.¹⁷⁶

B. Anayasa Yargısında İçtihatların Normatif Niteliği

Anayasa mahkemelerinin kararları da diğer yargı makamlarının kararları gibi bir norm oluşturur. Bu norm, hakkında karar verilen anayasal hak normundan türeyen bir türev anayasal hak normudur. Türev anayasal hak normları¹⁷⁷, turedikleri anayasal hak normlarının kapsamı içerisinde yer alırlar. Dolayısıyla aynı statüye sahiptirler. Bununla birlikte, anayasa mahkemelerinin kararlarına karşı daha duyarlıdırlar. Diğer bir deyişle büyük ölçüde anayasa mahkemelerinin kararları ile değiştirilebilir veya ilga edilebilirler. Zira her hukuki işlem, hem hukuk yaratılmasına hem de hukukun uygulanmasına dair bir unsur içerir. Bu bakımdan, yasanın yaratılması ve uygulanması mutlak değil, göreceli bir karşıtlık içerir.¹⁷⁸ Bu sebeple, derece mahkemelerinin kararları

¹⁷⁵ Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", s. 298.

¹⁷⁶ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 36-37.

¹⁷⁷ Türev anayasal hak normu kavramı için bkz. Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 60-61, 84-87; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 35-36, 54-56.

¹⁷⁸ Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 5, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, s. 31 vd.; Hans Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", Trans. by Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. by Lars Vinx, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s. 23 vd. Aksi yönde bkz. Carl Schmitt, "Der Hüter der Verfassung", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 55 (N.F. 16), No. 2, 1929, pp. 161-237, s. 181 vd. Ayrıca bkz. Dieter Grimm, **Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur**

gibi, anayasa mahkemelerinin kararları da normatif bir yapıya sahiptir.

Türev anayasal hak normlarını daha iyi bir şekilde göstermek için bir örnek verebiliriz: Kamusal bir figürün veyahut bir ünlü kişinin fotoğrafı, evindeyken rızası olmadan, yayınlanmak üzere çekilmiştir. Bu durumda iki hak karşı karşıya gelecektir; ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı/kişiliğini özgürce geliştirme hakkı. Bu durumda, bu tez kapsamında benimsenen anayasal hakların normatif yapısı şöyledir:

N1_a : Her kişi, [bireysel menfaatleri,] başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N2_a : Her kişi, [bireysel menfaatleri,] başkasının düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] ağır basan, [veya düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkı ile ölçülü bir ilişki içerisinde olan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Mahkemenin, söz konusu vakada, hangi menfaatin daha ağır bastığını, ölçülülük ilkesi uyarınca tespit etmesi gerekmektedir. Bundan sonraki aşamalarda, ilke-normu kabul etmeden Alexy'nin çatışma kurallarını, vakaya uygulayabiliriz. Alexy'nin kullandığı "ilke" (P_n) terimi yerine, "normatif argüman" (N_{ARG})¹⁷⁹ terimini tercih edeceğiz. Normatif argüman, bir normun kesin bir şekilde geçerli olarak tanınması iddiasıdır.¹⁸⁰ Buna göre, sonucu fotoğrafın yayınlanmasına izin verilmesi olan (Q_1) ifade özgürlüğü hak normuna ilişkin normatif argüman ($N1_{ARG}$) ile sonucu fotoğrafın yayınlanmasının yasaklanması (Q_2) olan özel yaşamın korunması hak normuna ilişkin normatif argümanı ($N2_{ARG}$) arasında bir ölçülülük ilişkisi kurulacak ve vakanın koşulları (C_1) ve ilgili anayasal hak sisteminin temel esasları çerçevesinde, üstün gelen argüman, ilgili normun kesin olarak geçerliliğini sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik

Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, s. 15 vd.; Berke Özenç, **Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı**, İstanbul, İletişim, 2022, s. 29-30. Krş. Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 36.

¹⁷⁹ Sieckmann, normatif argümanı kısaca "O VAL_{DEF}N" olarak ifade eder. Buna göre, "O" sembolü gerekliliği ifade ederken, "N" sembolü tekil normu ve VAL_{DEF} ise normun kesin olarak geçerliliğini ifade eder. Bu durumda, normatif argüman, N normunun kesin olarak geçerli olması gerekliliğini içerir. Sieckmann, "Alexy's Theory of Principles", s. 154; Sieckmann, "The Theory of Principles", s. 54-55; Sieckmann, **The Logic of Autonomy**, s. 46-47. Ancak biz, burada daha basitleştirmek adına, N_{ARG} ifadesini daha doğru buluyoruz.

¹⁸⁰ Sieckmann, "Alexy's Theory of Principles", s. 153-154; Sieckmann, "The Theory of Principles", s. 53 vd.; Sieckmann, **The Logic of Autonomy**, s. 45 vd.

alt testlerini geçtiği varsayılarak, her iki normatif argüman arasındaki dengelemeye bakılacaktır. Yüzeysel bir değerlendirmede, bu vakada, özel yaşamın korunması hakkına yapılan müdahalenin ağır, yerine getirilecek ifade özgürlüğü hakkının öneminin nispeten hafif olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumda, (**P**) üstünlük ilişkisini belirtmek üzere, iki normatif argümanın dengelenmesinde aşağıdaki sonucu elde ederiz:

$$(1) \quad (N2_{ARG} \mathbf{P} N1_{ARG}) C_1$$

Özel yaşamın korunması hak normuna ilişkin normatif argümanın C_1 koşulları içerisinde üstün gelmesi ile $N2$ normu vakaya uygulanacak ve $N2$ normunun hukuki sonucu olan yasaklama sonucu (Q_2) gerçekleşecektir. Bu durumda C_1 gerçekleştiğinde, Q_2 'nin gerçekleşmesi gerektiğini belirten türev anayasal hak normu meydana gelecektir. Buna göre:

(2) Kamusal bir figürün (F_1), evindeyken (F_2), bir rızası olmadan (F_3) ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi (F_4) (C_1), anayasal olarak yasaklanmıştır (Q_2).

Diğer bir deyişle:

$$(3) \quad F_1 \text{ ve } F_2 \text{ ve } F_3 \text{ ve } F_4 \rightarrow Q_2$$

Dolayısıyla her iki anayasal hakkın çatışmasından, yukarıdaki kural elde edilmiştir. Bu bağlamda, “Kamusal bir figürün, evindeyken, rızası olmadan ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi, anayasal olarak yasaklanmıştır” türev normu, özel yaşamın korunması hak normuna eklenir. Mahkeme önüne gelen benzer vakalarda, eğer yeni vaka yukarıdaki türev normun koşullarını sağlıyorsa, yasaklama sonucunu uygulayacaktır. Hâkim burada, yeni vakanın koşullarının nerede bu faktörlerden ayrıldığını ve nerede benzeştiğini iyi tespit etmek zorundadır. Nitekim mahkeme sonraki bir vakada bu kuralı da değiştirebilir. Bu vakadaki F_2 ve F_3 etkenlerinin, teleolojik yorumla, normatif argümantasyonda eski ağırlığını taşımadığına kanaat getirip bunun makul bir şekilde gerekçelendirirse, önceden vermiş olduğu bu türev normdan da sapabilir ve aynı koşullardan oluşan ve fakat hukuki sonucu farklı yeni bir türev norm oluşturabilir.

Nitekim oluşturulan bu sistematikten de anlaşılmaktadır ki, mahkemeleri kardaki sonuca ulaştıran gerekçeler de bağlayıcıdır.¹⁸¹ Hasılı, diğer yargı mercileri gibi

¹⁸¹ BVerfGE 1, 14 (37) - Südweststaat [1951]; BVerfGE 19, 377 (391-392) - Berlin-Vorbehalt II [1966]; BVerfGE 20, 56 (87) - Parteienfinanzierung I [1966]; BVerfGE 40, 88 (93-94) - Führerschein [1975]; BVerfGE 112, 268 (277) - Kinderbetreuungskosten [2005]. Ayrıca bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Şikayeti Hakkı: Üçüncü Yıl Değerlendirmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Ed. by Ece Göztepe - Mustafa Mert Alpbaz, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 100; Klaus Schlaich - Stefan Koriöth, **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung**, München, C. H. Beck, 2021, Rn. 485 vd.

anayasa mahkemeleri de anayasal hakları konu alan her vakada, bir kural üretmektedir. Üstelik bu kural, türev anayasal hak normu olarak, anayasal statüde bulunmaktadır. Dolayısıyla Amerikan Yüksek Mahkeme Hâkimi Charles Evans Hughes'un (1862-1948) "Biz [hakimler], bir Anayasa'ya tabiyiz ve fakat Anayasa, hakimler ne söylediyse odur ve yargı, Anayasa çerçevesindeki özgürlüğümüzün ve mülkiyetimizin güvencesidir." sözü¹⁸², doğruluğunu kanıtlamıştır. Sonuç itibariyle, yasama organının hukuk yaratma tekeli bulunmamakta ve fakat önceliği bulunmaktadır.¹⁸³ Sosyal olguda/gerçeklikte yaşanan değişiklik dolayısıyla oluşan düzenleme ihtiyacına yasama organının cevap vermediği durumda, diğer devlet organları bu düzenleme ihtiyacını gerçekleştirir. Burada yasama organı, diğer organların "rakip" yasalarına bağımlı olarak ve diğer organların anayasa altı hukuk yaratımlarını kodifiye ederek veya düzelterek çok işlevli bir yasama faaliyeti yürütür.¹⁸⁴

Anayasa statik bir durumu ifade etmediğinden, kural koymayı ve anayasal dönüşümü ifade eden anayasa mahkemelerinin kararlarına karşı belirli bir tarihte belirlenmiş halkın iradesi ile karşı koyulamaz. Anayasa, dinamik ve devingen bir yapıyı ifade eder. Belgeyi oluşturan siyasal yapının değişmesi, belgenin değişmesi gerektiğini ortaya koyar. Bu değişiklik gerekliliğini, yasama organının fark etmemesi, görmezden gelmesi, ihmal etmesi, yapısı dolayısıyla değişikliği gerçekleştirmesinin uzun sürmesi veyahut siyasi olarak böyle bir değişiklikten kaçınılması nedenleriyle anayasa mahkemeleri bu değişikliği kararlarıyla yerine getirebilir. Burada bahsedilen husus, anayasa normlarının temel aldığı sosyal olguda yaşanan değişimin, pozitif hukuk belgelerine yansımaları gerekliliğidir. Sosyal olguda yaşanan değişimi, yasama organından ziyade sürekli olarak vakalarla karşı karşıya kalan yargı organları daha iyi tespit edebilir ve belki daha iyi çözüm bulabilir. Normun temel aldığı tipik yaşam örneği¹⁸⁵ çerçevesinde gerçekleşen ve gelişen olgular, belki de ilk olarak hâkimin karşısına çıkar. Hâkim, gelişen yeni olguya tipikleştirilmiş olan normu uyguladığında, haksızlıkla

¹⁸² Charles Evans Hughes, "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", **Adresses and Papers of Charles Evans Hughes**, New York, The Knickerbocker Press, 1908, s. 139. Benzer yönde bkz. Rudolf Smend, "Das Bundesverfassungsgericht (1962)", **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**, Ed. by Rudolf Smend, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, s. 582.

¹⁸³ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 136; René A. Rhinow, **Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1979, s. 249.

¹⁸⁴ Rhinow, **Rechtsetzung und Methodik**, s. 249-250.

¹⁸⁵ Aarnio, **The Rational as Reasonable**, s. 7.

karşılaşacağına inanıyorsa, bu durumda, söz konusu norma yarattığı hukuk ile istisna oluşturabilir veya ayrı bir norm benimseyebilir. Anayasal yargının meşruiyetini sağlayan argümanlardan birisi de normatif sistemin temel aldığı sosyal olguyu yani toplumu dikkate almasıdır.¹⁸⁶

Anayasa yargısının diğer bir meşruluğu da anayasa mahkemesi üyelerinin siyasi organlar ve özellikle yasama organı tarafından belirlenmesinde ortaya çıkar. Günümüzde Avrupa'da anayasa mahkemelerinin kompozisyonunda, yasama organının dışlanması söz konusu değildir.¹⁸⁷ Bununla birlikte, anayasa mahkemelerine hâkim seçiminin yasama organının basit çoğunluğuna bırakmak mümkün değildir. Aksi takdirde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ciddi ölçüde zarar görmesi kaçınılmazdır. Bu yüzden birçok ülke, anayasa mahkemesine hakimlerin seçimi için yasama organının nitelikli oy çoğunluğunu aramaktadır. Bu şekilde, parlamentoda çoğunluğu sağlamış olan bir grubun veya partinin değil çoğulcu bir şekilde yasama organının anayasa mahkemesinin kompozisyonunu belirlemesi söz konusu olur. Dolayısıyla, aynı siyasi grubun, düşüncenin veya partinin üç erke birden hâkim olması engellenir.¹⁸⁸ Nitekim demokratik meşruiyet, toplumsal çoğunluğun tercihlerinin temsiliyle sınırlı değildir. Demokratik hesap verilebilirliğin ve azınlığın korunması gibi konularda veya hesap verilebilirliğin etkili bir kontrol mekanizması olmadığı durumlarda, mahkemeler devreye girer. Bu hususlar, mahkemelerin demokratik zayıflığını onların güçlü yönü haline getirir. Mahkemelerin yasama organı üzerinde etkili bir kontrole sahip olmalarını sağlayan, onların bağımsızlığıdır.¹⁸⁹

Böylece, özellikle güncel politikadaki keskinliğin ve bayrak yarışının olumsuz etkilerine karşı da anayasal yargının gerekliliği tebellür eder. Yapısal değil ama dönemsel olarak ortaya çıkan keskin olarak politikalarda, siyasiler, alacakları oya göre

¹⁸⁶ Krş. Niklas Luhmann, **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, s. 209-210.

¹⁸⁷ Taylan Barın, **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 253 vd.; Ferhat Uslu, **Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri**, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 353 vd.

¹⁸⁸ Barın, **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, s. 253; Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 50; Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2014, s. 198.

¹⁸⁹ Niels Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 50-51; Niels Petersen, **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 34-35.

bir karar vermektedir.¹⁹⁰ Ancak yargı, bu durumda, özellikle dönemsel olarak ortaya çıkan keskinliğe karşı nispeten daha ihtiyatlı bir şekilde davranan bir organdır. Bu yüzden, anayasal yapıya ve siyasal birliğe yönelik olarak böyle bir saldırıda, anayasa mahkemesi, anayasanın koruyucusu olarak ortaya çıkmak zorundadır. Nihayetinde, anayasanın koruyucusunun, anayasa mahkemesi olması gerektiğine katılıyoruz.¹⁹¹

¹⁹⁰ Bu tip keskin politikalarla örnek olarak İsviçre’de sağ partilerin desteklediği bir referandumla kamusal alanda peçe ve burka yasağının %51.2 oyla geçmesi gösterilebilir. Bkz. <https://www.bbc.com/news/world-europe-56314173> (Çevrimiçi: 09.03.2021). Ancak olgusal olarak böyle bir yasağın temelsizdir. Zira Luzern Üniversitesi’nden Andreas Tunger-Zanetti’nin yaptığı araştırmada, İsviçre’de neredeyse hiç kimse burka takmazken, yaklaşık 30 kişi peçe takmaktadır. Bkz. <https://www.unilu.ch/news/analyse-zur-burka-debatte-in-der-schweiz-5576/> (Çevrimiçi: 09.03.2021). Ayrıca bkz. Andreas Tunger-Zanetti, **Verhüllung: Die Burka-Debatte in der Schweiz**, Zürich, Hier und Jetzt, 2021.

¹⁹¹ Hans Kelsen ile Carl Schmitt arasındaki anayasanın koruyucusu konusundaki tartışma için bkz. Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, s. 30 vd.; Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, s. 22 vd.; Hans Kelsen, **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?**, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, s. 58 vd.; Schmitt, “Der Hüter der Verfassung”, s. 161 vd.; Carl Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, s. 1 vd.; Lars Vinx (ed.), **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s.1 vd.; Grimm, **Recht oder Politik?**, s. 9 vd. Ayrıca Türk hukuk doktrininde bu tartışmayı ele alan çalışmalar için bkz. Özenç, **Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak**, s. 25 vd.; Gözde Türkeli, “Schmitt ve Kelsen’in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020, s. 980-1005; Ayşe Eylem Erkipçak - Hasanhan Taylan Erkipçak, “Carl Schmitt’in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Hans Kelsen’e Karşı”, **Pasajlar: Hukuk Düşüncesi**, Ed. by O. Vahdet İşsevenler, Yıl 1, Sayı 1, İstanbul, Doğu Batı Yayınları, Ocak 2019, s. 111. FAYM’ın bu yöndeki kararları için bkz. *BVerfGE 1, 184* (195 vd.) - Normenkontrolle I [1952]; *BVerfGE 2, 124* (131) - Normenkontrolle II [1953]; *BVerfGE 40, 88* (93-94) - Führerschein [1975]. Ancak her kapsamlı anayasal yorumla birlikte anayasa mahkemeleri aynı anda denetim alanını genişletmekte ve siyasetin hareket alanını daraltmaktadır. Anayasal ağ ne kadar ince örülürse, demokratik sürece o kadar az yer kalır. Bu nedenle, Kelsen’in fikrinin zaferine rağmen, Schmitt’in siyasetin hukukileşmesi ve yargının siyasallaşması konusundaki endişeleri hiçbir zaman tamamen susturulamadı ve hatta bugün daha fazla duyulmaktadır. Bkz. Grimm, **Recht oder Politik?**, s. 32-33. Ayrıca bkz. Mark Tushnet, **Taking the Constitution Away from the Courts**, Princeton, Princeton University Press, 1999; Jeremy Waldron, **Law and Disagreement**, Oxford, Oxford University Press, 1999; Larry D. Kramer, **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, Oxford, Oxford University Press, 2004; Stephen Gardbaum, **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Şunu da belirtmek gerekir ki sanıldığı gibi anayasa mahkemeleri anayasanın tek koruyucusu değildir. Özellikle mücadeleci demokrasi çerçevesinde, olağanüstü hâllerde anayasanın koruyuculuğunu yürütme organı üstlenmektedir. Yine ayrıca belirtmek gerekir ki İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşturulan anayasa yargısı, aslında hem Schmitt’in hem de Kelsen’in görüşlerini aşmıştır. Zira her ikisi de anayasa şikâyetine, yani bireylerin anayasal hak ihlalleri nedeniyle devlete dava açma hakkına karşı uyarıda bulunmuştur. Ayrıca her ikisi de özgürlük, hukukun üstünlüğü gibi anayasanın temel ilkelerinden somut uyuşmazlıkların çözümüne yönelik standartlar türetme girişimlerine şüpheyle yaklaşmıştır. Bkz. Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, s. 68 vd.; Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, s. 59 vd.; Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, s. 47-48; Grimm, **Recht oder Politik?**, s. 30-31.

Anayasanın koruyucusu olması da anayasa mahkemesine yeterli meşruiyeti sağlamaktadır.

III. Tez Planı

Tezin planına gelinecek olursa, tez üç bölümden oluşmaktadır. Bu üç bölümden ilk ikisi teori ağırlıklı iken, üçüncü bölüm uygulama ağırlıklıdır. Birinci bölümde, genel bir sınırlama dogmatığı oluşturulmuştur. Burada, öncelikle anayasal hak türleri ve anayasal sistemlerde benimsenen anayasal hak teorileri incelenmiştir. Sonrasında anayasal hakların kapsamına hakim olan temel kriterler incelenmiştir. Akabinde ise anayasal hakların kapsamına yapılan müdahaleleri meşrulaştıran maddi anayasal gereklilikler irdelenmiştir. İkinci bölümde, içkin sınırlama dogmatik figürünün bu sınırlama teorisi ve dogmatığı içindeki yeri açıklığa kavuşturulmuştur. Bu bağlamda, öncelikle sınırlama doktrininin tarihsel gelişimi izlenmiş ve özellikle Alman anayasa hukukunda ortaya çıkan içkin sınırlamaya ilişkin maddi ve şekli teoriler incelenmiştir. Nitekim doktrinde içkin sınırlamaya ilişkin en çok tartışmalı husus, içkin sınırlamanın meşruiyetidir. Bu bakımdan, içkin sınırlamanın meşruiyetini sağlayabilecek argümanlar belirlenmiştir. Bu argümanlara dayanarak da içkin sınırlama kategorileri oluşturulmuş ve bu kategorilerin nasıl uygulanabileceği teorik olarak belirlenmiştir. Son olarak üçüncü bölümde ise belirlenen bu içkin sınırlama kategorilerinin Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihatlarına ne ölçüde yansıdığı incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL HAKLARIN YAPISI VE SINIRLAMA DOGMATIĞI

İçkin sınırlama doktrinin anlaşılabilmesi için öncelikle bu doktrinin yer aldığı anayasal haklar sisteminin anlaşılması gerekmektedir. Her bir anayasa, kendine özgü bir anayasal haklar sistemi ortaya koyar. Bu özgünlük, her bir anayasanın altyapısını ve esasını oluşturan kurucu iktidarın temel kararlarından kaynaklanmaktadır. Anayasal hakların yapısını ve genel sınırlama dogmatliğini anlamadan, içkin sınırlama doktrinini kavrayabilmek mümkün değildir.

Her anayasa, onu oluşturan siyasal birliğin/kurucu iktidarın belirlemelerini ve tasavvurlarını kendi bünyesinde taşır. Bu yüzden, her anayasal sistemde, benzer hak listeleri mevcut olsa da, anayasal hakların yorumunda, kapsamlarında, sınırlama kollarında ve sınırlandırmalarında farklılıklar söz konusudur. Bununla beraber, çeşitli etkenler farklı anayasal sistemlerinin benzer veya yakın usuli bir anayasal hak teorisini oluşturmaya imkân tanımıştır. Özellikle soğuk savaşla tetiklenen Batı yayılmacılığı ve sonrasında sosyalist blokun yıkılmasıyla oluşan tek kutuplu dünyanın meydana getirdiği yeni dünya düzeninin bu homojenleşmeye katkısı olmuştur. Bu da küreselleşmenin hızında olağanüstü artışa yol açmıştır. Küreselleşme, siyasal, ekonomik, sosyal boyutlarda coğrafi sınırların silikleşmesi, sosyal ilişkilerin dünya çapında yoğunlaşması ile bir olayın bütün dünyaya yayılmasını sağlayan yani birbirileri ile etkileşim halinde olan bütün dünya üzerindeki küresel bir yapıyı ifade eder.¹

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte oluşan ve ekonomik olarak devletlerden daha güçlü olabilen ulusüstü şirketler yeni pazara ihtiyaç duymuştur. Küresel piyasa, ulusüstü şirketlerin, diğer bir deyişle ulusüstü kapitalist sınıfının bu pazar ihtiyacını karşılayan bir gelişmedir. Teknoloji aracıyla bu küresel piyasanın mümkün hale gelmesi, “ulusal ekonomi” yapısını sekteye uğratmıştır.² Böylece farklı toplumlarda, aynı ihtiyaçlar ve kozmopolitan bir kültür oluşmuş ve neticesinde ulusal sınırları aşan bir

¹ Seyfullah Tosun, **Bölge Devlet: İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık Örnekleri**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 90-91. Diğer benzer tanımlar için bkz. Anthony Giddens, **The Consequences of Modernity**, 6. Edition, Cornwall, Polity Press, 1996, s. 64; Roland Robertson, **Globalization: Social Theory and Global Culture**, 4.Edition, London, Sage Publications, 1996, s. 8; Malcolm Waters, **Globalization**, 2. Edition, London and New York, Routledge, 2001, s. 5; David Held - Anthony McGrew - David Goldblatt - Jonathan Perraton, **Global Transformations: Politics, Economics and Culture**, Stanford, Stanford University Press, 1999, s. 16; David Held - Anthony McGrew - David Goldblatt - Jonathan Perraton, “Globalization”, **Global Governance**, Vol. 5, No. 4, Oct.–Dec. 1999, pp. 483-496, s. 483.

² Michael Mann, “Globalization Is (Among Other Things) Transnational, Inter-National and Americans”, **Science & Society**, Vol. 65, No. 4, Winter, 2001/2002, pp. 464-469, s. 464-465.

hukuki koruma mekanizması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İhtiyaç ve kültürel olarak benzeşen toplumlarda, kaçınılmaz olarak bazı hukuki güvenceler ve bu güvencelerin sı- nırlanması da belirli ölçüde benzeşecektir. Bu konuda bahsedilmesi gereken bir diğer etken Avrupa özelinde yaşanan tarihsel süreçtir. İkinci Dünya Savaşı'nın, faşizmin ve nasyonal sosyalizmin yarattığı yıkım, hem Birleşmiş Milletler'in ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin³ oluşmasına ve hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴ (AİHS veya Sözleşme) oluşmasına yol açmıştır. Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan bu belgenin temel amacının ileride oluşabilecek totaliter yönetimlere karşı bireylerin veya diğer üye devletlerin tehlike çanını çalabilmesi olduğu belirtilmiştir.⁵ Nitekim bu gelişme yalnızca ulusalüstü bir ölçekte değil aynı zamanda ulusal düzeyde de yaşanmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasal haklar, anayasalarda subjektif, yargıdan ve idareden uygulanması talep edilebilir bir hakka dönüşmüştür.⁶ Bu konuda gerek ulusal gerekse de ulusalüstü alanda, temel hak ve özgürlükler bakımından,

³ “**Evrensel İnsan Hakları Bildirisi**” (“*Universal Declaration of Human Rights*”), BM Genel Kurulu tarafından 10/12/1948 tarihi ve 217 A(III) sayılı Kararla kabul edilmiştir. Bu metnin serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C. IV, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2004, s. 3-23.

⁴ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan “**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi**” (No.005, “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'i 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır (RG, 19/03/1954, s.8662). Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Bu metnin çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C. I, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s. 3-33.

⁵ A. Feyyaz Gölcüklü - A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 4; Ed Bates, **The Evolution of the European Convention on Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 8, 53-54; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. I, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 3 vd.; Antoine Buyse, “Contested Countours: The Limits of Freedom of Expression from an Abuse of Rights Perspective – Articles 10 and 17 ECHR”, **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 186; Koen Lemmens, “General Survey of the Convention”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 2 vd.; Janneke Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 1; David Harris - Michael O'Boyle - Ed Bates - Carla M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 3.

⁶ Krş. Klaus Stern, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 79.

“anayasal jurisprudansın” oluştuğunu gözlemlemek mümkündür.⁷ Anayasal hakların, yargıdan talep edilebilir bir hak haline gelmesi, yani sübjektif bir hak olmasından sonra, bu hakların nasıl sınırlandırılacağı, yargının ve özellikle anayasa mahkemele-
rinin takdir alanında kalmıştır.

Sübjektif anayasal haklar konusunda karar veren mahkemeler arasında belirli ölçüde bir diyalog da oluşmuştur. Anayasal hakların kapsamında bulunan benzer davranışları ve hukuki pozisyonları değerlendiren mahkemeler, birbirlerini taklit etmenin ve birebir yansıtmanın ötesinde⁸, diyaloglar oluşturmuşlardır. Resepsiyondan diya-
loğa giden süreçte, hususiyetle temel hak ve özgürlükler alanında mahkemeler, dik-
kate aldığı yargı organlarının kararlarını aynen uygulamamakta, bu kararları değer-
lendirip ve işleyip yeni bir karar/cevap oluşturmaktadır.⁹ Özellikle Sözleşme siste-
minde asgari koruma standardının benimsenmesi dolayısıyla¹⁰ ulusal mahkemeler,
anayasal haklar bakımından daha yüksek koruma standardını benimseyebilmiştir. Bu
yüzden ulusal mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM veya Mah-
keme) kararlarını birebir yansıtmayı aşp, AİHM’e de örnek olabilecek kararlar oluşturu-
rarak, insan haklarının gelişmesine olanak sağlamışlardır. Böylece karşılaştırmalı

⁷ Bu tarihten önce, özel hukukta ve ceza ve idare hukukunda belirli içerikleri oluşmuş olan ve kişilere anayasa altı düzeyde de olsa sübjektif hakların tanındığı mülkiyet hakkı, basın özgür-
lüğü/ ifade özgürlüğü gibi istisnaları gözlemlemek mümkündür.

⁸ Aynalama olarak adlandırılan bu ilke için bkz. Brice Dickson, **Human Rights and the United Kingdom**, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 39 vd.; Alan Greene, “Through the Looking Glass? Irish and UK Approaches to Strasbourg Jurisprudence”, **Irish Jurist**, 2016, New Series, Vol. 55 (2016), pp. 112-133, s. 113 vd.; Murat Erdoğan, **Anayasa Mahkemesine Bi-
reysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2019, s. 219-221.

⁹ Claire L’Heureux-Dubé, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, **Tulsa Law Journal**, Vol. 34, Issue 1/2, 2013, pp. 15-40, s. 17 vd.; Aslı Topukçu, “Anayasa Mahkemeleri Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, s. 72 vd.

¹⁰ Dimitrios Evrigenis, “Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 3, 1982, pp. 121-139, s. 137-138; Jonas Christoffersen, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 47-48; Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2002, s. 17; Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, Sayı 4, 2013, pp. 359-399, s. 391; Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, İstanbul, Beta, 2004, s. 137. Ayrıca, *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 9 February 1967, para. 3’te geçen “belirli uluslararası standartlar” ibaresi de Sözleşme’nin asgari standartlar ortaya koyan bir belge olduğunu doğrulamaktadır.

hukuk aracılığı ile mahkemeler arasında bir diyalog oluşmuştur.¹¹ Bu yaklaşımda hâkim, ilk aşamada kendi hukuk sisteminin temelindeki hükümleri tanımlamalıdır. İkinci aşamada ise kendi hukuk sistemiyle karşılaştırdığı jurisprudansın altında yatan hükümleri değerlendirmelidir. Üçüncü aşamada ise hâkim bu değerlendirme ile oluşan farklı yorum seçeneklerinden birisini tercih etmelidir.¹²

Gerçekten de 21. yüzyıla gelindiğinde, modern anayasa hukukunun küresel bir standart haline geldiği görülmektedir. İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkım, özellikle Avrupa'da liberal anayasal demokrasiye bağlılığın, kuvvetler ayrılığının, hükümetin eylemlerinin yargı tarafından denetlenmesinin ve insan haklarının yargı tarafından korunmasının benimsenmesi, bu ortak standardı bir çeşitlilik içerisinde göstermektedir.¹³ Yüksek mahkemeler veya anayasa mahkemeleri, anayasal hakları korurken, ölçülülük ilkesi gibi ortak bir meşrulaştırma aracı da geliştirmiştir.¹⁴ Bugün, ölçülülük ilkesinin, modern bir anayasal devlette temel bir unsur olduğu gerek olgusal bakımdan, gerekse hukuk devleti ilkesi bakımından anlaşılmıştır.¹⁵ 1970'lerden başlayarak

¹¹ Lord Kerr, "The Conversation Between Strasbourg and National Courts—Dialogue or Dictation?", *Irish Jurist*, 2009, New Series, Vol. 44 (2009), pp. 1-12, s. 9-11; Greene, "Through the Looking Glass?", s. 113-114; Erdoğan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, s. 221-222. Bu konuda Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin şu kararına da bakılabilir: *R v Horncastle and others* [2009] UKSC 14.

¹² Sujit Choudry, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, Vol. 74, Issue 3, Article 4, pp. 819-892, s. 835-838, 855 vd.; Hanneke Ceciel Katrijn Senden, **Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal Sytem: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union**, Cambridge, Intersentia, 2011, s. 132-133.

¹³ Shannon Roesler, "Permutations of Judicial Power: The New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority", *Law and Social Inquiry*, Vol. 32, Issue 2, Spring 2007, pp. 545-579, s. 546-547; Jacob Weinrib, **Dimensions of Dignity: A Theory and Practice of Modern Constitutional Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, s. 147 vd.; Jacob Weinrib, "The Modern Constitutional State: A Defence", *Queen's Law Journal*, Vol. 40, Issue 1, 2014, pp. 165-211, s. 166; Alec Stone Sweet - Jud Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach**, Oxford, Oxford University Press, 2019, s. 2.

¹⁴ Aharon Barak, **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Trans. by Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 181 vd.; Alec Stone Sweet - Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, pp. 72-164, s. 111 vd.; Jud Mathews - Alec Stone Sweet, "All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing", *Emory Law Journal*, Vol. 60, Issue 4, 2010, pp. 797-875, s. 799 vd.; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 2.

¹⁵ Barak, **Proportionality**, s. 226-234; Matthias Klatt - Moritz Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 1-3; Mattias Kumm, "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review", *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Issue 2, 2010, pp. 141-175, s. 164-171; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 2.

bölgesel sistemlerdeki mahkemelerin de ölçülülük ilkesini benimsemesiyle, küresel bir anayasal yapının meydana geldiği söylenebilir.¹⁶

Hakların incelenecek ulusal sistemler ve bölgesel/ulusalüstü sistemler bakımından nasıl sınırlandırılacağı ve kısaca anayasal hakların anatomisi genel bir perspektifte anlatılacaktır. Bu bakımdan, öncelikle anayasal haklar sınırlandırılabilirliklerine göre bir ayrıma tabi tutulacak (1.1.) ve hak teorileri kısaca incelenecek ve bu bağlamda anayasal hakların nasıl ele alınabileceği ortaya konacaktır (1.2.). Sonrasında ise anayasal hakların iki kademeli yapısından (1.3.) ve devletin müdahalesinin veya hareketsizliğin nasıl meşrulaştırılabildiğinden bahsedilecektir (1.4.). En son olarak ise bir ara sonuç hazırlanacaktır (1.5.).

1.1. ANAYASAL HAK TÜRLERİ

Anayasal hakların sınıflandırılması birçok şekilde gerçekleşebilir. En yaygın görülen sınıflandırma Jellinek'in statü sınıflandırmasıdır. Buna göre, temel hak ve özgürlükler, (i) negatif statü, (ii) pozitif statü ve (iii) aktif statü hakları olarak sınıflandırılır.¹⁷ Doktrinde yapılan ve fakat kanaatimizce yanlış olan bir diğer sınıflandırma, tarihsel sınıflandırmadır. Buna göre, anayasal haklar, ortaya çıktığı dönemlere göre (i) birinci kuşak haklar, (ii) ikinci kuşak haklar, (iii) üçüncü kuşak haklar ve (iv) dördüncü

¹⁶ Mattias Kumm, "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State", **Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, Global Governance**, Ed. by Jeffrey L. Dunoff - Joel P. Trachtman, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 272 vd.; Ernst-Ulrich Petersman, "Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 30, 2008, pp. 367-418, s. 414-418; Alec Stone Sweet, "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 16, No. 2, Special Issue: Symposium: Global Constitutionalism - Process and Substance, (Summer 2009), pp. 621-645, s. 636 vd.; Jan Klabbbers - Anne Peters - Geir Ulfstein, **The Constitutionalization of International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 19 vd.; Erika De Wet, "The Constitutionalization of Public International Law", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. by Michel Rosenfeld - András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 1219 vd.; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 2.

¹⁷ Georg Jellinek, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, Freiburg, J. C. B. Mohr, 1892, s. 76 vd. Bununla birlikte Jellinek aslında bireyin devletle olan ilişkisinde bir statü daha belirler: Pasif Statü. Bu statü, bireyin kişiliğinin ve özerkliğinin sınırlandığı ve bireyin yükümlü tutulabildiği bir statüdür. Bkz. Jellinek, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, s. 81-82, 183 vd. Jellinek'in statü teorisi, günümüz insan hakları, anayasa hakları veya temel hak ve özgürlükler için geliştirilebilir bir teori değildir. Negatif statü, aslında bireyi yasayla öngörülen bir zorlamaya karşı koruyan bir statü değil ve fakat yasadışı bir zorlamaya karşı koruyan bir statüdür. Bkz. Jellinek, **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**, s. 98. Ayrıca bkz. Konrad Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, s. 113-114; Michael Sachs, **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 2017, s. 55-56.

kuşak haklar olarak sınıflandırılır.¹⁸ Konularına göre tasnifte anayasal haklar, (i) fiziki hürriyetler, (ii) düşünce hürriyetleri ve (iii) kolektif hürriyetler olarak ayrılır.¹⁹ Nitekim anayasal haklar, öznelere göre (i) bireysel haklar ve (ii) kolektif haklar olarak ikiye ayrılır.²⁰

Bu çalışma kapsamında ise anayasal haklar, sınırlandırılıp sınırlandırılmamalarına göre incelenecektir. Bu tasnif, literatürde fazla kullanılan bir sınıflandırma değildir.²¹ Zira sınırlandırılmayan hakların oldukça nadir olması, bu sınıflandırmayı nispeten kullanışsız hale getirmektedir. Bunun yanı sıra, Alexy'nin ilke teorisi uyarınca sınırlandırılmayan haklar, görelileştirilerek sınırlandırılabilir haklara dönüştürülmek istenmektedir. Bu çalışmanın, anayasal hakların sınırlandırılmasını konu alması, anayasal hakları sınırlandırılabilirlik bakımından incelenmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu bapta, öncelikle sınırlandırılmayan haklar ve sınırlandırılmayan hakların mevcudiyeti (1.1.1.), sonrasında ise sınırlandırılabilir haklar (1.1.2.) incelenecektir.

1.1.1. Sınırlandırılmayan Haklar: Mutlak Haklar

Sınırlandırılmayan hakların mevcut olup olmadığını (1.1.1.1.) ve eğer mevcutsa bu hakların yapılarını incelemekten önce (1.1.1.2.), iki hak anlayışından bahsetmek (1.1.1.3.) gerekir.

1.1.1.1. Mutlak Hak ve Prima Facie Hak Anlayışı

Mutlak hakların tanımına girmeden önce anayasal haklar için oluşturulan iki

¹⁸ Christian Tomuschat, **Human Rights: Between Idealism and Realism**, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 26 vd.; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. II, 8. Baskı, İstanbul, Legal, 2012, s. 668 vd.; Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 497 vd.; Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, Ed. by Oktay Uygun, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 15 vd.; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2020, s. 511 vd.; Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa, Ekin, 2017, s. 156 vd.; Cemal Bali Akal - Ozan Erözden - Olgun Akbulut - Emre Zeybekoğlu, **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, İstanbul, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, 2003, s. 12 vd.; Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul, BFS Yayınları, 1989, s. 130 vd.; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 41; Hamdi Gökçe Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 24-25.

¹⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Baskı, İstanbul, Legal, 2016, s. 663-664; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, s. 509; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 154-155.

²⁰ Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 664-665; Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, s. 510-511; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 155-156.

²¹ Bu tasnifin kullanımı için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. II, s. 681 vd.; Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 665; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 42 vd.

yaklaşımdan bahsetmek gerekir. Bunlar mutlak hak anlayışı ile *prima facie*²² hak anlayışıdır.²³ Mutlak hak anlayışı²⁴, Hohfeld’ci hak anlayışına benzer bir şekilde²⁵, hakkın uygun şekilde belirlenmiş kapsamının sınırlanamayan bir hak olduğunu ileri sürer. Buna göre, sınırlama klozları, hakları sınırlamaz ve fakat hakların kapsamını belirler. Bu şekilde kapsamı belirlenen haklar, mutlak ve herhangi bir sınırlandırmaya tabi değildir.²⁶ Bu bakımdan, haklar, en başından itibaren istisnalarını da içinde

²² İlk görünüşte hak.

²³ Barak, **Proportionality**, s. 37-38; Lorenzo Zucca, **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA**, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 60-61; Robert Alexy, **Theorie der Grundrechte**, 8. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2018, s. 249-251; Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Trans. by Julian Rivers, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 178-179; Martin Borowski, “Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, **Legisprudence**, Vol. 1, No. 2, 2007, pp. 197-240, s. 202-203. Alman anayasa hukukunda, bu terimler sınırlamanın kaynaklandığı yere göre dahili teori (*Innentheorie*) ve harici teori (*Außentheorie*) adını almışlardır. Klatt ve Meister ise dört model öngörürler. Bunlardan birincisi menfaatler modelidir. Bu modelde, haklar görelî ve dışarıdan sınırlandırılmaları söz konusudur; hakları sınırlandıran meşru amaçlar geniş yorumlanmakta ve meşru amaç haklarla aynı seviyede bulunmaktadır. Dolayısıyla bu model, *prima facie* hak anlayışına karşılık gelir. İkinci model, güçlü koz modelidir (*strong trump model*). Burada belirli bir içeriğe sahip mutlak haklar mevcuttur. Bu kategori de mutlak hak anlayışına karşılık gelir. Üçüncü model olan ara koz modeli (*medium trump model*), haklar bir koz olarak, sınırlamalar ise dar olarak yorumlanır. Ancak özel güçteki bir meşru amaç, haklara üstün gelebilir. Bununla birlikte bu model, ölçülülük reddeden bir modeldir. Bu bağlamda, özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin sıkı incelemesine (*strict scrutiny*) benzetilir. Bu model, mutlak ve *prima facie* hak anlayışlarının uzlaşımına karşılık gelir. Dördüncü model olan zayıf koz modeli (*weak trump model*), bir koz olarak hakları ölçülülük testine tabi tutulmasını içerir. Bu modelde, haklar bir anayasal değer olarak belirlenir ve ancak diğer anayasal değerler, haklara üstün gelebilir. Yalnızca anayasal statüye sahip olan meşru amaçlar, haklara bir sınırlandırma oluşturabilir. Her ne kadar bu model yazarlar tarafından menfaatler teorisinden ayrılmışsa da bu model de aslında *prima facie* hak anlayışına karşılık gelir. Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 16-29. Klatt ve Meister, bu dörtlü ayrımı Kumm’un hakların önceliği tezlerine dayandırmaktadır. Bkz. Matthias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Ed. by George Pavlakos, Oxford, Hart Publishing, 2007, s. 142 vd.

²⁴ Belirginleştirmecilik (*specificationist*) olarak da ifade edilir. Bkz. İsmail Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2020, s. 45 vd.; Zeynep Hazar, **İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması**, Ankara, Adalet, 2021, 33 vd.

²⁵ Wesley Newcomb Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, New Haven, Yale University Press, 1923, s. 36-38. Hohfeld’in hak anlayışında, eğer X’in Y’yi arazisinden dışlama hakkı varsa, Y’nin mutlak bir şekilde X’in arazisinden uzak durma yükümlülüğü vardır. Bu durumda hak sahibi olmak mutlak bir şekilde bir yükümlülük oluşturmaktadır. Ancak anayasal haklara bakıldığında, X’in ifade özgürlüğü hakkı olduğunda, doğrudan devletin mutlak bir şekilde ifade özgürlüğünün kullanılmasına karışmama yükümlülüğü doğmamaktadır.

²⁶ Grégoire C. N. Webber, **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 123 vd.

barındıracak şekilde tanımlanır.²⁷ Dolayısıyla mutlak hak anlayışında dışarıdan değil içeriden sınırlama gerçekleşir ve bütün sınırlar içkindir.²⁸ *Prima facie* hak anlayışında ise hak, hak sahibine mutlak/kesin bir hukuki pozisyon veya hareket imkânı tanımaz. Belirli bir değerlendirmeden veya uygulanan işlemten sonra bu *prima facie* hukuki pozisyon kesinleşir.²⁹ *Prima facie* hak anlayışında, hakkın sınırlanması dışarıdan gerçekleşir.³⁰

Mutlak hak anlayışında, hakkın kapsamı tahditli ve fakat sağladığı koruma azami kuvvette iken, *prima facie* hak anlayışında hakkın kapsamı geniş ve fakat sağladığı koruma göreceli bir kuvvettedir.³¹ Nitekim bazı yazarlar da, bu iki hak anlayışı arasında bir yeri benimsemiştir.³² Hakkın kapsamı konusunda Alexy'den³³ farklı

²⁷ Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 47, 154; Russ Shafer-Landau, "Specifying Absolute Rights", **Arizona Law Review**, Vol. 37, No. 1, 1995, pp. 209-220, s. 210 vd.; Robert Mullins, "Moral Conflict and the Logic Rights", **Philosophical Studies**, Vol. 177, 2020, pp. 633-651, s. 647-648.

²⁸ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 250; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 179; Rolf Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, Köln, Carl Heymanns Verlag 1992, s. 12-13; Peter Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**, 2. Auflage, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, s. 120, 179 vd. Ayrıca bkz. Otto von Gierke, **Die Soziale Aufgabe des Privatrechts**, Berlin, Springer, 1889, s. 20. "Her hakkın bir içkin sınırı olduğu yönündeki Almanlara özgü görüşümüz, "yükümlülük olmadan hak olmaz" cümlesi ile yakından bağlantılıdır." ("Mit dem Satze "kein Recht ohne Pflicht" hängt innig unsere germanische Anschauung zusammen, daß jedes Recht eine ihm immanente Schranke hat")

²⁹ *Prima facie* hakların en büyük temsilcisi olan Alexy, bunu ilke teorisi ile temellendirir. Buna göre ilkeler, yalnızca *prima facie* haklar oluşturabilir ve ancak Çatışan İlkeler Kanunu'nun uygulanması ile bu *prima facie* haklar kesinleşebilir. Bkz. Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 91-92; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 60; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 23 vd.

³⁰ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 250; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 179.

³¹ Zucca, **Constitutional Dilemmas**, s. 61.

³² Bkz. Barak, **Proportionality**, s. 39-42; Zucca, **Constitutional Dilemmas**, s. 61 vd.; George Letsas, "The Scope and Balancing of Rights: Diagnostic or Constitutive?", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 47-48. Bununla beraber, Barak'ın pozisyonu tartışmalıdır. Barak, hatalı bir şekilde Alexy'nin Çatışan İlkeler Kanunu uyarınca ortaya çıkan kanunu ve dolayısıyla ölçülülük ilkesinin uygulanmasını hakkın kapsamı düzeyinde bir değişiklik yaptığını ve hakkın kapsamını değiştirdiğini iddia eder. Ancak Alexy'nin ölçülülük ilkesi ve ortaya çıkan türev anayasal normu, hakkın kapsamını etkilemez ve hakkın sınırlandırıldığı düzeyde gerçekleşir. Bu yüzden Barak, hakların dengelenmesi sonucu ortaya çıkan kuralın anayasal düzeyde değil anayasa altı düzeyde geçerlilik kazandığını ve hakkın kapsamı değişmediğinden kendisinin mutlak hak anlayışını benimsediğini ifade eder. Bu konuda ayrıca bkz. Robert Alexy, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, July 2018, pp. 871-879, s. 878-879.

³³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 290-291; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**,

yaklaşım benimsendiğinden, bu çalışma kapsamında mutlak hak anlayışı ile *prima facie* hak anlayışı arasında bir pozisyon benimsenmiştir: *pro tanto*³⁴ hak. *Pro tanto* hak, devletin ve üçüncü kişilerin belirli şekillerde hak sahibine müdahale etmemesini gerektiren belirli bir ağırlığa sahip gerekçedir. Daha ağır bir gerekçe, hak veya meşru amaç, bu hakka ağır basabilir ve müdahaleye imkân verebilir.³⁵ *Pro tanto* hak ile *prima facie* hak arasındaki fark, hakkın kapsamının davranış merkezli değil, vaka-merkezli (vakanın koşulları çerçevesinde) olarak belirlenmesinde ortaya çıkar.³⁶ Bu bakımdan, Letsas'ın örneği izlenebilir. Tiyatroda seyircilerin arasından bir kişinin kamuya ve insanlara zarar vermek amacıyla yangın diye bağırması dolayısıyla cezalandırılması söz konusu olduğunda, bu vakada yangın diye bağırma hakkı, *bir prima facie* haktır ve aslında gerçek anlamda bir hak değildir. Nitekim bu vakada yangın diye bağırın kişinin cezalandırılmasında ölçülülük ilkesi bir rol oynamaz ve dengeleme yapılmaz.³⁷ Vakanın koşulları değiştiğinde, bu davranış bir *pro tanto* hak teşkil edebilir. Sözelimi tiyatrodan oyunda yer alan icracı sanatçılardan birisinin senaryo gereği yangın diye bağırması ve buna bağlı olarak kamunun zarar görmesi dolayısıyla cezalandırılması söz konusu olduğunda, yangın diye bağırın kişinin *pro tanto* hakkına müdahale gerçekleşmiş olur.³⁸ Nitekim ancak *pro tanto* hak ve *pro tanto* gerekçe söz konusu olduğunda ölçülülük ilkesinin uygulaması ve bir dengeleme gündeme gelir.³⁹ Hakkın kapsadığı alanı belirlemek için kullanılan yöntemlerin birçok belirsizlikler içermesi⁴⁰ ve bunun hak kayıplarına yol açabilmesi, mutlak hak anlayışının tercih edilmemesinin temel sebebidir.

Benimsenen bu yaklaşım, mutlak hakların bulunmadığını kabul eden bir yaklaşım değildir. Zira benimsenen *pro tanto* hak yaklaşımı kapsamında, haklar iki kademe oluşur.⁴¹ İlk kademe, hakkın kapsamını ve anayasal gereklilikleri sağlaması kaydıyla devletin müdahale edebileceği alanı ifade ederken, ikinci kademe kısaca devletin müdahalesinin yasaklandığı alanı oluşturur. Ancak bu iki kademenin üst üste binebildiği durumlarda burada mutlak hakkın varlığından bahsedebiliriz. Yani mutlak

s. 210.

³⁴ Belirli nispette.

³⁵ Letsas, "The Scope and Balancing of Rights", s. 47.

³⁶ Bu ayırım için bkz. Letsas, "The Scope and Balancing of Rights", s. 49-50.

³⁷ Letsas, "The Scope and Balancing of Rights", s. 48-49.

³⁸ Letsas, "The Scope and Balancing of Rights", s. 49-59.

³⁹ Letsas, "The Scope and Balancing of Rights", s. 49.

⁴⁰ Webber'in yaptığı belirleme için bkz. Webber, *The Negotiable Constitution*, s. 133-146.

⁴¹ Bkz. **Bölüm 1.3.**

bir hak söz konusu olduğunda, hakkın kapsamında yer alan konulara yönelen her müdahale hakkın ihlalini teşkil eder. Bu haklarda sınırlama söz konusu değildir. Mutlak haklar, hiçbir koşulda üstün gelinemeyen, bu hakların kapsamına giren müdahalelerin meşrulaştırılamadığı ve herhangi bir istisna olmadan yerine getirilmesi gereken haklardır.⁴² Bu bağlamda, mutlak haklar, ölçülülük testine elverişli olan haklar değildir.⁴³

1.1.1.2. İlke Teorilerinin İtirazları ve Mutlak Hakları Göre- ileştirme Çabaları

Alexy'nin ilke teorisi⁴⁴, bütün anayasal hakları *prima facie* hak haline getirir. Alexy'nin ilke teorisinde, türev anayasal normlar istisna tutulduğunda, bütün anayasal hak normları, hukuki ve olgusal olanaklara bağlı olarak çeşitli derecelerde yerine getirilebilen optimizasyon emridir ve ilkeler yalnızca *prima facie* hakları meydana getirebilir.⁴⁵ Bu bakımdan, Alexy'nin anayasal hak teorisinde, mutlak hakkın bahsi söz konusu olamaz. Bu konuyla ilgili en önemli tartışma, Alman Anayasası Madde 1/1'de düzenlenen insan onurunun dokunulmazlığına ilişkindir:

Alman Anayasası Madde 1/1

“İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onurunun korunması ve ona saygı gösterilmesi, bütün kamu makamlarının yükümlülüğüdür.”

Alexy, insan onuru normuna kısmen kural ve kısmen ilke gibi davranılmasını gerektiğini ifade eder. Ona göre, insan onuru *ilkesi*, diğer ilkelerle dengelenir. Bu dengelenmede, diğer ilkenin üstün geldiği durumda, insan onuru *kuralı* ihlal edilmiş olmaz. Ancak eğer dengelemede insan onuru *ilkesi* üstün gelirse, bu durumda insan onuru kuralı *ihlal* edilmiş olur.⁴⁶ Buna göre, insan onuru normunun kural karakteri,

⁴² Alan Gewirth, “Are There Any Absolute Rights?”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 122, 1981, pp. 1-16, s. 2.

⁴³ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 1994, s. 53 vd.; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. II, s. 686; Kai Möller, “Right to Life Between Absolute and Proportional Protection”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, Vol. 13, 2010, pp. 1-18, s. 1 vd.; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 29. Krş. Christoffersen, **Fair Balance**, s. 83 vd.

⁴⁴ Lothar Michael de ilke ve kural norm ayrımını benimsemekle birlikte insan onuru normunun yalnızca mutlak bir kural olabileceğini kabul eder. Bkz. Lothar Michael, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept”, **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 44, 55.

⁴⁵ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 91-92; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 60.

⁴⁶ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 95-96; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s.

diğer normlara üstün olup olmadığı değerlendirilmeksizin yalnızca ihlal edilip edilmediğinin incelendiği vakalarda ortaya çıkar.⁴⁷ Alexy, teorisini ispatlamak için Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Gizli Dinleme*⁴⁸ kararına atıf yapar. Bu vaka, haberleşmenin gizliliği hakkının sınırlama klozu olan Alman Anayasası Madde 10/2'nin değiştirilmesi ile ilgilidir. Madde 10/2'nin yeni halinde, belirli koşullarda dinlenen kişilerin, dinleme yapıldıktan sonra gizliliğine müdahale edildiğinden haberdar edilmemeleri düzenlenmiş ve bu gizliliğe müdahaleye karşı herhangi bir yargı yolu öngörülmemiştir. Bunun yerine 6 ayda bir uygulanan bu önlemlerin bilgilendirileceği ve hukuki denetimi yapacak olan, 5 parlamento üyesinden oluşan bir Komisyon belirlenmiştir.⁴⁹

Mahkeme burada, Alman Anayasası Madde 79/3 uyarınca Madde 1'in ihlal edilip edilmediğini incelemektedir. Alexy, bu karardaki aşağıdaki ifadelerle önem verir:⁵⁰

"Anayasa Madde 1'de bahsedilen insan onurunun dokunulmazlığı ile ilgili olarak, her şey, insan onurunun ihlal edilebileceği koşulların belirlenmesine bağlıdır. Bu genel olarak değil, somut olay gözetilerek ifade edilebilir ... İnsan onurunun ihlal edildiğine karar verebilmek için kamu otoritelerinin muamelesinin, ... aşağılayıcı muamele oluşturması gerekir."⁵¹

Alexy, burada Mahkemenin "aşağılayıcı muamele"yi kullanarak insan onurunun ihlal edilebileceği koşulların oldukça geniş olarak belirlendiğini ifade eder. Ona göre, bu insan onurunu ihlal eden koşulların belirlenmesinde, her zaman ölçülülük ilkesinin uygulanma olasılığı vardır. FAYM'ın aşağıdaki ifadesi, Alexy'ye göre bu olasılığın kullanılmasını oluşturur:⁵²

"Yargı yolunun diğer bir hukuki denetimle değiştirilmesi, mevcut vakada insan onurunu ihlal etmez...Her halükârda, yargısal korumanın hariç tutulması, kişinin insanlığının dikkate alınmamasından veya ihmal edilmesinden değil ve fakat demokratik düzenin ve devletin varlığının korunmasını amaçlayan önlemin gizli olması gerekliliğinden kaynaklanıyorsa, bu önlem insan onurunu ihlal etmez."⁵³

63-64.

⁴⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 95-97; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 63.

⁴⁸ *BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil* [1970].

⁴⁹ *BVerfGE 30, 1 (4 vd.) - Abhörurteil* [1970].

⁵⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 95-96; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 63.

⁵¹ *BVerfGE 30, 1 (25-26) - Abhörurteil* [1970].

⁵² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 96; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 63.

⁵³ *BVerfGE 30, 1 (27) - Abhörurteil* [1970].

Alexy'ye göre, bu karar aslında şunu ifade eder:⁵⁴ "Gizlilik bir gereklilik olduğunda ve temsili makamlar tarafından oluşturulan makamların hukuki denetimi gibi diğer koşullar yerine getirilirse, devletin korunması ilkesi, insan onuru ilkesine üstün gelir."

Alexy'nin örnek verdiği diğer bir karar da *Müebbet Hapis Cezası*⁵⁵ kararıdır. Müebbet hapis cezasının anayasaya uygun olup olmadığını değerlendirdiği bu vakte Mahkeme, öncelikle insan onuruna saygı gösterme gerekliliğinin, acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaların yasaklanmasını ifade ettiğini belirler. Failin, anayasanın koruduğu kendisinin sosyal değerinin ve asgari görmesi gerektiği saygının ihlal edilmesine neden olan suçla mücadelenin yalnızca bir nesnesi haline getirilmesi insan onuru ile bağdaşmaz. Eğer devlet zorla kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakıyorsa ve kişiye tekrardan özgürlüğünü elde etmek için en azında bir şans tanımıyorsa, bu insan onuru ile uyumsuzdur.⁵⁶ Alexy ise karardaki şu ifadelerle işaret etmiştir:⁵⁷

"Eğer cezanın uygulanması, mahkûm [topluma] tehlike oluşturmaya devam ediyorsa ve mahkûmun affı bu sebeple yasaklanıyorsa, insan onurunun ihlali söz konusu değildir."⁵⁸

Alexy'ye göre burada Mahkeme, mevcut koşullarda sivil toplumun korunmasını, insan onuru ilkesine üstün bulmuştur. Başka koşullarda, bu üstünlük yer değiştirebilir.⁵⁹

Teifke'ye göre, insan onuru kuralının bağımsız bir anlamı yoktur. İnsan onuru kuralının içeriği ancak insan onuru ilkesinin dengelenmesiyle belirlenebilir. Bu bağlamda, insan onuru kuralı, türev anayasal norma dönüşür.⁶⁰ Klatt ve Meister da Alexy'nin ağırlık formülündeki soyut ilkelerin soyut ağırlığını daha fazla ön planda tutarak, bu "mutlak" hakların dengelenebileceğini iddia eder.⁶¹

Borowski, "mutlak" hakların diğer sınırlandırılabilen haklardan farklı olmadığını

⁵⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 96; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 63.

⁵⁵ BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

⁵⁶ BVerfGE 45, 187 (228-229) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

⁵⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 96-97; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 64.

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (242) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

⁵⁹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 97; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 64.

⁶⁰ Nils Teifke, "Human Dignity as an 'Absolute Principle'?", *On the Nature of Legal Principles*, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, s. 96-99; Nils Teifke, "Human Dignity as a Principle: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right", *Human Dignity in Context: Explorations of a Contested Concept*, Ed. by Dieter Grimm - Alexandra Kemmerer - Christoph Möllers, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 229-234.

⁶¹ Klatt - Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, s. 33 vd.

göstermek için bu iki hak tipini ayıran kriterleri çürütmeyi dener. Borowski'ye göre, mutlak hakları diğer haklardan ayırdığı iddia edilen formel kriterlerden birisi aykırı önlem alınamama (*derogation*) ve askıya alınamama (*suspension*) kriteridir.⁶² Buna göre, Madde 3'ün AİHS Madde 15/2'de bahsedilmesi, bu hakkın mutlaklığını göstermektedir. Ancak Borowski, Madde 15/2'de aynı zamanda, yaşam hakkını düzenleyen AİHS Madde 2'den de bahsedildiğini ve yaşam hakkının sınırlandırılabilir olması dolayısıyla, aykırı önlem alınamama ve askıya alınamama kriterinin mutlak hakları belirlemede bir kriter olamayacağını ifade eder.⁶³

Borowski'nin çürütmek için belirlediği ikinci formel kriter ise sınırlama kloxunun yokluğudur. Buna göre, sınırlama kloxunun yokluğu hakkın mutlaklığını ortaya koyar. Ancak Borowski, burada bazı hakların sınırlama kloxu olmamasına rağmen yine de sınırlandırıldığını belirterek öncelikle Alman anayasa hukuk sisteminde benimsenen içkin sınırlama doktrinine işaret eder. Alman anayasal sisteminde, sınırlama kaydı olmamasına rağmen bu hakların sınırlandırıldığının kabul edildiğini gösterir. Bu bakımdan, sınırlama kloxunun yokluğu kriteri de "mutlak" hakları sınırlandırılabilir haklardan ayırmaz.⁶⁴

Borowski'nin çürütmek için belirlediği son kriter ise hak içeriğinin maddi niteliğidir. Buna göre, mutlak olarak düşünülen haklar, fevkalade bir öneme sahip olan menfaatleri korurlar. AİHS Madde 3'te düzenlenen işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı, Madde 4'te düzenlenen kölelik yasağı veya Alman Anayasası Madde 1'de düzenlenen insan onuru, bireysel perspektiften olağan dışı bir öneme sahiptir. Borowski, bu fevkalade öneme sahip olma kriterinin yaşam hakkı söz konusu olduğunda niye geçerli olmadığını sorgular. Ona göre, yaşam, herhangi bir hakka sahip olabilmenin en temel şartıdır. Bu bakımdan, yaşam hakkı da fevkalade öneme sahip bir haktır. Ancak sınırlandırılabilir bir hak olan yaşam hakkının böyle bir öneme sahip olması, bu maddi kriteri de mutlak hakları belirlemek için geçersiz kılar.⁶⁵

Borowski, mutlak hakları diğer haklardan ayırmak için ortaya konduğunu iddia

⁶² Bu kriter için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, s. 53 vd.; Michael K. Addo - Nicholas Grief, "Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Right?", **European Journal of International Law**, Vol. 9, No. 3, 1998, pp. 510-524, s. 513.

⁶³ Martin Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", **German Yearbook of International Law**, Vol. 56, pp. 385-424, s. 394-395.

⁶⁴ Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", s. 395-396.

⁶⁵ Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", s. 397-398.

ettiği bu kriterleri çürüttükten sonra, mutlak hakların sınırlandırılabilirliğini göstermek için varsayımsal çatışma ortaya atar: kişinin insan onurunun, başka bir kişinin insan onuru ile çatışması. Borowski, Alman doktrininde insan onurunun kendisi tarafından sınırlandırılmasına izin verildiğini ve bu sebeple mutlak hak olarak ifade edilen insan onurunun ölçülülük ilkesine dayanarak sınırlandırılabilmenin yolunun açıldığını belirtir.⁶⁶

Borowski'nin kendisine destek olarak gördüğü bir diğer husus ise FAYM'ın *Uçuş Güvenliği Yasası*⁶⁷ kararındaki ifadeleridir. Bu yasanın 14. maddesinde değişiklikle, bir yolcu uçağının insanların yaşamlarına yönelik bir terör saldırısı için kullanıldığı varsayıldığında, idareye uçağı silahlı kuvvetle düşürme yetkisi verilmiştir.⁶⁸ Mahkeme, öncelikle, insan onurunun içeriğini belirlemiş⁶⁹ ve değerlendirmesini de insan onuru ile bağlantılı olarak Alman Anayasası Madde 2/2'de düzenlenen yaşam hakkı üzerinde yapmıştır.⁷⁰ Borowski, Mahkeme'nin incelenen yasa bakımından yolcuların ve mürettebatın insan onuru kapsamında yalnızca araca dönüştüğünü tespit ettikten sonra insan onurunun mutlaklığı ile uyuşmayan gerekçelere yer verdiğini belirtmiştir.⁷¹ Mahkeme, kararında, teröristler tarafından kaçırılan uçağın, düşürülmesine karar verecek olan idarenin her zaman olayların tamamına hakim olamayacağını ve bu yüzden de olayları her zaman doğru bir şekilde değerlendiremeyeceğini ifade etmiştir. Buna göre, uçağın gerçekten de teröristler tarafından kaçırılıp kaçırılmadığı, uçağın tam olarak ne için kullanılacağı ve planlarını yerine getirip getiremeyecekleri açıkça belirlenemez. Bu bakımdan, Mahkeme, idarenin bütün bu belirsizliklere rağmen uçağı düşürebilmesinin de insan onuru ile uyuşmayacağını dile getirmiştir.⁷² Borowski, Mahkemenin bu gerekçelendirmesinin, Alexy'nin ağırlık formülünde yer alan Epistemik Dengeleme Kanunu'na tekabül ettiğini belirtir.⁷³

Herdegen de insan onurunu belirli ölçüde görelileştirmiştir. Ona göre, insan

⁶⁶ Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", s. 398-400. Bu konuda ayrıca bkz. Winfried Brugger, "Darf Der Staat Ausnahmsweise Foltern?", *Der Staat*, 1996, Vol. 35, No. 1, 1996, pp. 67-97, s. 89 vd.; Fabian Wittreck, "Menschenwürde und Folterverbot: Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG", *Die Öffentliche Verwaltung*, Vol. 56, 2003, pp. 873-882 s. 879 vd.; Markus Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenter" Grundrechtsschranken*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 267-268.

⁶⁷ *BVerfGE 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz* [2006].

⁶⁸ *BVerfGE 115, 118 (124 vd.) - Luftsicherheitsgesetz* [2006].

⁶⁹ *BVerfGE 115, 118 (152-153) - Luftsicherheitsgesetz* [2006].

⁷⁰ *BVerfGE 115, 118 (153 vd.) - Luftsicherheitsgesetz* [2006].

⁷¹ Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", s. 411.

⁷² *BVerfGE 115, 118 (154 vd.) - Luftsicherheitsgesetz* [2006].

⁷³ Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", s. 411-412

onuru, çekirdek ve çevre olarak ikiye ayrılır. Bu çekirdek, işkence, soykırım, kitlesel tehcir gibi konuların yanı sıra, ırksal ayrımcılık gibi amaçlarla kendini belirler ve mutlak bir şekilde bir dokunulmazlık ortaya koyar. İnsan onurunun bu dar alanı, sözgelimi totaliter rejimin etnik-ırk temelli olarak yasal takibat önlemleri ve polisin orantısız kuvvet kullanımını ifade eder. İnsan onurunun çevresel kapsamında, ihlalin belirlenebilmesi, her bir vakanın koşullarına göre değişmektedir. Bu geniş alana yapılan bir müdahalede, ihlal bulgulanıp bulgulanmamasında vakanın genel koşulları ve bu vakanın genel koşulları çerçevesinde yapılan dengeleme belirleyici olmaktadır.⁷⁴ Böylece Herdegen, insan onurunu, en azından geniş kapsamıyla ele aldığı çevresel kapsamını, ölçülülük ilkesinin uygulamasına elverişli hale getirmiştir.⁷⁵

1.1.1.3. Mutlak Haklar Vardır⁷⁶

Mutlak haklara yönelik itirazlara, her bir itirazın yöneldiği amaca göre cevap vermek gerekir. Bu bağlamda, öncelikle insan onuru bağlamında, hakkın kapsamını/içeriğini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir (1.1.1.3.1.). Böylece, insan onuru normunun görelileştirilmesinin önüne geçilebilir. İnsan onuru burada her üç hukuk sistemi bakımından da temel bir örnek olarak ele alınmaktadır. Özellikle bu hakkın mutlaklığının Alman anayasal jurisprudansında tartışmaya açılması sebebiyle insan onurunun incelenmesi gerekmektedir. Sonrasında mutlak haklar bakımından, içtihatlarla yapılan atıflar değerlendirilecektir (1.1.1.3.2.). Nihayetinde mutlak hakların birbirleri ile çatışması incelenecektir (1.1.1.3.3.).

⁷⁴ Matthias Herdegen, "Art. 1 Abs. 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 32. Aynı yönde bkz. Josef Isensee, **Tabu im freiheitlichen Staat: Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts**, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2003, s. 57 vd.; Winfried Brugger, "Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?", **JuristenZeitung**, 55. Jahrg., Nr. 4, 18. Februar 2000, pp. 165-173, s. 165 vd.; Heinrich Götz, "Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2005, pp. 953-957, s. 956; Rolf Dietrich Herzberg, "Folter und Menschenwürde", **JuristenZeitung**, 60. Jahrg., Nr. 7, 1. April 2005, pp. 321-328, s. 321. Herdegen'in bu tezi Hain tarafından da desteklenmiştir ve insan onuru normunun, ancak dengelenerek veya görelileştirilerek uygulanabilir olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Karl-E. Hain, "Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?", **Der Staat**, 2006, Vol. 45, No. 2 (2006), pp. 189-214, s. 191. Bäcker de bu tezi benimsemiştir. Nitekim Bäcker, Herdegen'in yaptığı bu ayrımı Alexy'nin insan onuru normu için önerdiği ikili norm yapısına benzetmiştir. Bkz. Carsten Bäcker, "Begrenzte Abwägung: Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit", **Der Staat**, Vol. 55, No. 4, 2016, pp. 433-460, s. 450, 457 vd.

⁷⁵ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 147; Wolfram Höfling, "Art. 1: Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 80.

⁷⁶ Bkz. Alan Gewirth, "There are Absolute Rights", **The Philosophical Quarterly**, Vol. 32, No. 129, 1982, pp. 348-353.

1.1.1.3.1. Sübjektif Bir Hak Olarak İnsan Onuru Normunun Kapsamı

İnsan onurunun kapsamını ve içeriğini belirleyen en önemli formül araç/obje formülüdür. Kant'ın araçsallaştırma yasağından⁷⁷ yola çıkan Dürig, insan onuru normunun korumasını tetikleyen formülü şu şekilde özetler: "İnsan belirli bir ölçüde objeye, yalnızca bir araca indirgenirse, insan onuru [normunun] koruması söz konusu olur."⁷⁸ Nitekim bu formül, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir.⁷⁹ Sübjektif insan onuru hakkının temel kapsamını/içeriğini bu bağlamda, insanın kendinde bir amaç olması veya insanın kendi uğruna var olması oluşturur. Bu hak, bu bağlamda, insanın bir özerk süje/eyleyen olarak tanınmasını ve insanın bir obje gibi aşağılanması ve araçsallaştırılmasının engellenmesini içerir.⁸⁰ Bu insan onurunun en fazla somutlaştırılabilecek içeriğidir. Dolayısıyla, herhangi bir vakada, insan onuru hakkının bu kapsamına müdahale, yani insanın kendinde bir amaç olmasına müdahale veya daha net bir ifadeyle insana yalnızca bir araç/obje olarak muamele edilmesi söz konusu olduğunda insan onuru normunun koruması söz konusu olmaktadır.

Borowski'nin iddia ettiğinin aksine bir hakkın mutlak olup olmadığı, sınırlama kloxunun yokluğuna, aykırı önlem alınamamasına veyahut askıya alınamamasına ya da maddi önem derecesine mutlak bir şekilde bağlı değildir. Bu unsurlar, hakların sınırlandırılması ile ilgili önemli hususları belirler. Bununla birlikte, bu unsurlar, mutlak hakların belirlenmesindeki temel unsur değildir. Bir anayasal hakkın mutlaklığı, anayasa koyucunun anayasaya ilişkin temel kararı ile belirlenir. Bu bağlamda, tarihsel

⁷⁷ "Öyle hareket edin ki, insanlığı hem kendi şahsınızda hem de herkesin şahsında tamamen bir araç olarak değil ve fakat her zaman bir amaç olarak kullanın...Ancak insan, sadece bir araç olarak kullanılabilecek bir nesne değildir ve fakat insanın her hareketinde her zaman kendiliğinden bir amaç olarak dikkate alınması gerekir." Immanuel Kant, "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", **Kant's gesammelte Schriften**, Bd. IV, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1911, s. 429. Ayrıca bkz. Oktay Uygun, **Hukuk Teorileri**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 21-22.

⁷⁸ Günter Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 81 (N.F. 42), No. 2, 1956, pp. 117-157, s. 127.

⁷⁹ BVerfGE 9, 89 (95) - Gehör bei Haftbefehl [1959]; BVerfGE 27, 1 (6) - Mikrozensus [1969]; BVerfGE 28, 386 (390-391) - Kurzzeitige Freiheitsstrafe [1970]; BVerfGE 45, 187 (227-228) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]; BVerfGE 50, 166 (175) - Ausweisung I [1979]; BVerfGE 87, 209 (228) - Tanz der Teufel [1992]. AİHM de Tyrer kararında, kişiye bir araç/obje olarak davranılmasının insan onurunun ihlalini teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bkz. *Tyrer v. the United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, para. 33.

⁸⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Will Human Dignity Remain Inviolable?", **Religion, Law, and Democracy: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler, Tina Stein, Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 364.

yorum ve teleolojik yoruma başvurmak gerekir. İnsan onuru normunun anayasa koyucu tarafından anayasaya dahil edilmesi kararı, karşılaştırmalı hukukun yanında⁸¹ temel olarak Almanya'nın yaşadığı Nazi dönemi tecrübelerine ve yıkıma dayanmaktadır. Bu dönemde, insanların kitlesel bir şekilde insan onurunu hiçe sayan bir muameleye tabi tutulması, bu normun temel sebebini oluşturmaktadır.⁸² Bu yüzden insan onuru normu, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri aşan bir içeriğe sahiptir. Anayasa koyucunun bu norm bakımından temel amacı, insan onuru normu ile yeni oluşan devlet düzeninin normatif temelini göstermektir ve böylece Nazi yönetiminde insanlığın uğradığı aşağılanmanın, insan haklarının ve onurunun ihlalinin tekrarlanmasını engellemektir.⁸³ Nitekim anayasa koyucu bu insan onurunun yalnızca “dokunulmaz” olduğunu belirtmekle kalmamış, aynı zamanda “insan onuruna saygı göstermek ve onu korumak, bütün devlet otoritelerinin yükümlülüğüdür” ifadesiyle insan onuru normunun normatif olarak bağlayıcı bir norm olduğunu ortaya koymuştur. Parlamentodaki yasama sürecinde, insan onurunun anayasal hakların temeli olduğu ve anayasal hakların uygulanmasında ve yorumlanmasında kılavuz olduğu dile getirilmiştir.⁸⁴

⁸¹ Alman Anayasası'ndan önce, savaş sonrası Alman federe yönetimlerin anayasalarında, insan onuru normu yer almıştır. Bkz. 2 Aralık 1946 tarihli Bavyera Anayasası – Madde 100; 21 Ekim 1947 tarihli Bremen Anayasası – Madde 5; 1 Aralık 1946 tarihli Hesse Anayasası – Madde 3; 28 Kasım 1946 tarihli Baden-Württemberg Anayasası – Madde 1 ve 2. Bunların yanı sıra 1948 yılındaki Evrensel İnsan Hakları Bildirisi de bu normun oluşturulmasında önemli dayanak noktasıdır.

⁸² Eberhard Pikart - Wolfram Werner, **Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle**, Bd. V/1, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1993, s. 71; Eberhard Pikart - Wolfram Werner, **Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle**, Bd. V/2, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1993, s. 585; Klaus Stern, “Die Würde des Menschen”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006, s. 13; Bodo Pieroth - Bernhard Schlink - Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 30. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2014, s. 87; Gerrit Manssen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2020, s. 73; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 141; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 218; Volker Epping - Sebastian Lenz - Philipp Leydecker, **Grundrechte**, 10. Auflage, Berlin, Springer, 2024, s. 338; Jörn Ipsen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 20. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017, s. 59; Hasso Hofmann, “Die versprochene Menschenwürde”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 118, No. 3, 1993, pp. 353-377, s. 356 vd.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte”, **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, s. 390-391; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Human Dignity as a Normative Principle: Fundamental Rights in the Bioethics Debate”, **Religion, Law, and Democracy: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler, Tina Stein, Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 340-341; Christian Bumke - Andreas Voßkuhle, **German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles**, Oxford, Oxford University Press, 2019, s. 91; Manfred Baldus, **Kämpfe um die Menschenwürde: Die Debatten seit 1949**, Berlin, Suhrkamp, 2016, s. 22-23.

⁸³ Böckenförde, “Menschenwürde als normatives Prinzip”, s. 390-391; Böckenförde, “Human Dignity as a Normative Principle”, s. 340-341.

⁸⁴ Böckenförde, “Menschenwürde als normatives Prinzip”, s. 391; Böckenförde, “Human

“İnsan onuru dokunulmazdır” lafzı ve anayasa koyucunun amacı dikkate alındığında sübjektif bir hak olarak insan onurunun mutlak bir hak olduğu gözlenmektedir. Teleolojik olarak inceleme yapıldığında öncelikle Alman Anayasası Madde 79/3’ü dikkate almak gerekir. Bu maddeye göre, anayasa değişiklikleri, insan onuru hakkını ihlal ediyorsa geçerli olamaz. Bu madde ile anayasa koyucu, mevcut devlet düzeninin temelini teşkil eden insan onuru normunu zamanın ruhuna karşı muhafaza etmeyi amaçlamıştır.⁸⁵ Alman anayasal sisteminde en yüksek değeri oluşturan insan onuru normu⁸⁶, anayasa değişikliklerine karşı korunarak, devletin “anayasal kimliğinin” en üst ve en önemli parçası olmuştur.⁸⁷ Anayasada öngörülen değişmezlik yasağı, bu çalışma kapsamında kabul edilen maddi teori uyarınca, anayasa değişikliği yetkisine sahip kurulu iktidarı yalnızca usuli olarak değil⁸⁸ aynı zamanda maddi olarak da kısıtlar. Böylece anayasanın temel kurucu ilkelerinin devamlılığı ve anayasanın kimliğinin korunması sağlanarak, anayasa değişikliği söz konusu olabilir.⁸⁹ Aynı zamanda, değişmezlik yasağı, anayasal normlar arasında da bir hiyerarşi oluşturur.⁹⁰ Bu itibarla, değişmezlik yasağına dahil olan insan onuru normu, değişmezlik yasağı tarafından kapsanmayan diğer anayasal normlardan hiyerarşik olarak üstündür. Dolayısıyla diğer bir anayasal hak normunun insan onuru hakkını kısıtlanması söz konusu olamaz.

Burada bu çalışmada savunulan olgusal değişimin norma etkisi kapsamında insan onuru normunun sınırlanabilir hale gelip gelemeyeceği sorulabilir. Ancak anayasal kimliğe ait olan temel kurucu bir unsurun olgusal değişiminin kabulü, yalnızca kurucu iktidarın bu konudaki kararına bağlıdır. Kaldı ki devlet düzeninin temelinde yer alan bir kurucu normun temel alındığı olgudaki değişimin gerçekleşmesi mümkün de

Dignity as a Normative Principle”, s. 341; Ernst Benda, **Gefährdungen der Menschenwürde**, Opladen, Westdeutscher, 1975, s. 13-14; Baldus, **Kämpfe um die Menschenwürde**, s. 24-25. Ayrıca bkz. Pikart - Werner, **Der Parlamentarische Rat 1948-1949**, Bd. V/1, s. 63; *BVerfGE* 93, 266 (293) - ‘Soldaten sind Mörder’ [1995]; *BVerfGE* 107, 275 (283-284) - Schockwerbung II [2003].

⁸⁵ Böckenförde, “Will Human Dignity Remain Inviolable?”, s. 362.

⁸⁶ *BVerfGE* 5, 85 (204-205) - KPD-Verbot [1956]; *BVerfGE* 32, 98 (106) - Gesundheitsgesetz [1971]; *BVerfGE* 50, 166 (175) - Ausweisung I [1979]; *BVerfGE* 54, 341 (356-357) - Wirtschaftsschlacht [1980].

⁸⁷ Bkz. *BVerfGE* 123, 267 (344) - Lissabon [2009].

⁸⁸ Bu konuda bkz. Kemal Gözler, **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, Bursa, Ekin Press, 2008, s. 53-54; Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması**, Ed. by Ozan Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 61 vd.

⁸⁹ Yaniv Roznai, **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 136 vd.

⁹⁰ Roznai, **Unconstitutional Constitutional Amendments**, s. 137-138.

değildir. Nitekim Poscher, insan onuru normunun dokunulmazlığı ile ilgili olan tartışmalarda, haklı bir şekilde insan onuru normunun tabulaştırılan bir norm olduğunu belirtir. İnsan onurunun içeriğinin tabulaştırılması, sübjektif bir hak olarak insan onurunu dokunulmaz kılar. Zira bir tabuya müdahalenin meşrulaştırılması mümkün değildir. Ayrıca tabu sınırlamaya izin vermez ve fakat yalnızca kırılabilir.⁹¹ Bu bağlamda, sübjektif bir hak olarak insan onurunun sınırlanmasının kabulü, anayasayı ve devletin düzenini temelden sarsar.⁹²

Nihayetinde Alman anayasa hukuku doktrinindeki ağırlıklı görüş, insan onuru hakkının mutlak ve dokunulmaz bir hak olduğunu ve dolayısıyla bu hakkın kapsamına/içeriğine giren herhangi bir konuya yapılan müdahalenin doğrudan ihlal teşkil edeceği yönündedir.⁹³

İnsan onuru hakkının mutlak bir hak olduğunu belirledikten sonra, bu hakkın korumasının nasıl tetiklendiğini de görmek gerekir. Böylece mahkeme içtihatlarında yapılacak olan inceleme daha net anlaşılabilir. Yukarıda da bahsedildiği üzere insan onuru hakkı, insanın kendinden bir amaç olmasını koruyan bir haktır. Dolayısıyla devletin müdahalesinin/eylemlerinin veya eylemsizliğinin, insanı araçsallaştırması ve onu sadece bir objeye indirgemesi durumunda, insan onuru hakkının koruması tetiklenir. Bu bakımdan, devletin müdahalesinin veya müdahalesizliğinin, insanı araçsallaştıracak bir dereceye ulaşması gerekir. AİHM'in Madde 3 bakımından benimsediği asgari eşiğe benzer bir şekilde⁹⁴, sübjektif bir hak olarak insan onurunun korumasının

⁹¹ Ralf Poscher, "Die Würde des Menschen ist unantastbar.", **JuristenZeitung**, 59. Jahrg., Nr. 15/16, 13. August 2004, pp. 756-762, s. 760.

⁹² Böckenförde, "Will Human Dignity Remain Inviolable?", s. 361-364.

⁹³ Stern, "Die Würde des Menschen", s. 94-95; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 93; Höfling, "Art. 1", s. 80; Josef Franz Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, s. 189; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 65; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 225-226; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 147; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 74; Poscher, "Die Würde des Menschen ist unantastbar.", s. 760; Ralf Poscher, "Menschenwürde", **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 1149 vd.; Böckenförde, "Will Human Dignity Remain Inviolable?", s. 361 vd.; Böckenförde, "Menschenwürde als normatives Prinzip", s. 390 vd.; Böckenförde, "Human Dignity as a Normative Principle", s. 340 vd; Oliver Lepsius, "Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act", **German Law Journal**, Vol. 07, No. 09, 2006, pp. 761-776, s. 768.

⁹⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, para. 162; *Tekin v. Turkey*, App. No. 22496/93, Judgment of 9 June 1998, para. 52; *Keenan v. the United Kingdom*, App. No. 27229/95, Judgment of 3 April 2001, para. 109; *Valašinas v. Lithuania*, App. No. 44558/98, Judgment of 24 July 2001, para. 101; *Labita v. Italy*, App. No. 26772/95, GC Judgment of 6 April 2000, para. 120. Bu, AİHS Madde 3'te güvence altına alınan işkence yasağı normunun uygulanma koşulu (*protasis*) unsurunu meydana getiren bir "görelilik

tetiklenebilmesi için devletin veya kamu makamlarının müdahalesi veya eylemsizliğinin belirli bir seviyeye ulaşması gerekir. Bu seviyenin belirlenmesi ise bir ölçülülük incelemesiyle gerçekleşmez. Burada devletin müdahalesinin vakanın koşulları çerçevesinde, insan onuru hakkının korumasını tetikleyecek seviyeye ulaşp ulaşmadığına bakılır. Eğer devletin müdahalesi insanı araştıracak bir seviyeye ulaşıyorsa, bu durumda sübjektif bir hak olarak insan onuru ihlal edilmiş olur.

İnsan onurunun içeriği/kapsamı 3 kısma ayrılmaktadır. Bu bakımdan aşağıdakiler insan onuru hakkının korumasını tetikler:⁹⁵

- i) Fiziksel ve zihinsel kimlik ve bütünlük: işkence, ilaçla veya hipnozla kişinin iradesinin ortadan kaldırılması, bilimsel amaçla kişiye gizli veya zorla manipülatif tıbbi muamele etme, kişiselliği yok etme.
- ii) Hukuki eşitlik: kölelik, zorla çalıştırma, insan ticareti, sistematik ayrımcılıklar, aşağılama.
- iii) İnsanın varlığı için asgari ihtiyaçları.⁹⁶

İçtihatları incelemeye geçmeden önce bahsedilmesi gereken bir husus da insan onuru normunun (Alman Anayasası Madde 1/1) diğer bazı hakları destekleyecek bir şekilde kullanılabilmesidir. Bu durumda, FAYM, sözelimi Madde 2/1 ve Madde 1/1'i aynı kefede ele alarak inceleme yapmaktadır. Burada insan onuru hakkı, yalnızca Madde 2/1 tarafından korunan genel fiil özgürlüğünü mutlak bir hak kapsamına sokmaz. Ancak insan onuru hakkı bağlamında ele alınan diğer hakkın kapsamını ve korumasını güçlendirici ve sağlamlaştırıcı bir etkide bulunur.⁹⁷ Aksi takdirde Madde

olgusu”dur. Bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005, s. 47-49. AİHS Madde 3 çerçevesindeki faydacı tezahürlerin incelenmesi bakımından bkz. Aybike Yılmaz, **İnsan Haklarında Faydacı Teori: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ölçülülük Testi**, İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 212 vd.

⁹⁵ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 89-92; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 221-224; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 148-150; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 347-349; Höfling, “Art. 1”, s. 83 vd.

⁹⁶ İnsan onuru hakkının devlete yüklediği bu pozitif edim yükümlülüğü için bkz. *BVerfGE* 82, 60 (85 vd.) - Steuerfreies Existenzminimum [1990]; *BVerfGE* 99, 216 (233) - Familienlastenausgleich II [1998]; *BVerfGE* 125, 175 (221 vd.) - Hartz IV [2010]; *BVerfGE* 132, 134 (159 vd.) - Asylbewerberleistungsgesetz [2012]; *BVerfGE* 137, 34 (72 vd.) - Existenzsichernder Regelbedarf [2014].

⁹⁷ Anayasal hakların yarışmasında (*Grundrechtskonkurrenzen*) aynı nesnel olaya birden fazla hakkın uygulanabilmesi ve dolayısıyla başvurusunun iki anayasal hakkın da korumasından yararlanması, başvurusunun hukuki pozisyonunu güçlendirir. Bkz. *BVerfGE* 104, 337 (345-346) - Schächten [2002]; Klaus Stern, “Die Konkurrenzen von Grundrechten des Grundgesetzes”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 1398; Wilfried Berg, “Grundrechtskonkurrenzen”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen

1/1 ve Madde 2/1'e dayanılarak eklenen genel kişilik hakkının⁹⁸ mutlak bir hak olması gerekirdi. Sübjektif bir hak olarak insan onuru normunun kapsamı ele alındıktan sonra ilgili içtihatların incelemesine geçilebilir. Burada aslında ilgili anayasal hakların dokunulamayacak olan insan onuru güvencesi ortaya çıkar. Sözgelimi, devlet yaşam hakkına insan onuruna dokunacak şekilde müdahale edemez.⁹⁹

1.1.1.3.2. İçtihatlar Bağlamında Bir İnceleme

Bu başlık altında insan onuruna dair bütün kararlar incelenmeyecektir. Böyle bir inceleme, bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Burada, özellikle ilke teorisinin FAYM bağlamında atıf yapılan kararlar incelenecektir.

Alexy'nin atıf yaptığı ilk karar *Gizli Dinleme*¹⁰⁰ kararıdır. Bu karar bağlamında Alexy, insan onurunun ihlal edilebilirliğinin vakanın somut koşullarına ve aşağılayıcı muamele uygulanmasına bağlı tutulmasını Mahkeme'nin ölçülülük ilkesine kapı aralaması olarak yorumlamıştır. Ancak herhangi bir hakkın kapsamına müdahale olup olmadığı, somut vakanın koşullarına bakılmadan *a priori* olarak belirlenemez. Bu mutlak haklar için de geçerlidir. Alexy'nin aşağılayıcı muamelenin insan onurunun kapsamını oldukça genişlettiği iddiası yerinde değildir. Zira AİHM'in içtihat hukukuna bakıldığında, devletin bir müdahalesinin AİHS Madde 3 kapsamına girebilmesinin oldukça zor olduğu görülmektedir. En azından devletin müdahalesinin asgari bir şiddet seviyesini aşması gerekmektedir.

Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 642; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 210; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 93-94; Ingo von Münch - Ute Mager, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 6. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2014, s. 69; Lepsius, "Human Dignity and the Downing of Aircraft", s. 769; Fabian Wittreck, "Referendarexamensklausur - Öffentliches Recht: Eingriff durch Entschuldigung? Der Bundespräsident und das Bildnis des Propheten" **Juristische Schulung**, 2006, pp 729-735, s. 732; Ino Augsberg - Steffen Augsberg, "Kombinationsgrundrechte: Die Verkoppelung von Grundrechtstatbeständen als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 132, No. 4, 2007, pp. 539-581, s. 545-546. Anayasal hakların bu şekilde birlikte kullanılmasının özellikle Alman Anayasası'nda genel fiil özgürlüğünü güvence altına alan Madde 2/1 bağlamında oldukça olumsuz etkiler oluşturma eğilimi yönünde eleştirilmiştir. Bkz. Christian Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1003-1004. Bu bağlamda, bu kombinasyon metodolojisi, anayasal hak dogmatığının bir hatası olarak da görülmektedir. Bkz. Augsberg - Augsberg, "Kombinationsgrundrechte", s. 575; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 1004.

⁹⁸ BVerfGE 54, 148 (153) - Eppler [1980].

⁹⁹ Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 1002. Aksi yönde bkz. Augsberg - Augsberg, "Kombinationsgrundrechte", s. 553-554.

¹⁰⁰ BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil [1970].

Alexy, *Gizli Dinleme* kararında ayrıca insan onurunun ihlal edilip edilmediği bakımından devletin müdahalesindeki amacın dikkate alınmasında, Mahkeme'nin ölçülülük testini uyguladığını ileri sürmüştür. Gerçekten de Mahkeme, "demokratik düzenin ve devletin varlığının korunmasını amaçlayan önlemin gizli olması gerekliliği"ne¹⁰¹ dayanarak insan onurunun ihlal edilmediğini bulgulamıştır. Ancak akıldan çıkarılmaması gereken şey FAYM'ın burada Alman Anayasası Madde 10/2'ye getirilen gizli dinlemelerin denetiminin bir yargı denetimine değil başka bir hukuki kontrole tabi tutulmasının insan onurunu ihlal edip etmediğini incelemesidir. Nitekim Mahkeme, insan onurunun kapsamını açıklarken, temel olarak kişinin sùje niteliğini sorgulayan veya somut bir vakada *keyfi* olarak insan onurunu dikkate almayan muamelelerin, insan onuru hakkının kapsamına girdiğini ifade etmiştir.¹⁰² FAYM, Alexy'nin atıf yaptığı paragrafın başında, yargısal denetimin başka bir hukuki denetim ile değiştirilmesinin insan onurunu ihlal etmeyeceğini belirtmiştir.¹⁰³ Mahkeme'nin devletin böyle bir önlem belirlemesinde "kişinin insanlığının dikkate alınmaması veya ihmal edilmesi"nin¹⁰⁴ söz konusu olmayıp "demokratik düzenin ve devletin varlığının korunmasını amaçlayan önlemin gizli olması gerekliliği"ne dayanarak insan onurunun ihlal edilmediğinin tespiti, aslında Mahkeme'nin devletin muamelesinin insan onurunu *keyfi* olarak dikkate almama durumunun mevcut olmadığını bulgular. Bu bağlamda, burada Mahkeme bir ölçülülük testi uygulamamakta ve fakat vakanın somut koşulları çerçevesinde yargısal denetimin başka bir hukuki denetim ile değiştirilmesinin sübjektif bir hak olarak insan onurunun kapsamında olup olmadığını tespit etmektedir.

Alexy'nin atıf yaptığı diğer bir karar da *Müebbet Hapis Cezası*¹⁰⁵ kararıdır. Alexy, "eğer cezanın uygulanması, mahkûm [topluma] tehlike oluşturmaya devam ediyorsa ve mahkûmun affı bu sebeple yasaklanıyorsa, insan onurunun ihlali söz konusu değildir"¹⁰⁶ ifadesinden yola çıkarak, toplumun korunması ile insan onuru arasında bir dengeleme yapıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, öncelikle hakkın kapsamı ile ilgili genel belirlemeler yapmıştır. Her cezanın, suç ve failin kusuru ile orantılı olması gerektiğini¹⁰⁷ belirten Mahkeme, insan onurunun, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı

¹⁰¹ BVerfGE 30, 1 (27) - Abhörurteil [1970].

¹⁰² BVerfGE 30, 1 (25-26) - Abhörurteil [1970].

¹⁰³ BVerfGE 30, 1 (27) - Abhörurteil [1970].

¹⁰⁴ BVerfGE 30, 1 (27) - Abhörurteil [1970].

¹⁰⁵ BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

¹⁰⁶ BVerfGE 45, 187 (242) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

¹⁰⁷ BVerfGE 6, 389 (439) - Homosexuelle [1957]; BVerfGE 45, 187 (228) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

cezaya maruz kalmaması gerektiğini ifade eder. Bu bağlamda, insan onuru, bir suçun failini suçla mücadelenin bir aracı haline getirerek onun sosyal değerinin ihlal edilmesine engel olur.¹⁰⁸ Nitekim Mahkeme, müebbet hapis cezası alan mahkûmların, rehabilite edilmeleri, sosyal yaşama uygun hale getirilmeleri, hapsedilmenin olumsuz etkilerine karşı ve kişiliği bozucu değişimlere karşı savaşıma yükümlülüklerinin Alman Anayasası Madde 1/1'den kaynaklandığını tespit eder.¹⁰⁹ Bu bağlamda, Mahkeme şöyle bir neden-sonuç ilişkisi kurar: müebbet hapis cezalarına mahkûm olan kişiler, özgürlüklerini tekrardan kazanma *şansına* sahip olursa, bu kişilerin rehabilite edilebilmeleri mümkün olur.¹¹⁰ Mahkeme, burada mutlak bir şekilde özgürlüğünü yeniden kazanma hakkı tanımamış ve fakat kişinin artık topluma bir tehdit oluşturmadığı kabul edilmesine bağlı olarak özgürlüğünü yeniden kazanma *şansı* tanımıştır. Teori ve pratikte işleyen bu şansın mevcut olması, müebbet hapis cezasını insan onuru hakkına uygun kılmaktadır.¹¹¹ Dolayısıyla burada FAYM'ın toplumun korunması ile insan onuru arasında bir dengeleme yaptığından söz edilemez.

Borowski'nin atıf yaptığı *Uçuş Güvenliği Yasası*¹¹² kararını incelemek yerinde olacaktır. FAYM, burada yalnızca Alman Anayasası Madde 1/1 bağlamında bir değerlendirme yapmamaktadır. Mahkeme burada Madde 2/2'yi Madde 1/1 ile bağlı olarak incelemektedir.¹¹³ Bu bakımdan, öncelikle bu kararda Madde 1/1'in Madde 2/2 temelinde ele alınması, yani Madde 1/1'in Madde 2/2'nin korumasını güçlendirmesi ve fakat mutlaklaştırmaması söz konusudur. Ancak yine de Borowski'nin belirttiği

¹⁰⁸ BVerfGE 28, 386 (390-391) - Kurzzeitige Freiheitsstrafe [1970]; BVerfGE 45, 187 (228) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

¹⁰⁹ BVerfGE 45, 187 (238) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

¹¹⁰ BVerfGE 45, 187 (239) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

¹¹¹ Burada karşılaştırmalı olarak AİHS sisteminde mevcut olan umut hakkı da incelenebilir. Umut hakkı kapsamında, müebbet hapis cezası alan kişilerin cezalarının iç hukukta hem teoride hem de pratikte indirilebilir olması söz konusu olursa, hükmedilen müebbet hapis cezaları AİHS Madde 3'ü ihlal etmez. Bkz. *Stanford v. the United Kingdom*, App. No. 73299/01, Decision of 12 December 2002, para. 1; *Kafkaris v. Cyprus*, App. No. 21906/04, GC Judgment of 12 February 2008, para. 97-98; *Vinter and Others v. the United Kingdom*, App. No. 66069/09; 130/10; 3896/10, GC Judgment of 9 July 2013, para. 106 vd.; *Öcalan v. Turkey (No.2)*, App. No. 24069/03;197/04; 6201/06 and 10464/07, Judgment of 18 March 2014, para. 193 vd.; *László Magyar v. Hungary*, App. No. 73593/10, Judgment of 20 May 2014, para. 48 vd.; *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, App. No. 15018/11 61199/12, Judgment of 8 July 2014, para. 243 vd.; *Murray v. the Netherlands*, App. No. 10511/10, Judgment of 26 April 2016, para. 99; *Hutchinson v. the United Kingdom*, App. No. 57592/08, GC Judgment of 17 January 2017, para. 38 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Erdi Yetkin, "Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından Günümüze İndirilemez Müebbet Hapis Cezası ve Umut Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 84, Sayı 3, Eylül 2019, pp. 209-265.

¹¹² BVerfGE 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz [2006].

¹¹³ BVerfGE 115, 118 (153) - Luftsicherheitsgesetz [2006].

ifadeler değerlendirilebilir. Burada Mahkeme'nin yetkili makamlar tarafından olayın tamamen öngörülemediği hususundaki değerlendirmelerinin temelini, silah olarak kullanılan yolcu uçağındaki yolcuların ölmüş olduğunun veya artık ölü olarak kabul edilebilmesinin %100 kesinlikte belirlenip belirlenemeyeceği oluşturmaktadır. Zira bunun %100 kesinlikte kabul edilebilmesi söz konusu olduğunda, bu kişilerin yaşamlarının bir araca dönüştürülmesi söz konusu olmamaktadır. Yani böyle bir önlem, uçak-takilerin hali hazırda yaşamlarını kaybettiğine dayanmaktadır. Kararda ise bu varsayımın açıkça mümkün olmadığı gösterilmiştir. Mahkeme burada böyle bir kesinliğin olmadığını ve hatta yetkili makamların olayın büyük bir kısmından dahi haberdar olamayacağını ortaya koymaktadır.¹¹⁴ Dolayısıyla karardaki ifadelerden Mahkeme'nin bir ölçülülük/dengeleme testi yaptığı çıkarılamaz.¹¹⁵ Nitekim burada bir ölçülülük incelemesi yapıldığı kabul edilse bile, bu inceleme yalnızca insan onuru güvencesini ilgilendirmeyen ve diğer anayasal hak güvencelerini de ilgilendiren bir yaşam alanı söz konusu olduğundan kaynaklanmaktadır.¹¹⁶

Bunların yanı sıra FAYM, birçok kararında sübjektif bir hak olarak insan onurunun mutlak bir hak olduğunu ve bu yüzden ölçülülük testine veya dengelemeye elverişli olmadığını açık bir şekilde belirtmiştir.¹¹⁷ Nitekim Mahkeme, insan onurunun bu niteliğini "*Askerler Katildir*" kararında açıkça dile getirmiştir.¹¹⁸

"İfade, başka birisinin insan onuruna dokunduğunda, ifade özgürlüğü her zaman geri çekilmelidir. Daha önceden sanat özgürlüğü için belirtilen bu ilke, ifade özgürlüğü için de geçerlidir zira bütün temel hakların kökeni olarak insan onuru diğer herhangi bir bireysel temel hakka karşı dengelenmeye elverişli değildir."

Böylece atıf yapılan içtihatlar bağlamında da mutlak hakların varlığı söz konusu olmaktadır.

¹¹⁴ BVerfGE 115, 118 (154 vd.) - Luftsicherheitsgesetz [2006].

¹¹⁵ Yine de kararın metodolojik olarak zayıf bir şekilde ifade edilmesi yönünde bir eleştiri için bkz. Christian Hillgruber, "Der Staat des Grundgesetzes — nur „bedingt abwehrbereit"? — Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation", *JuristenZeitung*, 62. Jahrg., Nr. 5, 2. März 2007, pp. 209-218, s. 212 vd.

¹¹⁶ Thomas Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot": Zur Frage des Begriffs und der Existenz schutzbereichsimmanenter Grenzen der Freiheitsgrundrechte im Unterschied zu den so genannten verfassungsimmanenten Schranken**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, s. 213.

¹¹⁷ BVerfGE 75, 369 (380) - Strauß-Karikatur [1987]; BVerfGE 93, 266 (293) - 'Soldaten sind Mörder' [1995]; BVerfGE 107, 275 (283-284) - Schockwerbung II [2003]; BVerfGE 109, 279 (315) - Großer Lauschangriff [2003].

¹¹⁸ BVerfGE 93, 266 (293) - 'Soldaten sind Mörder' [1995].

1.1.1.3.3. Durdurulamaz Bir Kuvvetin Hareket Etmeyen Bir Nesne ile Karşılaşması¹¹⁹

Borowski'nin gündeme getirdiği en önemli konulardan birisi de mutlak hakların birbirleri ile çatışması durumudur. Bu durumda, gerçekten her iki sınırlandırılmayan hak karşı karşıya geldiğinde, her ikisini sınırlamadan gerçekleştirmek mümkün müdür? Bu konuya örnek olarak *Gäfgen*¹²⁰ kararına atıf yapılır. Bu vakada başvuru, bir çocuğu kaçırdıktan sonra boğarak öldürmüş, akabinde ise ailesinden fidye istemiştir. Fidyeyi aldıktan sonra başvuru yakalanmış ve öldüğü henüz bilinmeyen kaçırılan çocuğun yerini öğrenmek için polis memurları tarafından kendisine iz bırakılmadan dayanılmayacak ağır, acı verici bir muamelede bulunulacağı yönünde tehdit edilmiştir. Tehdit edildiği muamelelere maruz kalmaktan korkan başvuru çocuğun cesedinin yerini söylemiştir.¹²¹ Daire, polislerin bu muamelesini insanlık dışı muamele olduğunun belirtmiş, başvurunun davranışlarının veya kamu otoritelerinin muamelelerinin amacına bakılmaksızın, yani dengeleme yapmaksızın mutlak bir hak olan Madde 3'ün ihlal edildiğine karar vermiş¹²² ve Büyük Daire de bunu onaylamıştır.¹²³ Bu vaka çerçevesinde, özellikle Alman doktrininde yaşam kurtaran işkenceye (*Retungsfolter*) izin verilir verilemeyeceği tartışma konusu olmuştur.¹²⁴

¹¹⁹ Bu başlık, Karşı Konulmaz Paradokslardan (*Irresistible Paradox*) ve Kadir-i Mutlak Paradokslardan (*Omnipotence Paradox*) esinlenilmiştir. Bu paradoks bir yandan Han Fei Tzü'nin her şeyi kesen mızrağına ve her mızrağı durduran kalkanına dayanırken, diğer yandan İbn Rüşd'ün ve Aquinas'ın Kadir-i Mutlak Tanrı paradoksuna ilişkin cevaplarına dayanır. Bkz. Han Fei Tzü, **The Complete Works of Han Fei Tzü**, Vol. II, Trans. by W. K. Liao, London, Arthur Probsthain, 1959, s. 143, 203 vd.; Averroes', **Thafut Al-Tahafut: The Incoherence of the Incoherence**, Vol. I, II, Trans. by Simon van den Bergh, 4. Edition, Cambridge, EJW Gibb Memorial Trust, 1987, s. 323 vd.; St. Thomas Aquinas, **The Summa Theologica**, Part I, London, R. & T. Washbourne, 1911, Questions 25, Article 3, s. 341 vd.

¹²⁰ *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 30 June 2008; *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010.

¹²¹ *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 30 June 2008, para. 8 vd.; *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010, para. 11 vd.

¹²² *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 30 June 2008, para. 69-70.

¹²³ *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010, para. 132.

¹²⁴ Heinrich Götz, "Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2005, pp. 953-957; Wolfgang Hecker, "Relativierung des Folterverbots in der BRD?", **Kritische Justiz**, Vol. 36, No. 2, 2003, pp. 210-218; Reinhard Marx, "Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?", **Kritische Justiz**, Vol. 37, No. 3, 2004, pp. 278-304; Rolf Dietrich Herzberg, "Folter und Menschenwürde", **JuristenZeitung**, 60. Jahrg., Nr. 7, 1. April 2005, pp. 321-328; Ernst Benda, "Wer stark ist, foltert nicht", **Die Welt**, 26.07.2004, <https://www.welt.de/print-welt/article330090/Wer-stark-ist-foltert-nicht.html> (Çevrimiçi: 06.01.2022); Eva Maria Maier, "Folter und Menschenwürde. Zur aktuellen Debatte um die „Rettungsfolter“", **Journal für Rechtspolitik**, Vol. 20, 2012, pp. 195-206; Knut Amelung, "»Rettungsfolter« und Menschenwürde: Bemerkungen zum Urteil des LG Frankfurt a. M. über die Entschädigung des Mörders Gäfgen", **Juristische Rundschau**,

Gäfgen vakasında aslında mutlak hakların çatışması söz konusu olmaz.¹²⁵ Burada bir taraftan devletin kaçırılan çocuğun yaşamını koruma yükümlülüğü mevcutken diğer yandan da işkenceden kaçınma yükümlülüğü mevcuttur. Yaşam hakkı sınırlandırılabilir bir hak olduğundan dolayı burada iki mutlak hakkın çatışması mevcut değildir. Bu çatışmada, mutlak hak olan işkence yasağının dengelenmeksizin üstün gelmesi gerekir. Ancak burada vakayı gerçekten iki mutlak hakkın çatıştığı şekilde geliştirebiliriz. *Gäfgen* vakasındaki yakalanan başvurucunun bir suç ortağı olduğunu ve çocuğun halen yaşadığını ancak yakalanmayan suç ortağının çocuğa sürekli surette fiziksel acı verdiği bilgisi elde edildiğinde, devlet bir yandan işkenceye uğrayan çocuğu kurtarma yükümlülüğü, diğer yandan yakalanan başvurucudan bilgi almak için işkence yapmaktan da kaçınma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla iki farklı bireyin insan onuru veya işkence yasağı birbirleriyle çatışmaktadır.

Bu durum, karşı konulmaz veya Kadir-i Mutlak paradoksunda olduğu gibi ilk başta, bu hakların mutlaklıkları kabul edilerek çözülemeyen bir problem gibi ortaya konsa da¹²⁶, hak çatışmalarının niteliğine bakıldığında bir çözüm ortaya çıkmaktadır. Eğer gerçekten iki mutlak hak, bağdaşmaz bir çelişki içerisinde ise, diğer bir deyişle her iki hakka da dokunmadan devlet her iki hak bakımından yükümlülüğünü yerine getiremiyorsa, diğer hak çatışmalarında olduğu gibi burada aslında devletin iki farklı

2012/1, pp. 18-20.

¹²⁵ Bu iki mutlak hakkın çatışmasının yokluğu, zaman ayarlı bomba örnekleri için de geçerlidir. Buradaki klasik örnek, polisin, bir alışveriş merkezine bomba koyduğundan emin oldukları bir kişiyi gözaltına almasıdır. Bomba zaman ayarlıdır ve her an patlayabilir ve alışveriş merkezini tahliye etmek için yeterli zaman yoktur. Polisin elindeki tek ipucu gözaltına aldıkları kişidir. Gözaltına alınan kişi herhangi bir bilgi vermez ve polis, bu kişiden bilgi alabilmenin tek yolunun ona işkence etmek olduğuna emindir. Polisler ayrıca eğer işkence uygulanırsa, gözaltına alınan kişinin doğru bilgi vereceğine de güvenmektedir. Bu ve buna benzer örneklerin incelendiği veya irdelendiği eserler için bkz. Oren Gross, "The Prohibition on Torture and the Limits of the Law", **Torture: A Collection**, Ed. by Sanford Levinson, Oxford, Oxford University Press, 2004; Henry Shue, "Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 37, Issue 2, pp. 231-239; Alan M. Dershowitz, **Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge**, New Haven, Yale University Press, 2002; David Luban, "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", **Virginia Law Review**, Vol. 91, No. 6, Oct., 2005, pp. 1425-1461; Jean Maria Arrigo, "A Utilitarian Argument Against Torture Interrogation of Terrorists", **Science and Engineering Ethics**, Vol. 10, 2004, pp. 543-572; Jessica Wolfendale, "Training Torturers: A Critique of the 'Ticking Bomb' Argument", **Social Theory and Practice**, Vol. 32, No. 2, April 2006, pp. 269-287; Winfried Brugger, "Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?", **JuristenZeitung**, 55. Jahrg., Nr. 4, 18. Februar 2000, pp. 165-173; Niklas Luhmann, "Are There Still Indispensable Norms in Our Society?", Trans. by Todd Cesaratto, **Soziale Systeme**, Vol. 14, Heft 1, 2008, pp. 18-37; Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights".

¹²⁶ Borowski, "Absolute Rights and Proportionality", s. 398-400; Brugger, "Darf Der Staat Ausnahmsweise Foltern?", s. 89 vd.; Wittreck, "Menschenwürde und Folterverbot", s. 879 vd.

yükümlülüğü doğacaktır.¹²⁷ Bireyin bir temel hakkı başka bir bireyin temel hakkı ile çatıştığında, bireyin (X) temel hakkının kapsamına giren davranışlar, hukuki pozisyonlar ve güvenceler, diğer bireyin (Y) temel hakkının kapsamına giren davranışları, hukuki pozisyonları ve güvenceleri engeller, sınırlar veya herhangi bir şekilde bu davranışlara, pozisyonlara ve güvencelere dokunur. Bu durumda, bir yandan X'in hakkı bakımından devletin negatif edim yükümlülüğü mevcutken, Y'nin hakkı bakımından ise devletin pozitif edim yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Burada önden ve açıkça belirtmek gerekir ki devletin negatif edim yükümlülüğü mutlak bir niteliğe sahip olabilirken, devletin pozitif edim yükümlülüğü mutlak bir niteliğe sahip olamaz.¹²⁸ Mutlak bir hak söz konusu olduğunda, mutlak hakkın devlete yüklediği negatif edim yükümlülüğü, devletin mutlak bir şekilde bu hakka müdahalesinden kaçınmasını gerektirir. Ancak mutlak hakkın devlete yüklediği pozitif edim yükümlülüğünde, devletin bireyi koruma yükümlülüğü (*Schutzpflicht*) belirli bir ölçüde devlete yüklenir. Zira pozitif edim yükümlülüğü, devlete bireyi koruması için belirlenmiş ve tek bir aracı seçmesini gerektirmez. Pozitif edim yükümlülüğü, devletten bireyi koruması için asgari gereklilikleri yerine getirme yükümlülüğünü (*Untermaßverbot*) ve en azından devletin hareketsiz kalmama yükümlülüğünü devlete yükler. Nitekim pozitif edim yükümlülüğü, negatif edim yükümlülüğüne nazaran yasama organına daha fazla takdir alanı bırakır.¹²⁹ Bunun yanı sıra, devlet koruma yükümlülüğündeki koruma amacını gerçekleştirmeye çalışırken, kullandığı aracın da meşru olması gerekmektedir. Bu bağlamda, mutlak bir hakkın pozitif edim yükümlülüğünü yerine getiren bir aracın, başka bir kişinin aynı veya farklı bir mutlak hakkının devlete yüklediği negatif edim yükümlülüğünü ortadan kaldıramaz. Bu bakımdan, yaşam kurtarıcı işkence hukuken mümkün olmadığı gibi işkenceden kurtaran işkence de hukuken mümkün değildir.¹³⁰

¹²⁷ Nitekim hak çatışmalarının yükümlülük çatışması olarak ele alınması gerektiği yönünde bkz. Sibel Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2023, s. 44; Peggy Ducoulombier, "Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 221, dipnot 26; Gustavo Arosemena, "Conflicts of Rights in International Human Rights: A Meta-rule Analysis", **Global Constitutionalism**, Vol. 2, No. 1, 2013, pp. 6-36, s. 8 vd. Aksi yönde bkz. Matthias Uffer, **Die Grundrechtskollision: Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik**, Baden-Baden, Nomos, 2021, s. 58.

¹²⁸ Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 117.

¹²⁹ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 364-366; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 18; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 74 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 70 vd.

¹³⁰ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 147, 323-324, 364-365, 405-406; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 129.

Sonuç olarak, iki mutlak hakkın, mutlak bir şekilde çatışması söz konusu olamaz. Zira devlet için çatışan mutlak hakların birisi mutlak bir negatif edim yükümlülüğü öngörürken, diğeri mutlak nitelikte olamayacak bir pozitif edim yükümlülüğü öngörür. Dolayısıyla mutlak bir şekilde çatışan iki mutlak hak aynı zaman ve çerçevede bir arada bulunamaz.¹³¹

1.1.2. Sınırlandırılabilir Haklar

Sınırlandırılabilir haklar, yazılı olan veya olmayan bir sınırlama normuna/klozuna sahip olan haklardır. Bu bağlamda, sınırlama normlarının/klozlarının nitelikleri ayrıca önem arz etmektedir. Bu tez kapsamında, sınırlama normları bakımından sınırlandırılabilir haklar şu şekilde sıralanabilir:¹³² somut sınırlama normuna tabi olan

¹³¹ Bkz. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 134. Burada aslında bulunan çözüm Han Fei Tzū'nin ortaya koyduğu çözümdür. Fei Tzū, hikayesinde kalkan ve mızrak satan bir satıcıdan bahsetmektedir. Satıcı, kalkanlarını kaldırarak kalkanlarının hiçbir şey tarafından parçalanamayacağını, diğeryandan mızraklarının kaldırarak mızraklarının her şeyi parçalayabileceğini ifade eder. Oradaki bir kişi satıcının mızraklarını, onun kalkanlarını delmek için kullanıldığında ne olacağını sorar. Satıcı cevap veremez. Fei Tzū bu hikâyeden, parçalanmaz kalkan ile her şeyi parçalayabilen mızrağın aynı zamanda bir arada bulunamayacağı sonucuna ulaşır. Bkz. Fei Tzū, **The Complete Works of Han Fei Tzū**, Vol. II, s. 143, 203 vd.

¹³² Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 19 vd.; Borowski, "Limiting Clauses", s. 205-207, 215 vd.; Yutaka Arai, "The System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Pieter van Dijk - Fred van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 4. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006, s. 334 vd.; Francis G. Jacobs, "The "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights", **The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law**, Ed. by Armand de Mestral - Irwin Cotler - Suzanne Birks - Dennis Klinck - Michael Bothe - André Morel, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1986, s. 22 vd.; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 76 vd. Alman anayasa hukuk literatüründe genel olarak sınırlama klozlarında üç tip hak bulunur: i) basit yasa kaydına tabi anayasal haklar, ii) nitelikli yasa kaydına tabi anayasal haklar ve iii) yasa kaydına tabi olmayan anayasal haklar. Bkz. Albert Bleckmann, **Staatsrecht II: Die Grundrechte**, 4. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1997, s. 429 vd.; Piero - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 66-67; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 98-99; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 148 vd.; Michael Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 63 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 25, 42 vd., 123; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 367 vd.; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 53-55; Ingo von Münch - Philip Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 43-46; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 63; Sebastian Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 130-131; Reinhold Zippelius - Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, 31. Auflage, München, C. H. Beck, 2005, s. 187-188; Alfred Katz, **Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht**, 13. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, s. 294, 297 vd.; Christian von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Christoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 22-24; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 53-57; Horst Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 137-138; Christian Hillgruber,

anayasal haklar (1.1.2.1.), soyut sınırlama normuna tabi olan anayasal haklar (1.1.2.2.), genel sınırlama normuna tabi olan anayasal haklar (1.1.2.3.), sadece yasa kaydına tabi olan anayasal haklar (1.1.2.4.), içkin sınırlama normuna tabi olan anayasal haklar (1.1.2.5.). Son olarak da alt-haklar hususu değerlendirilecektir (1.1.2.6.). Sınırlamaların/Müdahalelerin gerekçelendirilmesi ihtiyacı bütün bu haklar için kural olarak aynıdır. Ancak bu haklar arasında, sınırlamaları/müdahaleleri meşrulaştırabilme, diğer bir deyişle sınırlandırılabilirlik bakımından farklılıklar söz konusudur.¹³³

1.1.2.1. Somut Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar

Somut sınırlama normu, bir anayasal hakkı sınırlandıran klozun/norm metninin, sınırlama ölçütlerinin soyut olmadan, oldukça somut şekilde belirlenmesini ifade eder. Nitekim bu tip sınırlama normları, hak kapsamını daraltma benzeri sınırlama (*quasi-tatbestandliche Grundrechtsbegrenzung/delimitation*) olarak da nitelendirilir.¹³⁴

“Grundrechtsschranken”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1038-1039; Michael Kloepfer, **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, München, C. H. Beck, 2010, s. 90-96; Renata Camilo de Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, s. 124-126; Thomas Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, s. 27 vd.; Winfried Kluth, **Grundrechte**, 3. Auflage, Halle, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, 2013, s. 112-113. Starck ise sınırlama kayıtlarına göre 4 anayasal hak tipinin olduğunu belirler. Buna göre, ilk kategoriyi, maddi sınırlamaya tabi anayasal haklar oluşturur. Bu kategorideki anayasal haklar için doğrudan anayasa tarafından geçerli olup olmadığına veya yasa ile somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulup duyulmadığına bakılmaksızın, gençlerin korunması, kişi haysiyetinin korunması gibi öngörülen maddi sınırlar söz konusudur. Bireysel veya toplumsal menfaatleri koruyan bu maddi sınırlar, kural olarak sınırlandıkları anayasal haklara üstün gelmektedir. İkinci kategoride, maddi bir içeriği olmaksızın yasama organına şekli bir yetki veren yasa kaydına tabi olan anayasal haklar yer alır. Bunlar genel olarak basit yasa kaydına tabi anayasal haklardır. Bu hakların sınırlandırılması için gerekli olan maddi hukuk menfaatleri tam olarak sayılmadığından, bu kategorideki haklar şekli yasa kaydına tabi tutulmuştur. Üçüncü kategoride, maddi içeriği bulunmamakla beraber, sınırlı bir şekil şartı olarak genelliğe sahip olan genel yasa kaydına tabi olan anayasal haklardır. Dördüncü kategorideki haklar ise sınırlama kaydına sahip olmayan anayasal haklardır. Christian Starck, “Artikel 1”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 140-141. Bu çalışmada, basit yasa kaydına tabi olan anayasal haklar aşağıda belirtilecek olan sıralamada yer alırken, nitelikli yasa kaydına tabi olan anayasal haklar ise hem somut sınırlama normuna tabi anayasal haklar hem de soyut sınırlama normuna tabi anayasal haklar kategorilerini kapsar.

¹³³ Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1039; Annette Guckelberger, “Schranken der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 32. Ayrıca bkz. **Bölüm 2.3.6.3.**

¹³⁴ Michael Sachs, “Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 230-231. Krş. Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin**

Somut sınırlama normlarının bazıları anayasal hakların kapsamını tahdit ederken, bazıları ise diğer sınırlama normlarına göre somut ölçütler belirler. Bir sınırlama normunda yer alan “kamu yararı”, “kamu düzeni” veya “kamu güvenliği” sınırlama ölçütleri oldukça soyut ve geniş yorumlanabilen terimlerdir. Ancak somut sınırlama normu, hakkın sınırlandırılması için oldukça somut ve dar durumlar yaratır ve bir geniş yoruma izin vermez.¹³⁵ Bu tip bir sınırlama normu için AİHS Madde 2/2 en önemli örnektir.¹³⁶

Yaşamdan yoksun bırakma, aşağıdaki hallerde kesinlikle gerekli olandan daha fazla olmayan güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- a) herhangi bir kişinin yasa dışı şiddete karşı savunmasında;
- b) bir kişinin, yasaya uygun olarak yakalanmasının gerçekleştirilmesinde veya yasaya uygun olarak tutulan kişinin kaçmasının önlenmesinde
- c) bir isyan veya ayaklanmanın bastırılması amacıyla yasaya uygun olarak alınan önlemlerde.

Bu sınırlama klostarı, oldukça sınırlı bir şekilde yorumlanmakta ve kamu otoritelerinin Sözleşme’deki veya yasadaki kriterleri gerçekleştirip gerçekleştirmediğini daha sıkı bir şekilde denetlenmektedir.¹³⁷

AİHS sistemi çerçevesinde somut sınırlama klostuna sahip olan haklara, AİHS Madde 4/2’de düzenlenen zorla veya zorunlu çalıştırma yasağı ve Madde 5’te düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı örnek olarak gösterilebilir.¹³⁸

Alman anayasal sisteminde somut sınırlama klostuna sahip olan hakka örnek olarak Madde 9/1’de düzenlenen örgütlenme özgürlüğü gösterilebilir. Alman Anayasası Madde 9/2, amaçları ve eylemleri, ceza kanununa aykırı olan veya anayasal düzene karşı olan veya uluslararası barış/anlaşma düşüncesine aykırı olan örgütlenmelerin yasaklanacağını öngörür. Bu, hakkın kapsamını tahdit etmeyen bir sınırlama normudur. Alman anayasal sisteminde, bu tip sınırlama klostuna sahip haklara diğer bir

Gerekleri, s. 46-48.

¹³⁵ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 24; Arai, “The System of Restrictions”, s. 342.

¹³⁶ Doktrinde yaşam hakkının sınırlandırılabilir bir hak olmadığı ve fakat mutlak bir hak olduğu, AİHS Madde 2/2’de sayılan durumların, bir sınırlama (*limitation*) değil, bir istisna (*delimitation*) olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. Baskı, İstanbul, Kavram, 1994, s. 51 vd. Ancak bu tezde yapılan ayırım bakımından somut sınırlama klostu aslında, hakkı tahdit eden istisnaları da kapsamaktadır.

¹³⁷ *McCann and Others v. the United Kingdom*, App. No. 18984/91, GC Judgment of 27 September 1995, para. 147-150.

¹³⁸ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 24; Arai, “The System of Restrictions”, s. 342; Sachs, “Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte”, s. 285.

örnek de Madde 13/1’de düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkıdır. Buna göre bu hak, çeşitli şartların gerçekleşmesi sonucunda özellikle gözetim/dinleme gibi önlemlerin alınabilmesi için mahkeme veya hâkim kararını öngörür.

Türk Anayasası’nda, bu tip somut sınırlama klotu, Madde 17/1’de düzenlenen yaşam hakkı için Madde 17/4’te öngörölmüştür. Türk Anayasası Madde 17/4, AİHS Madde 2/2 ile oldukça benzer bir içeriğe sahiptir. Türk Anayasası’nda, somut sınırlama klotuna sahip olan hakka, Madde 18’de düzenlenen zorla çalıştırma yasağı, Madde 19’da düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliğı hakkı, Madde 20/2’de düzenlenen aramaya karşı korunma hakkı, Madde 21’de düzenlenen konut dokunulmazlığı, Madde 22/1’de düzenlenen haberleşme hürriyeti, Madde 23/3’te düzenlenen yurt dışına çıkma hürriyeti, Madde 28/1’de düzenlenen basın hürriyeti, Madde 32/1’de düzenlenen düzeltme ve cevap hakkı ve kısmen Madde 33’te düzenlenen dernek kurma hürriyeti örnek olarak gösterilebilir.¹³⁹

Somut sınırlama klotları ile anayasal sınırlar¹⁴⁰ bazen birleşebilmektedir. Bu sebeple, Alman anayasa hukuk literatüründe, hak kapsamını daraltma benzeri sınırlama olarak da isimlendirilmiştir. Bu anayasal sınırlara en iyi örnek AİHS Madde 4/3’tür. Madde 4/3’te açıkça zorla çalıştırılma sayılmayan haller sayılmıştır. Sayılan bu durumlar, zorla çalıştırma yasağının kapsamından dışlanır ve bu yasağın anayasal sınırını teşkil eder. Aynı şekilde Alman Anayasası Madde 5/3’te öğretim özgürlüğü için öngörölen anayasaya sadakat yükümlölüğü ve Türk Anayasası Madde 27/2’de bilim ve sanatı yayma hakkı için öngörölen Anayasa’nın değişmez maddelerini değiştirmeye yönelik yasak da söz konusu hakların kapsamını tahdit eder.

1.1.2.2. Soyut Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar

Soyut sınırlama normu, norm metninde oldukça geniş yorumlanabilecek terimlere ve sınırlama ölçütlerine yer veren normdur. Soyut sınırlama klotunda yer alan sınırlama ölçütleri oldukça kapsayıcıdır.¹⁴¹ Nitekim bu sınırlama ölçütlerinin veyahut meşru amaçların belirlenmesinde, Sözleşme bakımından devletin ve anayasal

¹³⁹ Her ne kadar Türk Anayasası Madde 20/2, Madde 20/1 ve Madde 22/1’de milli güvenlik ve kamu düzeni gibi soyut sınırlama ölçütleri yer alsa da, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri şartlarının öngörölmesi, bu sınırlama normunu somutlaştırmaktadır.

¹⁴⁰ Bkz. **Bölüm 1.3.1.2.**

¹⁴¹ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 25; Arai, “The System of Restrictions”, s. 334 vd.

sistemler bakımından yasama organının oldukça geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Nitekim AİHM nadiren devletin seçtiği meşru amaca karışmaktadır.¹⁴² Soyut sınırlama klostlarında, “kamu yararı”, “kamu düzeni” ve “kamu güvenliği” gibi sınırlama ölçütlerinin yanı sıra “ulusal güvenlik”, “toprak bütünlüğü”, “genel sağlık” ve “ülkenin ekonomik refahı” gibi terimler de yer alır. Soyut sınırlama normuna tabi olan temel hakların sınırlandırılmasında, anayasal sistemin genel sınırlandırma gerekliliklerinin yanı sıra soyut sınırlama klostunda belirtilen gerekliliklere de uyulması gerekir. Sözgelimi, ifade özgürlüğünü sınırlandırırken, devletin sınırlama klostunda belirtilen sınırlama ölçütlerini de izlemesi gerekir.

AİHS sisteminde soyut sınırlama normuna tabi haklara, Madde 8-11 arasında düzenlenen haklar, Protokol-1 Madde 1’de (P1-1) düzenlenen mülkiyet hakkı ve Protokol-4 Madde 2’de (P4-2) düzenlenen seyahat özgürlüğü, örnek olarak gösterilebilir. Alman Anayasası’nda soyut sınırlama normuna tabi haklar kategorisine, Madde 5’te düzenlenen (düşünceyi) ifade özgürlüğü, Madde 6/2’de düzenlenen çocuğunu yetiştirme hakkı, Madde 11’de düzenlenen hareket ve yerleşme özgürlüğü ve Madde 14’te düzenlenen mülkiyet hakkı girer. Madde 10/1’de düzenlenen haberleşmenin gizliliği de kısmen soyut sınırlama klostuna sahiptir. Türk Anayasası’nda Madde 23/1’de düzenlenen yerleşme ve seyahat hürriyeti, Madde 24/1’de düzenlenen din ve vicdan hürriyeti, Madde 26/1’de düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, Madde 33/1’de düzenlenen dernek kurma hürriyeti, Madde 34/1’de düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve Madde 35’te düzenlenen mülkiyet hakkı, soyut sınırlama normuna tabi haklardandır.

1.1.2.3. Genel Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar

Bazı anayasal sistemler, her hak için inhisari olarak belirlenmiş olan özel sınırlama normu yerine genel sınırlama normu belirlemektedir. Bu durumda, söz konusu anayasal sistemlerde bütün anayasal hakların sınırlandırılması, bu belirlenmiş genel sınırlama normuna göre yapılır. Aslında bu tip genel sınırlama normları, genellikle yapısal olarak soyut sınırlama normlarına tekabül eder. Bu yüzden bu tip sınırlama normları daha geniş yorumlanır ve kapsayıcıdır. Genel bir sınırlama normu

¹⁴² Bu konuda bkz. *Stoll v. Switzerland*, App. No. 69698/01, GC Judgment of 10 December 2007, para. 54; *Görmüş and Others v. Turkey*, App. No. 49085/07, Judgment of 19 January 2016, para. 36-37; *Kaos GL v. Turkey*, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016, para. 57-58. Ayrıca bkz. Hafize Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sınırsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul, Legal, 2019, s. 127 vd.

öngören sistemlere ve genel sınırlama normlarına örnek olarak, Kanada İnsan Hakları Yasası Madde 1, Güney Afrika Anayasası Madde 36 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Madde 52 gösterilebilir.¹⁴³ 2001 değişikliğinden önce 1982 Türk Anayasası katmerli sınırlama sistemine sahipti. Bu dönemde, anayasal haklar bir yandan sınırlama klostlarında yer alan sınırlama ölçütlerine, diğer yandan Madde 13'te yer alan sınırlama ölçütlerine tabi olmuştur.

1.1.2.4. Basit Yasa Kaydına Tabi Olan Anayasal Haklar

Bir norm metninde, hakkın sadece yasayla sınırlanabileceğinden başka bir gereklilik belirtilmemişse, bu durumda sadece yasa kaydına tabi olan bir anayasal hak söz konusudur. Bu durumda sadece yasa kaydına tabi olan anayasal hakların sınırlandırılmasında, devletin ilgili anayasal sistemin belirlediği genel sınırlama gerekliliklerini yerine getirmesi gerekir.¹⁴⁴

AİHS sisteminde bu hakka örnek olarak AİHS Madde 12'de düzenlenen evlenme hakkı gösterilebilir. Alman Anayasası'nda, Madde 2/1'de düzenlenen genel fiil özgürlüğü ve genel kişilik hakkı, Madde 2/2'de düzenlenen yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı, Madde 8/1'de düzenlenen toplantı hakkı, Madde 10/1'de düzenlenen haberleşmenin gizliliği, Madde 12/1'de düzenlenen meslek özgürlüğü basit yasa kaydına tabi olan anayasal haklardandır. Türk Anayasası'nda ise basit yasa kaydına tabi bir anayasal hak bulunmamaktadır.

¹⁴³ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Borowski, "Limiting Clauses", s. 225 vd.; Stuart Woolman - Henk Botha, "Limitations", **Constitutional Law of South Africa**, Ed. by Stuart Woolman - Michael Bishop, 2. Edition, Cape Town, Juta, 2013, s. 31 vd.; Peter W. Hogg, "Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", **The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law**, Ed. by Armand de Mestral - Irwin Cotler - Suzanne Birks - Dennis Klinck - Michael Bothe - André Morel, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1986, s. 4 vd.; Janet L. Hiebert, **Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review**, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996, s. 52 vd.

¹⁴⁴ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 67; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 153-154; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 67; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 25; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 367 vd.; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 53; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 54-55; Arjen van Rijn, "Right to Marry", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 839; Pieter van Dijk, "The Right to Marry and to Found a Family", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006, s. 844-846; Harris - O'boyle - Bates - Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, s. 710; White - Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 395-398.

1.1.2.5. İçkin Sınırlama Normuna Tabi Olan Anayasal Haklar

İçkin sınırlama normuna tabi olan anayasal haklar, herhangi bir sınırlama klozu öngörülmemesine rağmen ilgili anayasal hakkın sınırlandırılabilir olarak belirlendiği anayasal haklardır. Bu tezin konusunu da oluşturan bu haklar, sınırlama klozu olmadığı için sınırlandırılmayan hak olarak sınıflandırılmaz. Norm metni ile norm arasındaki ayrım, bu hakların sınırlandırılabilir bir hak olarak sınıflandırabilmemize imkân tanır. Zira norm metni herhangi bir sınırlama klozu öngörmemesine rağmen bu anayasal hak normları, sınırlandırılabilir bir hakkın anlamına sahiptir. Bu hakların sınırlarını, diğer anayasal normlar ve değerler oluşturur.¹⁴⁵

AlİHS sistemi bakımından içkin sınırlama normuna tabi olan haklar, Madde 6'da düzenlenen adil yargılanma hakları, Madde 13'te düzenlenen etkili başvuru hakkı, Protokol-1 Madde 2'de (P1-2) düzenlenen eğitim hakkı ve Protokol-1 Madde 3'te (P1-3) düzenlenen serbest seçim hakkıdır. Alman Anayasası'nda, doktrin ve içtihatların kabulüne girmeden, Madde 4'te düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü hakkı, Madde 5/3'te düzenlenen sanat ve bilim özgürlüğü, Madde 6/1'de düzenlenen evlilik ve ailenin korunması hakkı, Madde 6/4'te düzenlenen annenin korunması hakkı, Madde 8/1'de düzenlenen kapalı ortamda toplanma hakkı, Madde 9/3'te düzenlenen sendika hakkı ve Madde 17'de düzenlenen dilekçe hakkı içkin sınırlama normuna tabi olan anayasal haklar olarak kabul edilebilir. Türk Anayasası Madde 17'de düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, Madde 20'de düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı, Madde 27'de düzenlenen bilim ve sanat hürriyeti ve Madde 36-38'de düzenlenen adil yargılanma hakları, içkin sınırlama normuna tabi anayasal haklardır.

1.1.2.6. Alt-Haklar

Yapılan bir ayrıma göre, anayasal haklar, sayılan anayasal haklar ve zımni/alt anayasal haklar olarak ikiye ayrılır.¹⁴⁶ Sayılan anayasal haklar, anayasanın açıkça isimlendirdiği anayasal hakları ifade eder. Zımni/Alt anayasal haklar (*unbennante*

¹⁴⁵ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 67; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 157 vd.; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 68-72; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 42 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 394 vd.; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 54-55; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 55-57; Arai, "The System of Restrictions", s. 343; Jacobs, "The "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights", s. 35-36.

¹⁴⁶ Manssen, **Staatsrecht II**, s. 15.

Grundrecht/implied rights)¹⁴⁷, anayasa metninde açıkça sayılmayan ve lafzi olarak belirtilmeyen/belirlenmeyen anayasal hakları ifade eder.¹⁴⁸

Gözler, ne kadar insan fiili varsa o kadar hürriyet olduğundan dolayı bütün özgürlüklerin anayasayla veya pozitif hukuk kurallarıyla tanınması mümkün olmadığını belirtir. Gözler'e göre, özgürlüklerin pozitif hukuk metinlerinde sayılması sınırlı veya tüketici bir sayma değil ve fakat örneklendirerek bir sayma teşkil eder. Dolayısıyla, anayasada sayılan hak listesi, kapalı değil, açık bir listedir.¹⁴⁹ Ancak Gözler'e göre bütün anayasal haklar için geçerli olan bir sınırlama normu olmadan, alt anayasal hakların sınırlanması mümkün değildir. Nitekim Türk Anayasası'nda gerçekleştirilen 2001 tarihli değişiklikte, genel sınırlama ölçütlerinin kaldırılması ile sınırlama ölçütlerinin inhisarılığı gerçekleşmiştir.¹⁵⁰ Gözler'in görüşü uyarınca, Türk Anayasası'nda gerçekleşen bu değişiklikte, sözgelimi bir alt anayasal hak olan sigara içme hakkı, sınırsız ve mutlak bir hak haline gelmiş ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunu anayasaya aykırı hale gelmiştir.¹⁵¹ Sağlam ise genel sınırlama ölçütlerinin yokluğunda alt anayasal hakların, diğer anayasal değerler ile sınırlı olduğunu belirtmiş ve alt anayasal hakların evleviyet kuralı gereğince basit yasa kaydına tabi olması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁵² Farklı görüşlerin, özellikle AİHS çerçevesinde de öne sürüldüğü görülmektedir. Gerek Alman Anayasası gerekse de AİHS, genel olarak liberal hak anlayışından doğan metinler olduğundan, yargısal yorumla yaratılan anayasal haklar ve pozitif yükümlülüklerden doğan anayasal haklar, özellikle Sözleşme bağlamında, zımni haklar (*implied rights*) olarak kabul

¹⁴⁷ Çağlar ise bu terimi "yazısız hürriyetler" olarak adlandırmıştır. Bkz. Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 136 vd.

¹⁴⁸ Manssen, **Staatsrecht II**, s. 15.

¹⁴⁹ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, s. 523-524; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 172-173; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2021, s. 348; Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkın Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 59, Sayı 4, 2001, pp. 53-67, s. 65; Kemal Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1, 1990, pp. 31-67, s. 35. Benzer yönde bkz. Aslı Gölbaşı Dinç, "Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, Sayı 1, 2017, pp. 95-115, s. 102-103.

¹⁵⁰ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 349 vd.; Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları", s. 45 vd.

¹⁵¹ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 348-349; Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri", s. 66.

¹⁵² Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 19, 2002, pp. 288-310, s. 295. Aynı yönde bkz. Dinç, "Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", s. 109 vd.

edilmiştir.¹⁵³ Bu haklar, sonradan Sözleşme/anayasa kapsamına sokulduğundan, mevcut sınırlama normlarına tabi olmayacakları ve fakat içkin sınırlara/zımnî sınırlara sahip oldukları ileri sürülmüştür.¹⁵⁴

Öncelikle burada temel bir yanlış düzeltmek gerekir. Anayasal hakların sağladığı koruma, bireylerin bütün fiillerine, davranışlarına ve pozisyonlarına teşmil etmez. Anayasanın benimsediği insan imgesi¹⁵⁵ ve anayasal hakların geçerliliği, uygulanması ve kullanılması için gerekli olan ön koşullar¹⁵⁶ sebebiyle, anayasal hakların bireylerin sınırsız fiilini ve hareketlerini güvence altına alması mümkün değildir.¹⁵⁷ Bu bağlamda, *in dubio pro libertate* maksiminin anayasal hakların kapsamının yorumlanmasında herhangi bir etkisi yoktur.¹⁵⁸ Anayasal haklar, ancak devletin/anayasanın varlığı ile mümkün olabilir. Gözler'in anayasanın koruması altında gördüğü davranışları, pozisyonları, durumları ve menfaatleri ilgili anayasal hak normlarının metinlerinden elde etme zorunluluğu öngörmemesi, pozitivist hukuk anlayışıyla da uyumsuzdur.¹⁵⁹ Buradan da anlaşılabileceği üzere, anayasada açıkça sayılmayan her özgürlük, davranış, pozisyon, durum ve menfaat, ancak ilgili anayasal hak norm metinlerinden yorumla elde edilebiliyorsa anayasal hakların korumasından yararlanabilir.¹⁶⁰ Zira norm metinlerinde açıkça yer almayan kurallar, ancak norm metinlerinde açıkça yer alan kurallardan türetilir.¹⁶¹ Sözgelimi mahkemeye erişim hakkı, AİHS Madde 6'da

¹⁵³ Laurens Lavrysen, **Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Intersentia, 2016, s. 172.

¹⁵⁴ Arai, "The System of Restrictions", s. 348-350; Lavrysen, **Human Rights in a Positive State**, s. 172. Ayrıca bkz. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, App. No. 9474/81 and 2 others, Judgment of 28 May 1985, Concurring Opinion of Judge Bernhardt, para. 1.

¹⁵⁵ Bkz. **Bölüm 2.2.2.**

¹⁵⁶ Bkz. **Bölüm 2.2.3.**

¹⁵⁷ İnsan imgesi bakımından aksi yönde bkz. Annette Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 42.

¹⁵⁸ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.**

¹⁵⁹ Gözler'in hürriyetin asıl olması karinesini benimsemesi ve bu karinenin anayasal hakların kapsamını belirlemesi bir pozitivist değil doğal hukuk yaklaşımıdır. Gözler'e göre insan, insan olmaktan dolayı hürdür, hürriyet anayasadan veya kanundan kaynaklanmaz. Bkz. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 140 vd. Halbuki, sübjektif bir hak korumasına sahip olmayan bir özgürlüğün hiçbir değeri yoktur. Nitekim sübjektif bir hak niteliği taşıyan anayasal hakların ön koşulu ise devletin varlığı ve birliğidir. Talep edilebilecek bir makamı bulunmayan özgürlük, doğal hukuka ait bir illüzyon ve teoriden ibarettir.

¹⁶⁰ Krş. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 74-75.

¹⁶¹ Riccardo Guastini, "An Exercise in Legal Realism", **Iuris Dictio**, Vol .25, 2020, pp. 37-47, s. 41.

açıkça düzenlenmeyip, yorumla elde edilmiştir.¹⁶² Bir alt-hakkı bir anayasal haktan veya Sözleşme hakkından elde edildiği kabul edildiğinde, söz konusu hak ilgili anayasal hak normunun kapsamı içerisinde değerlendirilir ve bu hak için öngörülen sınırlama rejimine tabi olur.¹⁶³ Bu sebeple, alt anayasal hakların tanımını da yenilemek gerekir: Alt anayasal haklar, anayasa metninde açıkça sayılmayan, lafzi olarak belirlenmeyen/belirlenmeyen ve fakat anayasal hak norm metinlerinden yorumla elde edilebilen hakları ifade eder. Aynı şekilde pozitif edim yükümlülüklerinden doğan anayasal haklar, hangi hak kapsamına dahil edilmişse, o hakkın tabi olduğu sınırlama normu, pozitif yükümlülükler için de geçerli olacaktır. Bu bakımdan, negatif statü hakları gibi pozitif statü hakları da ilgili sınırlama normuna tabi olacaktır. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin pozitif yükümlülüklerle uygulanması bakımından bazı farklılıklar mevcuttur.¹⁶⁴ Dolayısıyla, Gözler tarafından benimsenen “İsimsiz”¹⁶⁵ anayasal haklar teriminde isabet yoktur. Zira bu haklar, anayasa metninde yer alan anayasal haklar

¹⁶² *Golder v. the United Kingdom*, App. 4451/70, 21 February 1975, para. 28, 35-36.

¹⁶³ Krş. *Golder v. the United Kingdom*, App. 4451/70, 21 February 1975, para. 37 vd.

¹⁶⁴ FAYM, Alman Anayasası Madde 1/1 ile bağlantılı olarak Madde 2/1’in genel kişilik hakkının güvence altına aldığını belirterek bir zimni hak oluşturulmuş. Bu genel kişilik hakkı, aslında Alman Anayasası Madde 2/1’de belirtilen sınırlama klotuna tabidir. Bu yönde bkz. *BVerfGE* 65, 1 (43-44) - Volkszählung [1983]; Hans D. Jarass, “Art. 2”, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 80-81; Philip Kunig - Jörn Axel Kämmerer, “Art. 2”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 152; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 137; Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 1002; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 368; Eva Inés Obergefell - Constanze Ulmer-Eilfort, “Allgemeiner Teil”, **Verlagsrecht: Kommentar**, Ed. by Constanze Ulmer-Eilfort - Eva Inés Obergefell, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, Rn. 952. Di Fabio, genel kişilik hakkının sınırlanmasında hem Madde 1/1’in hem de Madde 2/1’in dikkate alınması gerektiğini ileri sürer. Bkz. Udo Di Fabio, “Art. 2 Abs. 1”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 137-138. Krş. Dietrich Murswiek, “Art. 2”, **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 133-134. Pozitif yükümlülükler bağlamında ise, sözelimi Lübke-Wolff, devletin negatif edim yükümlülüğü ile pozitif edim yükümlülüğü arasında bir ayırım yapar. Negatif edim yükümlülüğü söz konusu olduğunda klasik hakkın kapsamı ve sınırlama ve meşrulaştırma şeması içerisinde bir inceleme yapılır. Ancak pozitif edim yükümlülüğü söz konusu olduğunda, pozitif edim yükümlülüğü bireye, negatif edim yükümlülüğünde olduğu gibi *prima facie* bir koruma sağlamaz. Lübke-Wolff’a göre, pozitif yükümlülüğün bireye sağladığı koruma daha sınırlı olduğundan burada bireyin *praforma* hak talebi söz konusu olur. Bkz. Gertrude Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen**, Baden-Baden, Nomos, 1988, s. 17. Bununla birlikte bu tezde, Lübke-Wolff’un yaptığı *praforma* modeli benimsenmemiştir. Lübke-Wolff’un teorisinin eleştirisi için bkz. Martin Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 234 vd.

¹⁶⁵ Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, s. 523-524; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 172-173. Gözler’i takip eden Gölbaşı Dinç de bu terimi tercih etmiştir. Bkz. Gölbaşı Dinç, “Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, s. 95 vd.

tarafından altlanan hakları ifade eder.

Burada alt-hakların/sayılmayan hakların maddi anayasadan elde edilip edilemeyeceğinde bir belirsizlik söz konusudur. Alt-hakların maddi anayasadan elde edilip edilemeyeceği hususu, anayasa metnindeki anayasal hak listelerinin yeterli olup olmadığına bağlıdır. Anayasa metnlerinde oldukça eksik bir hak listesi mevcutsa ve yahut anayasa metninde hiç hak listesi yer almıyorsa, anayasal hakların maddi anayasadan elde edilmesi ve elde edilen bu hakların sınırlama rejiminin mahkemeler tarafından açıkça belirlenmesi gerekir. Bu bakımdan, eksik bir hak listesi bulunan veya hiç hak listesi bulunmayan anayasalarda, sınırlama rejimini açıkça belirlemesi şartıyla, mahkemeler maddi anayasadan anayasal hak türetebilir.

1.2. HAK TEORİLERİ BAĞLAMINDA ANAYASAL HAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasal haklar, özellikle anayasal hakları uygulayan kişilerin ön-anlayışında yer edinen hak teorilerine göre uygulama alanı bulur. Diğer bir deyişle bir anayasal hakkın uygulanması, bu hakkın bünyesinde taşıyabildiği teorilere göre gerçekleşir. Burada hak teorileri, bir anayasal hakkın yorumlanmasını ve hakkın kapsamını değiştirebileceği gibi bu hakkın nasıl sınırlandırılacağına ilişkin kriterleri de değiştirir. Bu bağlamda öncelikle şekli ve maddi anayasal hak teorileri incelenecektir (1.2.1.). Bu genel kategoriye irdedikten sonra, liberal anayasal hak teorisini (1.2.2.), refah devletin anayasal hak teorisini (1.2.3.), kurumsal anayasal hak teorisini (1.2.4.) incelemek ve akabinde bu teorilerin bu çalışmada benimsenen anayasal hak teorisi bakımından neyi ifade edeceğini belirlemek (1.2.5.) gerekmektedir.

1.2.1. Şekli ve Maddi Anayasal Hak Teorisi

Şekli anayasal hak teorisinin özgürlük anlayışı, anayasal hakların açık içeriğinin korunmasına atıfta bulunur. Buna göre, özgür insan, özgürlüğünün temasını, içeriğini ve yönünü kendisi belirler ve özgürlük esasen bireyin özne/sübjektif olarak belirlediği özgürlüktür.¹⁶⁶ Özgürlüğün ne olduğuna yalnızca özgür olması gerekenler karar verebilir.¹⁶⁷ Dolayısıyla, şekli özgürlük, anayasal hakların süjelerinin özerk ve sorumlu bir şekilde karar verme takdiri ile şekillenir. Böyle bir özgürlük, belirli amaçlar

¹⁶⁶ Wolfram Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, s. 55.

¹⁶⁷ Carl Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)", **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**, Ed. by Carl Schmitt, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, s. 167.

ya da hedefler için özgürlük değil, “kendi başına” özgürlüktür. Anayasal hak sahibinin hakkını kullanıp kullanmayacağı ya da hangi amaçla kullanacağı, hak sahibini ilgilendirir ve hak sahibinin kararına bağlıdır. Bu anlamda, özgürlük insanlara özgürlüğü gerçekleştirme şansı verir. Bireysel özgürlük olarak şekli özgürlük, bireylerin kendi eylemlerini kendi tasarladıkları, değerlendirdikleri ve sorumlu oldukları bir anlamı içerir.¹⁶⁸ Buna göre, şekli özgürlük, öznel bir özgürlüktür. Düşünce ve davranış özgürlüğü ile bu düşünce ve davranışın içsel doğruluğu arasındaki ilişki, öznel standartlara göre ölçülür. Liberal anayasal hak teorisi, şekli özgürlük/anayasal hak anlayışına örnek olarak gösterilir.¹⁶⁹ Buna karşılık, maddi bir özgürlük anlayışı, anayasal hakların içeriğini özgürlüğün kendisine değil dayandığı özgürlük dışı konseptlere göre belirler. Bu bağlamda, özgürlüğün içeriği, sözelimi kurumsal, değer temelli veya demokratik anayasal hak teorilerinin uyguladığı nesnel kriterlere göre belirlenir. Ancak özgürlük kavramının nesnelleşmesi ya da somutlaşması farklı şekillerde gerçekleşir.¹⁷⁰

Şekli anayasal hak/özgürlük anlayışı burada yerinde bir yaklaşım olarak gözüксе de bu anlayışın gerçekleştirilebilirliği sorunlu gözükmektedir. Öncelikle şekli anayasal hak anlayışına örnek olarak gösterilen liberal anayasal hak teorisinin, kendi başına özgürlüğü ne kadar benimsediği oldukça belirsizdir. Zira liberal anayasal hak teorisi, büyük ölçüde burjuva sınıfına ve bu sınıfın kazanımlarına dayanmaktadır. Dolayısıyla burada özgürlüğün kendisine değil, burjuva sınıfının özgürlüğüne verilen bir atıf vardır. Bu da liberal anayasal hak teorisinin, maddi anayasal hak teorilerinde olduğu gibi özgürlüğe belirli bir perspektiften baktığını gösterir. Diğer taraftan, özgürlükler/anayasal haklar, onları meydana getiren kullanımını sağlayan ön koşullar¹⁷¹ olmadan vücut bulamaz. Bu bakımdan, somut ve gerçekçi herhangi bir anayasal hak teorisi, maddi bir anayasal hak teorisi olmak zorundadır. Bu anayasal hakların değersizleşmesini ortaya koymaz. Bilakis, anayasal hakların niteliğini doğru bir tartışma eksenine yerleştirmemize imkân tanır. Anayasal haklar, içinde bulundukları anayasal sistem içerisinde değerlendirilebilme imkânı bulur. Nitekim anayasal hak sahipleri de, maddi teorilerin argümanlarını kendi normatif argümanları haline getirerek devlete karşı daha somut taleplerde bulunabilir. Şekli anayasal hak anlayışı ise ilgili anayasal

¹⁶⁸ Erhard Denninger, “Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts”, **JuristenZeitung**, 30. Jahrg., Nr. 18, 19. September 1975, pp. 545-550, s. 545; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 55.

¹⁶⁹ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 55.

¹⁷⁰ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 55-56.

¹⁷¹ Bkz. **Bölüm 2.2.3.**

sistemde benimsenen maddi anayasal hak teorilerine uyduğu nispette geçerli olabilir. Böylece maddi anayasal hak teorileri bünyesinde bir sentez¹⁷² de gerçekleşmiş olur.

1.2.2.Liberal Anayasal Hak Teorisi

Bu bağlamda incelenmesi gereken ilk teori liberal temel hak teorisidir. Devlet ile toplumu bir ideal olarak birbirinden ayıran liberal temel hak teorisi, herkesin kendi mutluluğu ve bireysel çıkarları peşinde koşması koşuluyla, piyasanın depolitize edilmiş alanının arz ve talebi dengeleme mekanizması yoluyla kendi kendini düzenleyebileceği fikrini ifade eden Adam Smith'in "görünmez el" teorisine¹⁷³ dayanmaktadır. Bu bağlamda, devletin hukuk aracılığıyla mümkün olduğunca minimal bir alanı düzenleme gerekliliği ortaya çıkar. Devletin topluma ve iktisadi alana müdahalesi, toplumda yer alan bireylerin ve iktisadi aktörlerin özgürce karar verebilmesini güvence altına almakla sınırlıdır. Böylece bireylere oluşabilecek en büyük özerklik alanı tanınır.¹⁷⁴ Liberal teori, özellikle sözleşme teorisinde kaynağını bulur. Buna göre, sözleşme teorisinde bireyler sözleşme ile bazı haklarını devlete devreder ve fakat bazı haklarını da kendilerinde tutar. Sözleşme ile bağlı olan devlet, bireylerin kendilerinde tuttuğu bu haklara müdahale edemez.¹⁷⁵ Dolayısıyla burada bireyin devlete karşı sahip olduğu ve devleti dışlayan hakları mevcuttur. Devlete karşı bir savunma hattı ortaya koyan bu haklar, bireylerin devletten ayrı kendilerine ait bir bireysel alan oluşturur.¹⁷⁶ Liberal teoride, temel haklar/anayasal haklar, devlete karşı olan savunma/negatif statü haklarıdır (*Abwehrrechte*).¹⁷⁷ Bu şekilde ortaya konan haklar, devlet tarafından meydana

¹⁷² Bkz. **Bölüm 1.2.5.** Aksi yönde bkz. Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 63-64.

¹⁷³ Bkz. Adam Smith, **An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations**, Chicago Press, University of Chicago, 1976, s. 477-478.

¹⁷⁴ Jürgen Habermas, **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, 4. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, s. 477; Jürgen Habermas, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, Trans. by William Rehg, Cambridge, The MIT Press, 1996, s. 396; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 25.

¹⁷⁵ John Locke, "Two Treatises of Government", **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, Ed. by Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 137-138, 154-157, 189-190; Thomas Paine, "Rights of Man", **Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings**, Ed. by Mark Philp, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 1998, s. 119-120.

¹⁷⁶ Jellinek, **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**, s. 82: "Vatandaş, kendisinin hükümdar olduğu bir statüye, devletten ari, iktidarı (*Imperium*) dışlayan bir alana sahiptir. Bu, katı bir şekilde bireysel amaçların tatmininin bireyin özgür eylemi aracılığıyla gerçekleştirildiği negatif statüdür, libertatis statüsüdür."

¹⁷⁷ Carl Schmitt, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, s. 126-128, 157 vd.; Carl Schmitt, **Constitutional Theory**, Trans. by Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, s. 170-171, 197 vd.; Starck, "Artikel 1", s. 104; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 27; Ernst-Wolfgang Böckenförde,

getirilmeyen ve devletten önce olan haklardır. Bu yüzden, bu hakların içeriği, devletin kontrolünün dışındadır.¹⁷⁸ Nitekim devletin bireyin özgürlüğüne müdahalesinin asgariye indirgenmesi, anayasal/temel haklar-sınırlama arasındaki ilişkiyi kural-istisna mekanizmasına dönüştürür.¹⁷⁹

Liberal teoride devletin ihdas ettiği her bir normun, yargı organlarının temel haklar konusunda verdikleri her kararın, devlet tarafından yapılan her müdahalenin sınırlı olması gerektiğinden ve devlet tarafından uygulanan her kontrolün kendisinin kontrol edilebilir olması gerektiğinden dolayı¹⁸⁰ temel hakların içerikleri, özlere ve kapsamı normla veyahut geniş bir anlamda pozitif hukuk ile belirlenmez. Bu hakların içerikleri, devletten önce belirlenen anlamlara sahip olabilir. Nitekim bu hakların gerçekleştirilmesi noktasında devletin herhangi bir yükümlülüğü de yoktur. Bu hakların gerçekleştirilmesi birey ile topluma bırakılmıştır.¹⁸¹ Bu bağlamda, liberal temel hak teorisi, aslında temel hakların kapsamı, içeriği ve sınırlanabilirliği bakımından oldukça bulanık bir görüntü sunar. Diğer yandan, liberal temel hak teorisi, temel hakların oldukça sınırlı bir içeriğini ortaya atar. Zira bu durumda, devletin sözcelimi basın özgürlüğünü sağlamak için basındaki çeşitliliği koruma yükümlülüğü olmayacak, sadece müdahale etmeme yükümlülüğü olacaktır. Aynı şekilde, yaşam hakkının korunmasında, devletin belirli önlemleri alma yükümlülüğü de olmayacaktır.¹⁸²

“Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1974, pp. 1529-1538, s. 1530; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Fundamental Rights: Theory and Interpretation”, **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 269; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The Basic Rights: Theory and Interpretation”, **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, Trans. by J. A. Underwood, New York, Berg, 1991, s. 179.

¹⁷⁸ Schmitt, “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)”, s. 167; Hans H. Klein, “Öffentliche und Private Freiheit: Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit”, **Der Staat**, Vol. 10, No. 2, 1971, pp. 145-172, s. 164; Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1530; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 269-270; Böckenförde, “The Basic Rights”, s. 179; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 288; Georg Jellinek, **Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte**, 2. Auflage, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, s. 57 vd.; Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 82 vd.

¹⁷⁹ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 26-27.

¹⁸⁰ Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten”, **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**, Ed. by Carl Schmitt, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, s. 208-209.

¹⁸¹ Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1530-1531; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 270-272; Böckenförde, “The Basic Rights”, s. 179-182. Ayrıca bkz. Karl-Heinz Ladeur, **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 28 vd., 50 vd.

¹⁸² Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1531-1532;

Nihayetinde liberal teorinin temel sorunu, anayasal haklar tarafından güvence altına alınan özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için gerekli sosyal ön koşullara karşı gözünü kapamasıdır. Liberal hak teorisinin genel ve evrensel niteliği, sadece bir olasılık ortaya koymaktadır ve bu yüzden oldukça soyut kalmaktadır. Normatif olarak bir hakkın gerçekleşmesi için böyle bir olasılık veya soyutluk oldukça yetersizdir. Nitekim özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, bireylerin bazı alanlarda devlete nazaran daha fazla kudrete sahip olabilmesi, bireyin yalnızca devlete karşı değil, aynı zamanda diğer bireylere ve topluma karşı da korunması gerektiğini göstermiştir. Bu özgürlük, ancak birey kendi özgürlüğünü gerçekleştirebilecek gerekli sosyal ön koşullara sahip olduğunda gerçekleşebilir.¹⁸³

Nitekim negatif statü haklarının klasik haklar veyahut birinci kuşak haklar olarak tasnif edilmesi, aslında bu hakların tarihsel niteliğinden değil, sistematik kavranıştaki önceliğinden kaynaklanmaktadır. Özellikle kıta Avrupası'nda temel haklar, salt negatif statü hakları olarak düşünülemezdi. Zira temel haklar ile modern öncesi, liberal olmayan bir devletin ve toplumsal düzenin aşamalı olarak yeniden tasarlanması ve yeni bir temele oturtulması gerekiyordu.¹⁸⁴ Fransız Devrimi sonrasındaki dönemde temel haklar, devleti dışlayan bir savunma aracı olarak değil, toplumun bir bütün olarak yeniden yapılandırılması için yasal bir araç olarak hizmet etmektedir.¹⁸⁵ Nitekim burjuva devletinde söz konusu olan devlet ve (sivil) toplum arasındaki ayrım 20. yüzyılda ortadan kalkmış ve yerini toplumu da düzenleyen total bir devlete bırakmıştır.¹⁸⁶ Total

Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 273; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 183.

¹⁸³ Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1531-1532; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 273; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 183; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Protection of Liberty against Societal Power: Outline of a Problem", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 291; Lorenz von Stein, **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. III, München, Drei Masken Verlag, 1921, s. 104; Peter Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 30, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, s. 70-71; Peter Häberle, "Fundamental Rights in the Welfare State", **Peter Häberle on Constitutional Theory: Constitution as Culture and the Open Society of Constitutional Interpreters**, Ed. by Markus Kotzur, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 48-49; Seyfullah Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 34.

¹⁸⁴ Hasso Hofmann, "Die Grundrechte 1789 - 1949 - 1989", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1989, pp. 3177-3187, s. 3181; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 101.

¹⁸⁵ Rainer Wahl, "Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts", **Der Staat**, Vol. 18, No. 3, 1979, pp. 321-348, s. 321 vd.; Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 35-36; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 101.

¹⁸⁶ Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, s. 79; Katz, **Staatsrecht**, s. 21; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 13-14. Krş. Peter Badura, **Staatsrecht: Systematische**

devlet bugün yaygın olan her şeye kadir olan ve baskı uygulayan devlet anlamına gelmez. Total devlet, devlet ve toplumun iç içe geçmesi anlamında, artık siyasi olarak özgür bir toplumsal alan bırakmayan, aksine total devlete kontrol alanları oluşturan ve aynı zamanda devleti toplumsal güçlere ve onların çatışan çıkarlarına teslim eden bir devlettir.¹⁸⁷ Bu değişim karşısında, klasik hakların artık bireyi tek başına koruyamayacağı açık hale gelir.

Bunun yanı sıra, klasik hakların, negatif edim yükümlülüğünün karşılığı olması, bu hakların devleti tamamen kaçınma yükümlülüğü ile sınırlandırdığı ve bireyi izole ettiğine ilişkin yanlış anlaşılmalara oluşabilir. Ancak tarihsel olarak bakıldığında, sözelimi Amerikan belgelerinde, temel haklar, devletin sınırları değil, siyasi düzenin kurucu unsurları olmuştur.¹⁸⁸ Bu bağlamda, temel haklar/klasik haklar, devletin sınırlamalarına karşı bir savunma oluşturarak, bireyin topluma özgür bir şekilde aktif katılımını sağlamayı amaçlar.¹⁸⁹ Temel hakların siyasi eylem ve bir bütün olarak topluma katılım için “kullanılması” olasılığı, temel dogmatik yapıları ve garanti içerikleri açısından hiçbir şeyi değiştirmez.¹⁹⁰

1.2.3. Refah Devletin Anayasal Hak Teorisi

Pozitif edim yükümlülükleri/Pozitif statü hakları, özellikle koruma yükümlülüğü (*Schutzpflicht*) olmak üzere, negatif statü haklarından/liberal statü haklarından daha eskiye dayanmaktadır. Modern devletin ilk biçimi olan mutlak monarşi, iç savaşın tüm fiili ve potansiyel taraflarına (eski rejimde iktidara ortak olan feodal beylere) boyun eğdirip silahsızlandırarak, gücünü herkesin üzerine çıkararak ve böylece tüm iç çatışmaları nihai otoriteyle karara bağlama yetkisini kendisine vererek iç savaş çözümü kavuşturmuştur. Barış, modern devletin yapısında *a priori* olarak mevcuttur.¹⁹¹

Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 9.

¹⁸⁷ Dieter Grimm, **Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage**, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, s. 25.

¹⁸⁸ Martin Kriele, **Einführung in die Staatslehre: Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates**, 5. Auflage, Opladen, Westdeutscher, 1994, s. 137 vd.; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 101.

¹⁸⁹ Horst Dreier, “Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat”, **JuristenZeitung**, 49. Jahrg., Nr. 15/16, 19. August 1994, pp. 741-752, s. 741 vd.; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 101.

¹⁹⁰ Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 101.

¹⁹¹ Josef Isensee, “Staat und Verfassung”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. II, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 52; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 162; Joseph R. Strayer, **On the Medieval Origins of the Modern State**, 2. Edition, Princeton, Princeton University Press,

Modern devletin yarattığı birlik, vatandaşları arasındaki barışa dayanır. Modern devletin ilk kurucu amacı fiziksel şiddetin yokluğu anlamına gelen barışın toplumda tesis edilmesi ve genel güvenliğin sağlanmasıdır.¹⁹² Devletin koruma yükümlülüğü ile tebaanın itaat yükümlülüğü arasındaki bağlantı, egemen için arketipik bir meşruiyet kaynağıdır. Modern çağın başlangıcında, modern devlet, tebaanın iç güvenliğini tesis etme ve fiziksel varlığını ve haklarını başkalarının tecavüzlerinden koruma iddiasıyla tarih sahnesine girmiştir. Devlet iç egemenliği ve şiddet tekeli ile iç savaşlara, kargaşalara ve merkezi iktidardan ayrı özerkliklere bir son verir ve topluma barışı getirme imkanını elde eder.¹⁹³ Modern devlet, iç savaşın ("*bellum omnium contra omnes*") kurumsal olarak aşılmasıdır. Vatandaşların devlet-dışı şiddetten korunması devletin temel amaçlarından biridir ve Thomas Hobbes'a (1588-1679) göre¹⁹⁴, insanlar devleti ilk etapta bunun için yaratmıştır. Devletin meşruiyetinin tüm nedenlerinin başında güvenlik gelir.¹⁹⁵ Vatandaşın şiddet tekeli devlete bırakması ve devlete itaati, ancak devletin vatandaşını korumasıyla mümkün olur. Vatandaşın sadakat yükümlülüğü ve devletin koruma yükümlülüğü, birbirine bağlıdır. Devletin güvenliği güvence altına alması, ihkak-ı hak yasağının bir karşılığıdır.¹⁹⁶ Güvenliğin sağlanması, itaatin hem ön koşulu hem de sonucudur.¹⁹⁷ Nitekim Hobbes'un bu güvenlik felsefesini John

2005, s. 35 vd.; Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 14.

¹⁹² Isensee, "Staat und Verfassung", s. 52-53.

¹⁹³ Josef Isensee, **Das Grundrecht auf Sicherheit**, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, s. 3 vd.; Gerhard Robbers, **Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion**, Baden-Baden, Nomos, 1987, s. 36 vd.; Josef Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 418-419; Johannes Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 21.

¹⁹⁴ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Oxford, Oxford University Press, 1996, s. 111-112.

¹⁹⁵ Isensee, **Das Grundrecht auf Sicherheit**, s. 3; Klaus Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 932; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 21 vd.; Axel Hopfau, "Einleitung", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 89; Badura, **Staatsrecht**, s. 2.

¹⁹⁶ Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 22. Güvenliğin faydacı düşüncede toplumsal yaşamı meşrulaştırmasına ilişkin bkz. Yılmaz, **İnsan Haklarında Faydacı Teori**, s. 61-62, 68-69. Jeremy Bentham, "Constitutional Code", **The Works of Jeremy Bentham**, Vol. 9, Ed. by John Bowring, Edinburgh, William Tait, 1843, s. 63; Jeremy Bentham, "Principles of the Civil Code", **The Works of Jeremy Bentham**, Vol. 1, Ed. by John Bowring, Edinburgh, William Tait, 1859, s. 303, 307.

¹⁹⁷ Oliver Klein, "Das Untermaßverbot: über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung", **Juristische Schulung**, 2006, pp. 960-964, s. 960; Eckart Klein, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1989, pp. 1633-1640, s. 1635-1636; Hopfau, "Einleitung", s. 89; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen**

Locke'un doğal hukuk öğretisi değiştirmemiş, bilakis bu güvenlik felsefesine fikri bir temel sağlamış ve vatandaşların güvenliğinin, menfaatlerinin ve özgürlüklerinin korunması gereğini¹⁹⁸ tasdik etmiştir.¹⁹⁹ Modern devletin meşrulaştırılmasında, koruma yükümlülüğü öncelikle yaşamla (Hobbes), daha sonra özgürlük ve mülkiyet ile ilgilidir.²⁰⁰ 16. yüzyılda mutlak monarşi çağında atılan bu temel üzerinde, 18. yüzyılda onun yerini alan demokratik anayasal devlet yükselişe geçer.²⁰¹ İlk temel tehlike olan vatandaşların birbirlerine karşı şiddeti kurumsal olarak önlendiğinde, modern devletin bir sonraki görevi tecessüm eder: vatandaşları tecavüzlerinden korumak, yani özgürlüğü güvence altına almak (modern devletin ikinci aşaması). Bu amaç ise temel haklar, kuvvetler ayrılığı ve demokrasi ile gerçekleştirilir. Böylece modern devlet, demokratik bir hukuk devletine doğru dönüşüm geçirir. Gerçekleşen bu liberalleşme ve sanayideki ilerleme ile birlikte ise insanları piyasa toplumunun risklerinden koruma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 19. yüzyılda burjuva hukuk devleti, sosyal güvenliğin tesisini amaç edinerek sosyal hukuk devletine dönüşür (modern devletin üçüncü aşaması).²⁰² Modern devletin bu tarihsel üç amacı bir tür piramit oluşturur. Piramitte yüksekte olan (sonra gelen) alttakine (öncekine) dayanır, ancak yüksekte olan (sonra gelen) alttakini (öncekini) gereksiz kılmaz.²⁰³

Nitekim koruma yükümlülüğü, insan hakları geleneğine, diğer bir deyişle klasik insan haklarına/birinci kuşak haklara yabancı değildir. Erken dönem Amerikan belgelerinde, güvenlik hakkına ilişkin ibareler görülmektedir. 1776 tarihli Virginia Anayasası'nın 3. maddesinde²⁰⁴, hükümetin, halkın ortak yararı, korunması ve güvenliği için kurulduğu ve çeşitli hükümet biçimleri arasında mutluluk ve güvenliği en yüksek derecede sağlayabilenin tercih edilmesi gerekliliği belirtilmiştir. 1784 tarihli New Hampshire Anayasası'nda²⁰⁵ da Topluluğun her üyesinin, yaşam, özgürlük ve mülkiyetinden

Schutzpflichten, s. 21-22; Isensee, **Das Grundrecht auf Sicherheit**, s. 3 vd.

¹⁹⁸ Bkz. Locke, "Two Treatises of Government", s. 108-109, 154-155.

¹⁹⁹ Isensee, **Das Grundrecht auf Sicherheit**, s. 7; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 23.

²⁰⁰ Isensee, "Staat und Verfassung", s. 55.

²⁰¹ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 419; Isensee, "Staat und Verfassung", s. 64.

²⁰² Isensee, "Staat und Verfassung", s. 64.

²⁰³ Isensee, "Staat und Verfassung", s. 64.

²⁰⁴ Bkz. Francis Newton Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. VII, Washington, Government Printing Office, 1909, s. 3813. 1776 tarihli Virginia Anayasası'nda benzer ibareler yer almıştır.

²⁰⁵ 1784 tarihli New Hampshire Anayasası'nın 1. maddesinin 12. bölümü için bkz. Francis

yararlanmasında, Topluluk tarafından korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Burada bir temel hak haline gelen güvenlik hakkı aynı zamanda, vergi ödeme yükümlülüğüne de karşılık gelir. Bireyler, Topluluğun korumasının masraflarına kendi paylarına düşen katkıyı da yapmakla yükümlü kılınmıştır.²⁰⁶ Güvenlik hakkının anayasal güvencelerinin ardında, 17. yüzyıldaki sosyal sözleşmelerin bireyci ve faydacı felsefesinin benimsettiği koruma ve itaat arasındaki sosyo-etik bağlantı yatmaktadır. Bireyler devlet yaşamına geçerek devletin korumasını elde etmek için doğal haklarının bir kısmını bırakır. Bireyler bu korumayı alamazsa, devlete tabiiyet de kaybolur.^{207 208} Düzeni olmayan ve toplumun üyelerinin yaşamlarını korumayan devlet, anarşiye kapı aralar. Nitekim devlet olma durumu, bir devlet düzenini gerektirir ve bu devlet düzeni, zorunlu olarak topluluğun üyelerinin yaşamını koruyan normları talep eder.²⁰⁹

Fransız Devrimi'nde de bu güvenlik hakkının önemi vurgulanmıştır. Sieyes'in 20 ve 21 Temmuz 1789 tarihli Anayasa Komisyonu'na sunduğu yazısında, Hobbes'un felsefesinin teorik temeli yer almıştır. Sieyes, vatandaşın özgürlüğünün olası bütün saldırılara karşı savunulması amaçlanan karşı konulmaz bir güç tarafından güvence altına alınmasını talep etmiştir.²¹⁰ Bu bağlamda, Sieyes, kötü niyetli i) vatandaşları, ii) bireysel memurları, kamu görevlilerini ve devlet aygıtını ve iii) yabancı düşmanları bireysel özgürlüğün düşmanları olarak sayar. Buna göre, ilki devlet otoritesi, ikincisi

Newton Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1909, s. 2455. 1776 tarihli Virginia Anayasası'nın 1. maddesinde benzer ibareler yer almıştır. Bkz. Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. VII, s. 3813.

²⁰⁶ 1784 tarihli New Hampshire Anayasası'nın 1. maddesinin 12. bölümü için bkz. Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. IV, s. 2455.

²⁰⁷ 1784 tarihli New Hampshire Anayasası'nın 1. maddesinin 3. bölümü için bkz. Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. IV, s. 2454. 1780 tarihli Massachusetts Anayasası'nın Başlangıç bölümündeki benzer ibareler için bkz. Francis Newton Thorpe et al.(eds.), **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. III, Washington, Government Printing Office, 1909, s. 1888-1889.

²⁰⁸ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 422.

²⁰⁹ Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 25.

²¹⁰ Emmanuel Joseph Sieyes, "Einleitung der Verfassung", **Politische Schriften 1788 - 1790**, Ed. by Emmanuel Joseph Sieyes, 2. Auflage, Trans. by Eberhard Schmitt - Rolf Reichardt, München, R. Oldenbourg, 1981, s. 247.

iyi bir anayasa ve üçüncüsü ise bir ordu ile önlenebilir.²¹¹ Sieyes'in önerdiği taslakta, koruma yükümlülüğü, insan haklarının bir boyutu olarak kabul edilmektedir. Bu taslağa göre, vatandaşların özgürlüğü, mülkiyeti ve güvenliği her türlü saldırıya karşı üstün bir sosyal korumaya tabi olmalı (Madde IX), bu nedenle başkalarının haklarını ihlal etmeyi düşünen vatandaşlara zorlama uygulayabilecek bir güç yasa ile verilmeli (Madde X) ve herkes aynı korumadan ve aynı güvenlikten yararlanmalıdır (Madde XVIII).²¹²

Sanayi devrimi sonrası sınıflar arası eşitsizliğin had safhaya ulaştığı ve ulusun egemenliğinin kabulüne rağmen halen beyefendilerin kendi aralarından bir beyefendi seçmelerine dayanan bir seçim sisteminin²¹³ söz konusu olduğu bu dönemde, burjuva ve belirli ölçüde aristokrasi sınıfı dışındaki sınıflar, gerçek anlamda bir özgürlüğü elde edemedi. Özellikle işçi sınıfı her ne kadar anayasalarda ve bildirgelerde belirtilen "ulus", "herkes" ve "hiç kimse" gibi terimlerinin içerisinde soyut olarak yer alsa da, somut bir şekilde ne devletin yönetimine katılabilmekte ne de liberal anlamda özgürlüğe veya bireysel alana sahip olabilmekteydi.²¹⁴ Bu bakımdan, gerek Marksist teoriler²¹⁵ gerekse Marksist olmayan diğer teoriler²¹⁶, bu sosyal eşitsizliği göz önüne alarak

²¹¹ Sieyes, "Einleitung der Verfassung", s. 247-248. Ayrıca bkz. Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 422-423.

²¹² Sieyes, "Einleitung der Verfassung", s. 254-255.

²¹³ Maurice Duverger, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergün Özbudun, 4. basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993, s. 18-19.

²¹⁴ Burada Rousseau'nun soyut insan-somut insan ve soyut halk-somut halk ayrımları dikkate alınabilir. Rousseau hem insanı hem de halkı iki anlamda incelemiştir. Bir yanda sosyal sözleşme sonucunda oluşan genel iradeye katılan yönetici yurttaş (soyut insan), diğer yanda ise bu genel iradeye itaat eden yönetilen yurttaş (somut insan) vardır. Bundan dolayı halk da ikiye ayrılmakta, bir yanda yurttaşların oluşturduğu yöneten, egemen olan halk (soyut halk), diğer yanda ise itaat eden, tebaa olan yani yönetilen halk vardır. Bu yüzden, Rousseau halkı hem yöneten hem de yönetilen olarak ele alabilmektedir. Tosun, **Bölgeli Devlet**, s. 107; Mehmet Ali Ağaoğulları, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 2.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s. 78. Bu bağlamda, işçi sınıfı, yalnızca yönetilen halka dahil olan ve genel iradeye itaat eden bir somut insan olarak ortaya çıkmaktadır.

²¹⁵ Bkz. Karl Marx, "Zur Judenfrage", **Werke**, Vol. 1, Ed. by Karl Marx - Friedrich Engels, Berlin, Dietz Verlag, 1981, s. 357 vd.; Karl Marx, "On the Jewish Question", **Collected Works**, Vol. 3, Ed. by Karl Marx - Friedrich Engels, London, Lawrence and Wishart, 1987, s. 156 vd.

²¹⁶ Bkz. Lorenz von Stein, **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. I, München, Drei Masken Verlag, 1921, s. 106 vd.; Lorenz von Stein, **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. II, München, Drei Masken Verlag, 1921, s. 15 vd., 57 vd.; Stein, **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. III, s. 104; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, s. 170 vd.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Lorenz von Stein as Theorist of the Movement of State and Society towards the Welfare State", **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, Ed. by Ernst-

bireylerin devlet eliyle özgürlüğe kavuşturulmaları gerektiğini ortaya koyar.

Liberal teorinin sosyal körlüğüne karşı refah devletinin hak teorisi, bireylerin sosyal koşullarını ve bu koşulların bireylere koyduğu engelleri görür. Bu bağlamda, liberal teorinin aksine refah devletinin hak teorisi, devlete karşı değil devlet aracılığıyla elde edilen bir temel hak yapısı ortaya koyar. 20. yüzyılın ortaya çıkardığı sosyal ihtiyaçlara karşılık gelen bu teori, sosyal hizmetlerle ilgili olarak devletten bireye belirli talep-hakları tanır. Böylece devlet, bireyin kendi özgürlüğünü gerçekleştirmesi için gerekli sosyal koşulları sağlar.²¹⁷

Devlete yüklenen, bireyin kendini gerçekleştirmesi ve özgürlüğünü kullanabilmesi için gerekli sosyal koşulları sağlama yükümlülüğü devletin mali kaynaklarına oldukça bağlıdır. Devlet, elindeki kaynaklar kadarıyla bunu bireye sağlayabilir. Dolayısıyla ekonomik imkânsızlık, refah devletinin hak teorisinin güvence altına alınmasındaki en büyük engeldir.²¹⁸ Diğer yandan devletin elindeki kaynakların dağıtımında, bu kaynakların sınırlı olmasından dolayı zorunlu olarak öncelikler hakkında kararlar verilmek zorundadır. Bu bağlamda, refah devletinin hak teorisinde temel hakların ne ölçüde yerine getirebileceği de ayrıca bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.²¹⁹ Nitekim, refah devletinin hak teorisinde, bireylerin temel haklarını gerçekleştirmek için hangi sosyal koşulların gerekli olduğu, bir bilinmezi teşkil etmektedir.²²⁰

1.2.4. Kurumsal Anayasal Hak Teorisi

Anayasal haklar, birbirlerinden farklı ölçüde, içeriklerinin sunduğu güvencelelerinin yasayla düzenlenmesine ve içeriklerinin belirlenmesine ihtiyaç duyarlar. Kurumsal anayasal hak teorisinde anayasal haklar, yasama organının belirlediği içerikle güvence altına alınır. Nitekim bu hakların korunması, aslında bu anayasa altı yasalarla

Wolfgang Böckenförde, Trans. by J. A. Underwood, New York, Berg, 1991, s. 115 vd.

²¹⁷ Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", s. 70 vd.; Häberle, "Fundamental Rights in the Welfare State", s. 49 vd.; Dieter Suhr, "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", **Der Staat**, Vol. 9, No. 1, 1970, pp. 67-93, s. 83-87; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1535; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 282-283; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 195-196.

²¹⁸ Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", s. 139; Häberle, "Fundamental Rights in the Welfare State", s. 126; Wolfgang Martens, "Grundrechte im Leistungsstaat", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 30, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, s. 30; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1536; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 284; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 197.

²¹⁹ Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1536; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 284; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 197.

²²⁰ Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1536; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 284; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 197.

içeriklerin değişikliğe karşı korunmasından başka bir şey değildir. Bu bağlamda, anayasal haklar bireyi devlete karşı koruyan sübjektif haklara tekabül etmez. Kurumsal teoride anayasal haklar daha çok objektif hukukun bir parçasıdır ve devletin bireye sübjektif hak tanımayan ve fakat belirli bir yaşam alanını güvence altına alan yükümlülüğüdür.²²¹ Bu teoriye göre, “bireysel özgürlük, kurumsal olarak güvence altına alınan yaşam koşullarına, temel hakların kurumsal yanına ve bu hakları geliştiren normatif temele ihtiyaç duyar. Bunlar, bireysel özgürlüğe, yön ve ölçü, güvence ve güvenlik, içerik ve görevini verir.”²²² Böylece, bir kurum olarak özgürlük, yaşam alanındaki sorunun niteliğine bağlı olarak, verili ve temellendirilmiş olarak objektifleştirilir.²²³ Burada artık yasada tanımlanamayan liberal teorinin aksine, kurumsal ve normatif olarak şekillendirilmiş, düzenlenmiş ve objektifleştirilmiş bir özgürlüğü elde ederiz.²²⁴

Nitekim liberal teoriye nazaran standartlaşma ve geliştirme için anayasal hakların kapsamında daha fazla alanı kullanan²²⁵ kurumsal teori, anayasal hakların yasa ile düzenlenmesini, anayasal hakları sınırlamasından ziyade anayasal hakları gerçekleştiren ve gerçekleştirmesine yardımcı olan bir unsur olarak görür. Bu bakımdan, anayasal hakkı sınırlandıran yasa ile anayasal hakkı belirleyen ve şekillendiren yasa arasında bir ayrım yapılır.²²⁶ Halihazırda yasaların öngördüğü kayıtlamalar ve sınırlamalar, güvence altına alınan anayasal hakkın kurumsal olarak bir parçası olduğu için, bunlar, ilgili anayasal hakka yapılan bir müdahale olarak tanımlanmaz. Aynı zamanda anayasal hakkın, yasa ile oldukça sınırlı bir şekilde tanımlanması ve şekillendirilmesi de anayasal hakkın koruması bakımından bir sorun teşkil eder.²²⁷ Kurumsal teorinin

²²¹ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 170 vd.; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 208 vd.; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 28; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 58-60; Sachs, “Vorbemerkung zu Abschnitt I”, s. 41; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 248 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 15-17; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 72-73; Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1532; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 273-274; Böckenförde, “The Basic Rights”, s. 184-185; Hans-Jürgen Papier - Christoph Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte**, 4. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2020, s. 26.

²²² Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 98.

²²³ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 99.

²²⁴ Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1532; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 274; Böckenförde, “The Basic Rights”, s. 185.

²²⁵ Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1532; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 274; Böckenförde, “The Basic Rights”, s. 185.

²²⁶ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 180 vd.; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26-27.

²²⁷ Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1532; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 275; Böckenförde, “The Basic Rights”, s. 186.

oluşturduğu özgürlük anlayışı, özgürlüğü yükümlülüğe giden bir yol olarak görmesine yol açar.²²⁸

Kurumsal teoride anayasal hak, liberal teoriden farklı olarak kendi başına bir amacı teşkil etmez. Anayasal hak, kurumsal teoride anayasal hakkın kurumsal ve objektif anlamının gerçekleştirilmesine özgülenmiştir. Anayasal hakkın kurumsal ve objektif anlamını, kısmen bir görev/yükümlülük oluşturuyorsa, bu durumda, bireyin anayasal hakkını kullanabilmesi için bu görev ve yükümlülüğe uygun olarak anayasal hakkı kullanması gerekir. Bireyin hakkın kurumsal içeriğindeki görev ve yükümlülüğe uygun davranmadığı durumda, birey bu anayasal haktan yararlanamaz.²²⁹

1.2.5. Sentez

Yukarıda da görüleceği üzere, bu teorilerin hiçbirisi, bir anayasal hak sisteminde tek başına kabul edilemezler. Dolayısıyla bu teorilerin bu çalışma kapsamında benimsenen anayasal hak teorisi ve incelenecek anayasal sistemler bakımından ne ölçüde uygulanabileceğini incelemek gerekir.

AlİHS'in hak listesine, Alman Anayasası'nın "Temel Haklar" listesine ve Türk Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri"nde sıralanan haklara bakıldığında, göze çarpan en önemli husus, bu hakların büyük bir çoğunluğunun liberal öğretiden doğan haklar olduğudur. Dolayısıyla bu hakların temel özelliği, bireye devletin müdahalesini dışlama hakkı tanınmasıdır. Liberal haklarda, devletin bir anayasal hakka müdahalesi incelenmektedir. Diğer bir deyişle, burada somut olarak devletin yaptığı bir eylem/edim üzerinden müdahale incelenmektedir. Devletin negatif edim yükümlülüğü, herhangi bir asgari gereklilikler veyahut diğer olasılıklar dikkate alınmadan devletin somut müdahalesinin ilgili anayasal hakkı ihlal edip etmediği veyahut devletin müdahalesini meşrulaştırıp meşrulaştıramayacağı incelenir.

17. yüzyıl ila 20. yüzyıl arasındaki dönemde, sınırlı bir burjuva sınıfı düşünüldüğünde, bu sınıfın özgürlüğünü en fazla sınırlayan hususun devlet olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, 19. yüzyılda, özellikle sanayi devriminden sonra diğer sınıfların hak talepleri ve kazanımlar neticesinde, birçok ülke anayasasında sosyal ve

²²⁸ Prodromos Dagtoglou, **Wesen und Grenzen der Pressefreiheit**, Stuttgart, Kohlhammer, 1963, s. 11; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 101; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1532-1533; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 276-277; Böckenförde, "The Basic Rights", s. 187-188.

²²⁹ Dagtoglou, **Wesen und Grenzen der Pressefreiheit**, s. 11; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 101; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1532; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 275.

ekonomik haklar kısmı belirdi.²³⁰ Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar, sosyalist anayasalar haricinde, liberal hakların yanı sıra sosyal ve ekonomik haklar da program hükümler olarak kalmaya devam etti. Diğer bir deyişle bu hakların gerçekleştirilmesi ve yerine getirilmesi yasamanın takdirine bırakıldı. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra anayasal hakların sübjektif bir hakka dönüşmesi ile liberal haklar talep edilebilir bir hakka dönüştü. Ancak sosyal ve ekonomik haklar neredeyse bütün ülke anayasalarında program hükümler olarak kalmaya devam etti. 20. yüzyılın ikinci yarısındaki bu gelişme, aslında bir uyumsuzluk da ortaya koymuştur. Zira 17-20. yüzyıllar arasında çoğunluk olmayan bir sınıfa hizmet eden liberal hak teorisi, günümüzde bütün bir topluma uygulanan bir anayasal hak sistemi için oldukça yetersiz kalmaktadır.²³¹

Gerçekten de günümüz toplumunda bireyi yalnızca devletin eylemlerine karşı korumak, bireyi oldukça korunmasız bırakmaktadır. Küreselleşme sonrasında, sivil toplum birçok alanda, özellikle ekonomi alanında, devletin önüne geçmiştir. Bu durumda, bireyin sivil topluma karşı korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İşveren ile işçi ve kiralayan ile kiracı arasında olduğu gibi birçok alanda birey, ekonomik olarak eşit olmayan düzlemde yaşama koşullarını oluşturmak zorunda kalmaktadır. Ancak bu durum, sosyal ve ekonomik hakların bir sübjektif hak olarak benimsenmesine yol açmamıştır ve fakat bazı sosyal yükümlülüklerin/pozitif edim yükümlülüklerinin liberal haklara eklenmesine yol açmıştır. Bu eklenme bir açıdan organik bir şekilde gerçekleşirken diğer açıdan yapay bir şekilde gerçekleşir. Sözgelimi, adil yargılanma hakkı liberal bir haktır. Ancak adil yargılanma hakkı, en sade haliyle bile, devletin mahkeme kurmasını bu mahkemelerde görev alacak hakimleri yetiştirmesini ve mahkemeler arasında yetki bölüşümünü gerçekleştirmesini gerektirir.²³² Aynı şekilde, bir gösteri yürüyüşünde kimliği belirsiz bir polis tarafından öldürülen bir kişi olduğunda, devletin etkili bir soruşturma yapması gerekir. Aksi takdirde, bireyin yaşam hakkının koruması, devletin kendi ajanı olan faili soruşturma ve yargılama isteksizliği karşısında güvencesiz kalır. Devlete yüklenen bu tip yükümlülükler, liberal haklara organik bir şekilde bağlanmıştır zira bu yükümlülükler belirli ölçüde, liberal hakkın içeriğini

²³⁰ Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 334 vd.

²³¹ Temel hak ve özgürlük anlayışında yaşanan değişimler için bkz. Oktay Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 19-21; Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 130-136; İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, 5. Basım, İstanbul, Beta, 1987, s. 277 vd.; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 1993, s. 41 vd.

²³² Alastair R. Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Portland, Hart Publishing, 2004, s. 3; Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 662; Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 33.

gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Diğer yandan, bireyler arası ilişkiden devletin sorumlu tutulması, liberal haklara oldukça yabancı bir durumdur. Bir kişinin, kendi evinde veya başkasının evinde birisini öldürmesi dolayısıyla devletin sorumluluğuna gidilebilmesi, bazı şartları gerektirmektedir.²³³ Gerçekten de hak çatışmaları da liberal hak teorisine yabancıdır. Liberal teoride bireyin hakkı, diğer bireylerin haklarıyla sınırlıdır. Dolayısıyla liberal teoriye göre, burada çatışan bir hak yoktur, kişinin özgürlüğünün, başka bir bireye zarar vermesi söz konusu değildir.²³⁴ Bu bağlamda, refah devletinin oluşturduğu pozitif yükümlülükler, anayasal hakların iki kademeli yapısı dikkate alınarak²³⁵, bir yandan hakkın kapsamını genişletir diğer yandan ölçülülük ilkesi gibi anayasal gereklilikler uyarınca hakkın yasaklanan alanını genişletir. Diğer bir deyişle, birbirine zıt bir şekilde bir taraftan devletin müdahale edebileceği alan genişlerken, diğer taraftan da devletin müdahale edemeyeceği alan genişlemektedir.

Refah devletinin hak teorisinde, anayasal hakka yönelen müdahale devletin yapmadıkları veya yapamadıkları üzerinden incelenir. Ancak bu teori, devletin mali kaynaklarının sınırlı olmasından dolayı devletin belirlenmiş, spesifik bir edimi yerine getirmesini gerektirmez. Burada her somut olayda, belirli kriterlerle²³⁶ belirlenen devletin yerine getirmesi gerekli olan asgari yükümlülükler söz konusu olur. Devletin burada ilgili hakkı ihlal etmemesi için bu asgari yükümlülükleri yerine getirmesi yeterlidir.²³⁷

Nihayetinde genel ve soyut bir değerlendirme yapıldığında, anayasal hak teorisinde, bütün anayasal hakların hem liberal teoriyi hem de refah devletinin hak teorisini kaynaştırdığı görülmektedir.²³⁸ Bu kaynaşmada, liberal teorinin daha fazla ağırlığı söz konusu olsa da somut olaya ve ilgili sosyal olguya göre refah devletinin hak teorisi daha ağır hale gelebilmektedir.²³⁹

²³³ Bkz. *Osman v. The United Kingdom*, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 115-116.

²³⁴ Bkz. **Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi – Madde 4**. Ayrıca bkz. Locke, “Two Treatises of Government”, s. 102-103.

²³⁵ Bkz. **Bölüm 1.3**.

²³⁶ Bkz. **Bölüm 1.3.1.4.2**.

²³⁷ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 364-366; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 18; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 74 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 70 vd.

²³⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Henry Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy**, Princeton, Princeton University Press, 1980, s. 35 vd.

²³⁹ Bunun için FAYM’ın *Kürtaj I* ve *Kürtaj II* kararlarına bakılabilir: *BVerfGE 39, 1* - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; *BVerfGE 88, 203* - Schwangerschaftsabbruch II [1993]. Ayrıca bkz. *Von Hannover v. Germany*, App. No. 59320/00, Judgment of 24 June 2004. Krş.

Kurumsal teori de anayasal hak teorisi içerisinde yer bulur. Anayasal hakların kurumsal boyutu, yasama organını yalnızca sınırlayan ve müdahale eden değil, aynı zamanda anayasal hakların kullanımına imkân veren ve kullanımı kolaylaştıran bir konuma taşır. Ancak kurumsal teori hakların kurumsal boyutu ile sınırlı değildir. Her anayasal hakkın kurumsal boyutu olsa da, belirli bazı anayasal hakların konusu sadece kurumlardan oluşur.²⁴⁰ Aile, evlilik, mülkiyet, dernek, sendika, yayın ve basın gibi tanımlanmaları büyük ölçüde yasa ile gerçekleştirilen konulara/içeriklere sahip anayasal haklar kurumsal haklardır.²⁴¹ Mülkiyete ilişkin medeni kanun hükümleri olmadan bireyin anayasada düzenlenen mülkiyet hakkı, içeriği olmayan bir haktır. Kurumsal teori bu hakların yanı sıra genel olarak anayasal hakların yasayla düzenlenmesi ve desteklenmesi ihtiyacına da temel olur. Burada bir yanda şekillenmesi büyük ölçüde yasamaya bağlı olan kurumsal haklar, şekillenmesi oldukça sınırlı ölçüde yasamaya bağımlı olan anayasal haklar arasında bir ayrım söz konusudur. Daha doğru bir deyişle her anayasal hak, birbirlerinden farklı ölçüde, yasa tarafından desteklenmeye ihtiyaç duyar. Yasama organı tarafından kurumsal hakların içeriği/kapsamı büyük ölçüde belirlenir ve gerçekleşmesi sağlanır. Yukarıda da ifade edildiği üzere burada, kurumsal hakkın şekillenmesinde ve belirlenmesinde yasa birincil öneme sahiptir.²⁴² Bununla beraber, anayasal hakkı şekillendiren yasa ile anayasal hakkı sınırlandıran yasa arasındaki ayırmada, anayasal hakkı şekillendiren yasanın hiçbir şekilde sınırlama ifade etmeyeceği yanlış bir çıkarım olur. Sözgelimi toplanma özgürlüğünde, gösteri için yasada bir bildirim gerekliliği öngörülürse, bu yasa, söz konusu gösterinin koluk kuvvetleri tarafından güvence altına alınmasına hizmet edeceği anlamına gelir. Ancak bu gereklilik, bir yandan gösteriye katılanların menfaatlerini korurken, diğer yandan da toplanma özgürlüğünü de sınırlar.²⁴³

Christoph Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 259; Herbert Bethge, "Der Grundrechtseingriff", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 57, Berlin, Walter de Gruyter, 1997, s. 25; Starck, "Artikel 1", s. 100 vd.

²⁴⁰ Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 263.

²⁴¹ Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 269 vd.

²⁴² Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 170 vd.; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 208 vd.; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 200; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 28; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 58-60; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 41; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 38-39; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 248 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 15-17; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 72-73; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26.

²⁴³ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 97, 378-379.

Anayasal hakkın, yasal düzeydeki norm grubu ile oluşan içeriğinin yine yasa ile sınırlandırılabilirliğinin kabulü bazı uyumsuzluklar içermektedir. Bunun temel sebebi, doktrinde yapılan düzenleme-sınırlama ayrımına dayanmaktadır. Bu ayrıma göre temel olarak bir anayasal hakkı belirleyen, kullanımını sağlayan ve temellendiren yasalar, bir sınırlama olarak kabul edilmezken, bir anayasal hakkın kapsamında bireyin hareket alanını ve hukuki pozisyonunu daraltan veya hareket alanına ve hukuki pozisyonuna dokunan yasalar sınırlama olarak kabul edilir.²⁴⁴ Ancak bu çalışma kapsamında bütün anayasal haklar için böyle bir ayrım benimsenmeyecektir. Sınırlama kabul edilmeyen bir düzenlemenin anayasal hakkın kullanımını oldukça zorlaştırma tehlikesi bulunduğundan, anayasal hakka kayıt düşen her yasanın olası bir şekilde sınırlama teşkil edebileceği kabul edilecektir.²⁴⁵ Yalnızca kurumsal anayasal haklarda sınırlama-düzenleme ayrımı bir anlam ifade eder. Kurumsal anayasal hakların nasıl sınırlandırılacağı ise cevaplanması gereken ayrı bir sorunu teşkil eder.²⁴⁶

Sonuç olarak, liberal hak teorisi ile refah devletinin hak teorisi genel olarak anayasal hak siteminde kaynaştırılmıştır. Her anayasal hak, farklı ölçülerde yasal olarak güvence altına alınmaya ihtiyaç duyar. Bu yüzden, kurumsal teori, bütün anayasal hakları farklı ölçülerde etkiler. Ancak kurumsal hak olarak nitelenen anayasal haklar, liberal hak-sosyal hak teori kaynaşmasından farklı bir şekilde sınırlamaya tabi olur ve çeşitli farklılıklar içerir. Bununla birlikte yine de kurumsal anayasal haklar, liberal hak-sosyal hak teorisinin kaynaşımına benzer bir şekilde hem negatif hem de pozitif edim yükümlülüğünü devlete yükler.²⁴⁷

²⁴⁴ Bkz. Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, s. 78-83; Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 18-24; Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", **Anayasa Yargısı**, C. I, Ankara, 1984, pp. 261-271, s. 268; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 250-254; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 60-61; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 128-129; Starck, "Artikel 1", s. 138; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26-27.

²⁴⁵ Aynı yönde bkz. Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97.

²⁴⁶ Bunun için bkz. **Bölüm 2.3.4.2.**

²⁴⁷ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 118 vd.; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 118-119; Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 261; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 283 vd., 300; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 51. Krş. Jan Henrik Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 26. Anayasal hak teorisinde etkin olan bu teorilerin aynı zamanda insan hakları hukukunda oluşan devletin yükümlülük tipolojilerinde de etkili olduğu görülebilir. Bu bağlamda, en fazla kabul gören Eide'nin yükümlülük tipolojisine değinilebilir: i) saygı gösterme yükümlülüğü, ii) koruma yükümlülüğü ve iii) yerine getirme yükümlülüğü. Saygı gösterme yükümlülüğünde devletin, liberal hak teorisinden doğan kaçınma yükümlülüğü/negatif edim yükümlülüğü ortaya

1.3. İKİ KADEMELİ YAKLAŞIM

Anayasal haklar, istisnai nitelikteki mutlak haklar dışında, genel olarak *pro tanto* hak karakterine sahiptir.²⁴⁸ İşkence yasağı, insan onuru ve zorla kölelik ve kulluk yasağı gibi mutlak haklarda, anayasal hak tek kademedan oluşmaktadır. Mutlak hakların kapsamına müdahale edilmesi ile ihlal gerçekleşir.²⁴⁹ Sınırlandırılabilen haklarda

çıkarken, koruma yükümlülüğünde, refah devletinin hak teorisinden doğan müdahale etme/pozitif edim yükümlülüğü söz konusudur. Yerine getirme yükümlülüğü, devletin hem kolaylaştırma ve hem de temel ihtiyaçları sağlama alt-yükümlülüklerini içerir. Bu bağlamda, devletin hem refah devletinin hem de kurumsal hak teorisinden doğan yükümlülükleri, yerine getirme yükümlülüğünde karşılık bulur. Asbjørn Eide, "Economic, Social And Cultural Rights As Human Rights", **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Ed. by Asbjørn Eide - Catarina Krause - Allan Rosas, 2. Edition, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 23-24; General Comment No. 12: Right to Adequate Food, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/2000/22, E/C. 12/1999/11, 1999, pp. 102-110, para. 15; Report on the Right to Adequate Food as a Human Right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur, E/CN. 4/Sub. 2/1987/23, 7 July 1987, para. 66-69. Eide'nin yükümlülük tipolojisine benzer ayırım yapanlar için bkz. Laurens Lavrysen, "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights", **Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century**, Ed. by Yves Haeck - Eva Brems, New York, Springer, 2014, s. 72 vd.; Oliver Schutter, "The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", **Social Economic and Cultural Rights**, Ed. by P. Van der Auweraert - J. Sarkin - J. Vande Lanotte - T. De Pelsmaker, Portland, Marklu Publishers, 2002, s. 209; G.J.H. van Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", **The Right to Food**, Ed. by Philip Alston - Katarina Tomaševski, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 106; Ida Elisabeth Koch, **Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 14 vd.; David Harris - Michael O'Boyle - Ed Bates - Carla M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013, s. 19; Jean-François Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to Implementation of European Convention on Human Rights**, Belgium, Council of Europe, 2007, s. 5. Farklı bir tipoloji için bkz. Shue, **Basic Rights**, s. 52. Ayrıca genel olarak bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. II, s. 669-675.

²⁴⁸ Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 982. Ayrıca bkz. **Bölüm 1.1.1.1**.

²⁴⁹ David L. Faigman, "Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice", **Virginia Law Review**, Vol. 78, No. 7, 1992, pp. 1521-1580, s. 1526 vd.; Janneke Gerards - Hanneke Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, No. 4, pp. 619-653, s. 622-625; Gerhard van der Schyff, **Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights**, Nijmegen, WLP, 2005, s. 12, 18 vd.; Gerhard van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 66; Laurent B. Frantz, "The First Amendment in the Balance", **The Yale Law Journal**, Vol. 71, No. 8, 1962, pp. 1424-1450, s. 1434-1435; Stefan Sottiaux, **Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution**, Oxford, Hart Publishing, 2008, s. 35-37; Frederick Schauer, "Speech and "Speech"-Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language", **Georgetown Law Journal**, Vol. 67, No. 4, April 1979, pp. 899-934, s. 905 ve 33 no'lu dipnot.

ise bir hakkın kapsamına giren bir müdahale veya hareketsiz kalma, doğrudan anayasal hakkın ihlaline yol açmayacaktır. Bu durumda, bir yanda devletin müdahale edebileceği veyahut hareketsiz kalabileceği bir alan, diğer yanda devletin müdahale edemeyeceği veya hareketsiz kalamayacağı diğer alan olmak üzere anayasal haklar iki kademededen oluşur.²⁵⁰ Bu bakımdan öncelikle, devletin müdahale etmesi veya hareketsiz kalması halinde, ilgili anayasal hakkın korumasını tetikleyen hakkın kapsamı/koruma alanı (1.3.1.), ikinci olarak, doktrinde yapılan düzenleme-sınırlama ayırımı (1.3.2.) ve sonrasında bu müdahalenin veya hareketsiz kalmanın, anayasal gereklilikler karşısında dokunamayacağı yasaklanan alan (1.3.3.) incelenecektir.²⁵¹

Burada kısmen anayasal hak inceleme şeması da ortaya çıkmış olmaktadır. Alman anayasal hak dogmatikinde, devlete negatif yükümlülük yükleyen haklar bakımından yapılan inceleme 3 aşamalıdır. Buna göre ilk aşamada, bir davranışın veya hukuki pozisyonun hakkın kapsamına girip girmediği incelenir. Bu ilk aşama hakkın kapsamı/koruma alanı (*Schutzbereich/Grundrechtstatbestand*) olarak ifade edilir. İkinci aşamada, devletin müdahalesinin bir sınırlama teşkil edip etmediği incelenir. Burada klasik sınırlama (*klassischer Eingriff*) kavramı ve sonrasında geliştirilen daha geniş kapsamlı müdahale (*Beeinträchtigung*) kavramı tebellür eder. Burada devlete atfedilebilir bir müdahale olup olmadığı incelenir. Üçüncü aşamada ise devletin müdahalesini, mevcut anayasal gereklilikler (şekli anayasallık incelemesi ve maddi anayasallık incelemesi (genellik, belirlilik, ölçülülük vs.)) bakımından meşrulaştırıp

Ayrıca bkz. **Bölüm 1.1.1.3.**

²⁵⁰ van der Schyff, **Limitation of Rights**, s. 11-12, 29 vd.; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 66-68; Moshe Cohen-Eliya - Iddo Porat, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 2, 2010, pp. 263-286, s. 163; Barak, **Proportionality**, s. 19 vd. Ayrıca bkz. Oktay Uygun, "Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi", **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, Ed. by Oktay Uygun, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 317. Bu iki kademeli yaklaşımın eleştirisi için bkz. Bradley W. Miller, "Justification and Rights Limitations", **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**, Ed. by Grant Huscroft, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s. 93 vd.; Dreier, "Vor-bemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 103; Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehr-rechte**, s. 14, 25 vd., 100.

²⁵¹ Burada "alan" tabirinden, anayasal hakların bu iki kademesinin de katı sınırlara sahip olan iki ayrı bölge olduğu düşünülmemelidir. Zira buradaki iki kademe de daha çok klasik özgürlük anlayışındaki, geleneksel bireysel alan-devletin alanı ayırımına denk düşer. Bu çalışma kapsamında farklı bir terim kullanılmak istenmediğinden dolayı bu terimler kullanılacaktır. Bununla beraber, anayasal hakların iki kademesi de soyut niteliklidir ve anayasal yorumlanması ve anayasanın gerekliliklerine ve somut vakaya bağlı olarak hem hakkın kapsamının hem de yasaklanan alanın hudut ve sınırları değişmektedir.

meşrulaştıramadığı incelenir.²⁵² Alman anayasal hak doktrinde bu anayasal hak şeması temel olarak devletin negatif edim yükümlülükleri için öngörülmüştür. Pozitif edim yükümlülükleri, negatif edim yükümlülüklerinden belirli ölçülerde farklılaşsa da bu inceleme şeması, pozitif edim yükümlülükleri için de kullanılabilir.²⁵³

²⁵² Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 25 vd.; Hans D. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 22-23; Hans D. Jarass, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 120, No. 3, 1995, pp. 345-381, s. 359 vd.; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 305 vd.; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 437; Katz, **Staatsrecht**, s. 293 vd.; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 399-400; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 57 vd.; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 78 vd.; Klaus Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 790-794; Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 108 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 115 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 92-93; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 180 vd.; Friedhelm Hufen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 64 vd.; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 9, 15-16, 18; Starck, "Artikel 1", s. 137 vd.; Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 27; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 127; Katz, **Staatsrecht**, s. 293 vd.; Eike Albrecht - Benjamin Küchenhoff, **Staatsrecht**, 3. Auflage, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2015, s. 220 vd.; Ekkehart Stein - Götz Frank, **Staatsrecht**, 19. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 217; Franz-Joseph Peine, "Der Grundrechtseingriff", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 89, 91; Michael Klopfer, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, Bd. II, Ed. by Christian Starck, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, s. 406 vd.; von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", s. 14 vd.; Uwe Volkmann, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", **JuristenZeitung**, 60. Jahrg., Nr. 6, 18. März 2005, pp. 261-271, s. 265 vd.; Uwe Volkmann, "Allgemeine Grundrechtslehren", **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 1082 vd.; Ulrich Battis - Christoph Gusy, **Einführung in das Staatsrecht**, 6. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2018, s. 367 vd.; Herbert Bethge, "Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 118; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 66 vd.; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 28-29; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 11 vd., 14-15; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 121 vd.; Hans-Ulrich Gallwas, **Grundrechte**, 2. Auflage, Berlin, Luchterhand, 1995, s. 28 vd. Merten, Alman anayasal dogmatığında benimsenen üçlü şemanın dörtlü şema olması gerektiğini belirtir. Ona göre bu şema şu şekildedir: (i) hakkın kapsamı, (ii) müdahale (iii) müdahalenin sınırlama ve sınırlama kaydıyla meşrulaştırılması (iv) sınırlamanın sınırlarına uygunluk. Detlef Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 13-14. Benzer yönde bkz. Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 81-82. Katz ise sınırlama aşaması ile meşrulaştırma aşamasının sistematik olarak ayrılmasının mümkün olmadığını kabul eder ve fakat yine bu ayrımın korunması gerektiğini ileri sürer. Katz, **Staatsrecht**, s. 301.

²⁵³ Klein, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", s. 1638; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 439; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 982; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 23; Jarass, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", s. 373 vd.;

Sözleşme organlarının (ve onu takip eden Türk Anayasa Mahkemesi'nin) da aslında bu üçlü sınırlama dogmatikini kabul ettiği görülmektedir. Buna göre, ilk aşamada, hakka kamu makamları tarafından müdahale edilip edilmediği incelenir. İkinci aşamada ise devletin müdahalesinin/sınırlamasının mevcudiyeti incelenir. Hakka bir müdahalenin bulunduğu kabul edildiğinde, sınırlamanın Taraf Devlet tarafından meşrulaştırılıp meşrulaştırılmadığı incelenir.²⁵⁴ Bununla birlikte, AİHS bakımından benimsenen hak dogmatikinde ikinci aşama olan sınırlamanın/müdahalenin mevcudiyeti aşamasının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.²⁵⁵ Ancak Sözleşme organlarının ilk dönem kararlarında sınırlama aşamasını incelediği görülmektedir.²⁵⁶ AİHM'in sonraki kararlarında bu aşama daha çok hakkın kapsamı ile iç içe geçmiştir. Ancak zımni olarak bu değerlendirme yapılmaktadır. Hakka bir müdahalenin vuku bulduğu kabul edildiğinde, üçüncü aşamada bu müdahalenin yasayla öngörülüp öngörülmediği, meşru amaçların/sınırlama ölçütlerinin izlenip izlenmediği ve bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı incelenir.²⁵⁷

Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 115 vd.; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 82; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 30; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 27. Krş. Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 363-364, 428-429; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 75 vd.; von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 41 vd.

²⁵⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, İstanbul, Legal, 2005, s. 1281 vd.; Grabenwarter/Pabel ise Alman anayasal hak dogmatikinde kabul edilen inceleme şemasının, AİHS'in yüklediği negatif yükümlülükler bakımından aynen geçerli olduğunu ileri sürer. Bkz. G Christoph Grabenwarter - Katharina Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 145 vd. Benzer yönde bkz. Thilo Marauhn - Katrin Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 369 vd.

²⁵⁵ Ehlers AİHM'in yaptığı incelemenin FAYM'ın uyguladığı şekilde şematik olmamakla birlikte genel olarak iki aşamadan oluştuğunu belirtir. İlk aşamada, Sözleşme'de güvence altına alınan bir hakka müdahale olup olmadığı incelenir. İkinci aşamada, bu müdahalenin meşrulaştırılıp meşrulaştırılmadığı incelenir. Ehlers, Alman doktrin ve içtihatlarında yerleşmiş olan sınırlama aşamasının ise burada ikinci aşamada yer alacağını belirler. Bkz. Dirk Ehlers, "Allgemeine Lehren der EMRK", **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, Ed. by Dirk Ehlers, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2014, s. 62 vd. Bu yönde bkz. van der Schyff, **Limitation of Rights**, s. 14 vd.; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 65 vd.; Gerards - Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 622 vd.

²⁵⁶ *X. v. the United Kingdom*, App. No. 7154/75, Decision of 12 July 1978; *X. v. Austria*, App. No. 8278/78, Decision of 13 December 1979, para. 3; *McFeeley v. the United Kingdom*, App. No. 8317/78, Decision of 15 May 1980, para. 80; *Godfrey v. the United Kingdom*, App. No. 8542/79, Decision of 4 February 1982, para. 8; *Seven Individuals v. Sweden*, App. No. 8811/79, Decision of 13 May 1982, para. 3; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, App. No. 9310/81, Judgment of 21 February 1990, para. 38.

²⁵⁷ Sözelimi bkz. *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 43 vd.; *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, App. No. 2899/66 and 2

Bu çalışma kapsamında, Alman anayasal hak dogmatikindeki ilk iki inceleme aşaması olan hakkın kapsamı ve sınırlama aşamaları, belirli ölçülerde birleştirilerek hakkın kapsamı aşamasında incelenecektir.²⁵⁸ Bu aşamaların birleştirilmesinin ve uygulamada iç içe geçmesinin temel sebebi ise müdahale/sınırlama kavramının oldukça genişlemesidir. Son aşama olan meşrulaştırma aşaması ise, özellikle bir müdahalede bulunması gereken maddi anayasal gereklilikler bağlamında bir sonraki bölümde incelenecektir.²⁵⁹

1.3.1. Hakkın Kapsamı

Hakkın kapsamı/koruma alanı (*Schutzbereich/Grundrechtstatbestand*)²⁶⁰, anayasal hakkın düzenlendiği normun uygulanma koşulu olan *protasis*'ini²⁶¹ ifade eder. Diğer bir deyişle, anayasal hakkın korumasının tetiklenebilmesi ve hukuki sonucu olan *apodosis*'ini²⁶² gerçekleştirebilmek için somut vaka kapsamında devletin hareketinin veya hareketsizliğinin anayasal hakkın kapsamına giren bir konuda (*Schutzgegenstand*) gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁶³ Bu bakımdan, hakkın kapsamı, aynı zamanda

others, Judgment of 18 June 1971, para. 93; *Golder v. the United Kingdom*, App. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 43 vd.; *Kokkinakis v. Greece*, App. No. 14307/88, Judgment of 25 May 1993, para 36 vd.; *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, App. No. 7601/76; 7806/77, Judgment of 13 August 1981, para. 58 vd. Türk Anayasa Mahkemesinin benzer inceleme şeması için bkz. *Emin Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/2602, Karar Tarihi 23.01.2014, para. 56 vd.; *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/3986, Karar Tarihi 02.04.2014, para. 40 vd.; *Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/4705, GK Karar Tarihi 29.05.2014, para. 53 vd.; *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 41 vd.; *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 35 vd.; *Tuğba Arslan Başvurusu*, Baş. No. 2014/256, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 61 vd.; *Esra Nur Özbey Başvurusu*, Baş. No. 2013/7443, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 53 vd.; *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015, para. 120 vd.

²⁵⁸ Sınırlama aşamasına ilişkin kısmi bilgiler için bkz. **Bölüm 1.3.1.4.**

²⁵⁹ Bkz. **Bölüm 1.4.**

²⁶⁰ Bu iki kavramın normatif olarak karşılaştırılması için bkz. Stemmler, **Das “Neminem-lae-dere-Gebot”**, s. 25 vd.

²⁶¹ Koşul tümcesi.

²⁶² Sonuç tümcesi.

²⁶³ Bu aslında klasik bir normatif cümleyi ifade eder. Buna göre, normatif cümle bir yanda koşul (*Tatbestand*), diğer yanda ise bu fiile/koşula bağlanan hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) olmak üzere iki unsurdan oluşur. Bkz. Josef Esser, **Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates: Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie**, Wien, Springer, 1949, s. 136-137; Karl Larenz - Claus-Wilhelm Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. Auflage, Heidelberg, Springer, 1995, s. 71-74; Franz Bydlinski, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, 2. Auflage, Wien, Springer, 1991, s. 196-197; Michael Sachs, “Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 3 vd.; Thomas Vesting, **Rechtstheorie**, München, C. H. Beck, 2019, s. 22-24; Matthias Jestaedt, “Maßstäbe des Verwaltungshandelns”, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe

anayasal hakların mevcut bir vakaya uygulanabilirliğini belirler. Temel olarak, anayasal haklar, belirli davranışları, halleri, alanları, kurumları, hukuki pozisyonları ve hukuki menfaatleri kapsamına alır.²⁶⁴ Bu bağlamda hakkın kapsamının belirlenmesi (1.3.1.1.) özel bir önem arz eder. Bu belirlemede anayasal sınırlar da bir rol oynar (1.3.1.2.). Bunun yanı sıra hakkın koruma alanında hak sahibinin sahip olduğu negatif ve pozitif özgürlük (1.3.1.3.) ve nihayetinde devlete yüklenen negatif ve pozitif edim yükümlülüğü (1.3.1.4.) de incelenmelidir.

1.3.1.1. Kapsamın Belirlenmesi

Anayasal hakkın kapsamının nasıl belirlendiğini göstermeden önce hakkın kapsamıyla ilgili olarak iki yaklaşımdan bahsetmek gerekir. Bunlardan birincisi, geniş yorum yaklaşımı iken, diğeri dar yorum yaklaşımıdır (1.3.1.1.1.).²⁶⁵ Bu yaklaşımlar

Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2010, s. 333 vd.

²⁶⁴ Klaus Stern, "Einleitung: Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 45; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 79 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 120-121; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 24; Jarass, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", s. 360; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 82; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 128; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 3 vd.; Gallwas, **Grundrechte**, s. 28; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 22; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 41; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 46.

²⁶⁵ Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 46-48; Helmut Goerlich, "Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines", **The Constitution of the Federal Republic of Germany**, Ed. by Ulrich Karpen, Baden-Baden, Nomos, 1988, s. 52-53; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 69-73; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 280-299; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 202-217. Alman anayasa hukuk doktrininde geniş yorum yaklaşımını benimseyenler için bkz. Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 280 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 202 vd.; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 46-48; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 327 vd.; Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 87 vd.; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 126-129; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 175 vd.; Michael Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 515 vd. 528 vd.; Di Fabio, "Art. 2 Abs. I" (2022), s. 22 vd.; Wolfgang Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 43, No. 2, 2004, pp. 167-202, s. 174 vd.; Matthias Cornils, "Allgemeine Handlungsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 1182 vd. Dar yorum yaklaşımını benimseyenler veya geniş yorum yaklaşımını benimsemeyenler için bkz. Wolfgang Rübner, "Grundrechtskonflikte", **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, Bd. II, Ed. by Christian Starck, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, s. 455 vd.; Josef Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", **Bürger - Richter - Staat: Festschrift für Horst Siedler**, Ed. by Everhardt Franßen, München, C. H. Beck, 1991, s. 48 vd.; Dietrich Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", **Der Staat**, Vol. 45, No. 4, 2006, pp. 473-500, s. 495 vd.; Uwe Volkmann,

açıklandıktan sonra bu tez bakımından anayasal hakların kapsamı konusunda benimsenen görüş (1.3.1.1.2.) belirtilecektir.

1.3.1.1.1. Dar ve Geniş Yorum Yaklaşımı

Anayasal haklar bakımından ileri sürülen dar ve geniş yorum yaklaşımlarını incelemeden önce dar ve geniş yorumun neyi ifade ettiğini incelemek gerekir. Dar ve geniş yorum, bir norm metninden elde edilebilecek olası anlamların kapsamına ilişkin kavramlardır. Dar yorum, diğer olası anlamlardan daha dar bir kapsama sahip olan bir anlam tercihini, geniş yorum ise diğer anlamlar arasında daha geniş olan anlam tercihini ifade eder. Bu bakımdan dar yorum, bir norm metninin ifade edebileceği olası anlamlar bütünlüğü içerisindeki çekirdek/merkezi alan ile örtüşürken, geniş yorum, bu çekirdek alana eklenen çevresel alana da karşılık gelir.²⁶⁶ Dar yorum söz konusu olduğunda, çatışan anayasal haklar ve diğer anayasal değerler büyük ölçüde bir sınırlama değil, anayasal hakkın kapsamını tahdidi olarak kabul edilmektedir. Geniş yorum söz konusu olduğunda ise çatışan bu anayasal değerler ve menfaatler, anayasal hakkın kapsamını daraltmamakta yalnızca anayasal hak tarafından korunan somut menfaat ile dengelemeye girmektedir.²⁶⁷

Dar ve geniş yorum kapsamında öncelikle bu iki görüşün bayraktar savunucuları olan Müller ve Alexy kısaca incelendikten sonra (1.3.1.1.1.1.), özellikle 2000'lerde FAYM'ın kararlarıyla bu tartışmayı ve hatta Mahkemenin benimsediği anayasal hak dogmatikğine ilişkin bir değişimi gündeme getiren görüşler (1.3.1.1.1.2.) ele alınacaktır.

1.3.1.1.1.1. Müller versus Alexy

Klatt ve Meister'a göre, dar yorumların birden çok sakıncaları mevcuttur. Buna göre ilk olarak dar yorumlama yaklaşımı, dengelemeden arı gözüксе bile aslında daha çok argümanların karşılaştırılmasına dayandığından bir dengeleme sonucunda dar yorumun sonucunu teşkil eder. Dolayısıyla dar yorumda aslında dengeleme gizli bir

"Freiheit und Gemeinschaft", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2006, s. 372-374; Starck, "Artikel 1", s. 137 vd.; Christian Starck, "Artikel 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 179; Detlef Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 216 vd.; Wolfgang Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", **Basistexte: Grundrechtstheorie**, Ed. by Ino Augsberg - Sebastian Unger, Baden-Baden, Nomos, 2012, s. 319 vd.; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 991 vd.

²⁶⁶ Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 174.

²⁶⁷ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 451-452.

şekilde gerçekleşir ve bir mahkemenin argümantasyonunda izlenebilir değildir. Nitekim dengelemenin hakkın kapsamı aşamasında gerçekleştiği varsayımında, kavramsal ve yapısal bir ayırım olan kapsam ve meşrulaştırma ayırımında kusurlar meydana gelir.²⁶⁸ Burada gizli dengeleme, devletin hakka yaptığı sınırlandırmaları meşrulaştırma gerekliliğini arka plana iter. Geniş yorumun sağladığı *prima facie* korumanın yerini, yargısal keyfilik alır.²⁶⁹ Geniş yorumu benimseyen Alexy, hakkın kapsamı ile ilgili en önemli iki kuralı şöyle ifade eder:²⁷⁰

1. Konuyu hakkın kapsamına sokabilecek yeterlikte, en azından bir niteliğe sahip olan her şey, diğer niteliklerine bakılmaksızın hakkın kapsamına girer.
2. Kapsamı tanımlayan kavramların semantik alanı²⁷¹ içerisinde, geniş yorumlama benimsenir.

Dar yorum yaklaşımını benimseyen en önemli düşünürlerden biri Friedrich Müller'dir.²⁷² Müller'e göre, her anayasal hakkın güvencesi, kendi hukuki niteliği dolaısıyla maddi olarak sınırlı bir şekilde belirlenir. Bu bağlamda, anayasal haklar, norm metninin ifade ettiği, gösterdiği veya açıkça varsaydığı norm alanının (*Normbereich*) maddi normatif kapsamını güvence altına alır. Böylece, sınırlamanın belirlenmesi ile içeriğin belirlenmesi aynı anlama gelir.²⁷³ Anayasal hakların madde metinlerinde geçen "inanç", "vicdan", "düşünce", "sanat", "bilim", "evlilik" ve "aile" gibi ibareler, maddi normatif kapsamın esasını meydana getirir.²⁷⁴ Bu bakımdan, bir anayasal hak, yalnızca kendi içeriğine özgü olan hak kullanımını kapsamına alır ve fakat kendi içeriğine

²⁶⁸ Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 46-47; Gerards - Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 627-628; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 283 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 204 vd.; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 72-73.

²⁶⁹ Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 48; Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights", s. 141; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 73.

²⁷⁰ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 291; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 210.

²⁷¹ Alexy'nin kullandığı "semantik alan" terimi için bkz. Robert Alexy, **Recht, Vernunft, Diskurs**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, s. 24 vd.

²⁷² Müller'in görüşünü benimseyenler için bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 57-58, 172; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 18, 26, 124-125; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü**, s. 47 vd.

²⁷³ Friedrich Müller, **Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, s. 32-33

²⁷⁴ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 40-42; Friedrich Müller, **Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation**, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, s. 202 vd.

özgü olmayan hak kullanımını kapsamına almaz.²⁷⁵ Müller'e göre, anayasal hakkın norm alanının yapısı ile hakkın kullanımı arasında maddi bağlantı eksik olmadığında, söz konusu kullanım biçimi hakka özgü olmaktadır.²⁷⁶ Bununla beraber, hakkın kullanımı ile dışsal bir bağlantı kuran ve zaman zaman pratiğe yansıyan hareketler, anayasal hakkın norm alanına ait değildir.²⁷⁷ Nitekim Müller, hakka özgü kullanım bakımından daha yüksek bir standart belirler. Ona göre, maddi olarak belirlenen norm alanı için yapısal olarak gerekli veya temel olan kullanım biçimleri, hakka özgü olabilir.²⁷⁸

1.3.1.1.1.2. Anayasal Hakların Geniş Kapsamından Dar Güvence İçeriğine: Anayasal Hak Dogmatığında Bir Değişim Mi?²⁷⁹

Dar ve geniş yorum yaklaşımları, FAYM'ın 2000'li yıllarda verdiği kararlar bakımından doktrinde ciddi tartışmalar meydana gelmiştir. Bu bağlamda, öncelikle, FAYM'ın bu kararları kısaca açıklanacak (1.3.1.1.1.2.1.), akabinde ise doktrinde özellikle Hoffmann-Riem ile Kahl arasında gerçekleşen tartışmalar ve her iki tarafın da kullandığı argümanlar (1.3.1.1.1.2.2.) özetlenecektir.

1.3.1.1.1.2.1. Dar Yorumu Benimseyen Kararlar

Alman anayasa hukukunda, anayasal hakların kapsamına ilişkin tartışma, temel olarak 1984 yılında *Zürich Spreycisi*²⁸⁰ kararında patlak vermiş ve daha sonra 2002 yılında *Glikol*²⁸¹ ve *Osho*²⁸² kararlarından sonra alevlenmiştir. Bununla birlikte dar yorum yaklaşımının benimsendiği kararlar bunlarla sınırlı değildir. *Zürich Spreycisi* vaka-sında, şikâyetçi, Zürich'te 100'den fazla kamu ve özel binalarının dış cephelerine bazı figürleri spreylemesi sonucunda, ertelemesiz 9 ay hapis cezasına ve 101.534,60 İsviçre frangı tutarındaki hasarın tazminine mahkûm edilmiştir. İsviçre makamları,

²⁷⁵ Friedrich Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, s. 59; Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 73 vd., 88, 93 vd.

²⁷⁶ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 100.

²⁷⁷ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 75. Ayrıca bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 50.

²⁷⁸ Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 99. Ayrıca bkz. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 281; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 203.

²⁷⁹ Başlık Kahl'ın burada incelenen makalesinden alınmıştır. Bkz. Wolfgang Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, Vol. 43, No. 2, 2004, pp. 167-202.

²⁸⁰ *BVerfG*, *NJW*, 1984, pp. 1293-1295, s. 1293 vd. - Auslieferung des "Sprayers von Zürich" an die Schweiz.

²⁸¹ *BVerfGE* 105, 252 - Glykol [2002].

²⁸² *BVerfGE* 105, 279 - Osho [2002].

Almanya’da yaşayan şikâyetçinin iade edilmesini talep etmiştir. Bu bağlamda, şikâyetçi, Alman Anayasası Madde 5/3 tarafından korunan sanat özgürlüğü hakkını ileri sürmüştür. Şikâyetçinin davranışlarının sanatsal olarak nitelendirildiğini belirten Mahkeme, sanat özgürlüğü hakkının kapsamının, en başından itibaren, üçüncü kişilerinin mülkiyetinin izinsiz kullanımını veya bu mülkiyete zarar vermeyi içermediğini belirtmiştir.²⁸³ Burada Mahkeme, şikâyetçinin davranışlarının sanatsal niteliğini hiçbir şekilde değerlendirmemiştir. Yalnızca vakaya konu olan davranışın Alman Anayasası Madde 5/3’te güvence altına alınan sanat özgürlüğü hakkı tarafından kapsanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

2001 tarihli *Love Parade* vakasında²⁸⁴, başvurulardan biri, Berlin’de 1989’dan beri her yıl gerçekleştirilen, tamamen müziksel bir etkinlik olan, ortak bir toplanma amacı veya bir ifade beyanı içermeyen “Love Parade” ismindeki organizasyonu/toplanmayı yine gerçekleştirmek istemektedir. Başvuruculardan diğeri ise yine aynı isimle müziksel, Berlin’in kültürel politikasını eleştiren broşürlerin dağıtıldığı ve fakat herhangi bir konuşmanın planlanmadığı bir etkinlik gerçekleştirmek istemektedir. Her iki başvuru da, kamu makamları tarafından, bu toplanmaların, Alman Anayasası Madde 8 bağlamında bir toplanma olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.²⁸⁵ Mahkeme’ye göre, toplanma özgürlüğü, anayasal önemini, kamusal düşünce oluşumuna/kamuoyunun oluşumuna verdiği katkı ile Alman Anayasası’nın oluşturduğu özgür demokratik düzende bulur. Kamusal düşünce oluşumuna katkı, toplanma hakkının kapsamı olarak belirlenmiştir. Mahkeme vaka ile ilgili olarak, bir müzik ve dans etkinliğinin, bu vesileyle belirli görüşler de ifade edildiği için Madde 8 anlamında bir toplanma haline gelmeyeceğini belirtmiş ve sonuç olarak kamu makamlarının ve yerel mahkemelerin değerlendirmelerini ve kararlarını yerinde bulmuştur.²⁸⁶

Oturma Eylemi III vakasında²⁸⁷, iki farklı oturma eylemi söz konusudur. Bunlardan birincisi, Wackersdorf ilçesinde yeniden işleme tesislerinin inşasının planlandığı inşaat alanında, diğer tarafta ise İsviçre’ye girmek ve Mülteciler Yüksek Komiserliği ile müzakere etmek isteyen Roma ve Sinti toplulukları otobanda oturma eylemi

²⁸³ BVerfG, NJW, 1984, pp. 1293-1295, s. 1294 - Auslieferung des “Sprayers von Zürich” an die Schweiz.

²⁸⁴ BVerfG, 1 BvQ 28/01, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001.

²⁸⁵ BVerfG, 1 BvQ 28/01, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 2-10.

²⁸⁶ BVerfG, 1 BvQ 28/01, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 14 vd.

²⁸⁷ BVerfGE 104, 92 - Sitzblockaden III [2001].

yapmıştır. Her iki oturma eylemine katılan başvuruçular için para cezası verilmiştir.²⁸⁸ Kamusal düşünce oluşumuna katkı şartını yineleyen²⁸⁹ Mahkeme, Wackersdorf oturma eylemini, Madde 8 tarafından güvence altına alınan toplanma içerisinde değerlendirmiştir. Burada oturma eylemine katılanlar, projeye karşı olduklarını ifade etmek, nükleer enerjinin tehlikelerine dikkat çekmek ve bu bağlamda inşaat çalışmalarını sembolik olarak durdurmak için toplanmışlardır.²⁹⁰ Mahkeme, otobandan yapılan oturma eyleminde, en azından birincil olarak, bir görüş ifade etmeye veya kamuoyunun dikkatini çekmeye çalışılmadığını belirtmiştir. Sulh mahkemesinin bulgusuna göre, Roma ve Sinti topluluklarının oturma eyleminin amacı, İsviçre'ye girişleri reddedildikten sonra, Mülteciler Yüksek Komiserliği ile bir toplantı yapmak ve ülkeye girmeye zorlamaktır. Bu bulguyu kabul eden FAYM, Madde 8'in, fikirlerin oluşumuna katılımı koruduğunu, ancak kişinin kendi taleplerini icbarla veya başka bir şekilde zorlamasını korumadığını belirlemiştir. Bu bakımdan, otoban oturma eylemi, toplanma hakkının kapsamında yer almaz.²⁹¹

Glikol vakasında, Gençlik Aile ve Sağlık Bakanlığı, şarap imalathanelerin ismini de vererek, dietilen glikol barındıran şarapları ve diğer ürünleri listelemiştir. Normalde antifriz ve kimyasal çözücü olarak kullanılan bu maddeyi, Bakanlık yaptığı incelemeler sonucunda özellikle Avusturya ve Almanya şarap imalathanelerinde imal edilen şaraplarda tespit etmiş ve bunları listeleyerek ilan etmiştir. Şikâyetçiler, Bakanlığın bu işlemi dolayısıyla Alman Anayasası Madde 12/1'de güvence altına alınan meslek özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.²⁹² Ancak FAYM, meslek özgürlüğü hakkının, içerik bireysel rekabetçi pozisyonlar üzerinde dezavantajlı bir etkiye sahip olsa bile, piyasa katılımcılarının rekabetçi davranışları için önemli olabilecek, piyasada doğru ve gerçeğe dayalı bilgilerin yayılmasına karşı koruma sağlamadığını belirtmiştir. Anayasal hak normları, kişinin kendi kamusal imajına ilişkin ve piyasada sınırsız bir girişimci itibarına ilişkin münhasır bir hak vermez. Madde 12/1, şirkete başkaları tarafından sadece görülmek istediği veya kendisini ve ürünlerini gördüğü gibi temsil edilme hakkı vermez. Devletin verdiği piyasayla ilgili bilgiler, rekabetle ilgili faktörler üzerindeki etkinin, bilgilendirme eylemi için yasal gerekliliklere uygun olarak piyasa koşullarını bozmadan gerçekleşmesi şartıyla, şikâyetçilerin anayasal

²⁸⁸ BVerfGE 104, 92 (93 vd.) - Sitzblockaden III [2001].

²⁸⁹ BVerfGE 104, 92 (104) - Sitzblockaden III [2001].

²⁹⁰ BVerfGE 104, 92 (104) - Sitzblockaden III [2001].

²⁹¹ BVerfGE 104, 92 (105) - Sitzblockaden III [2001].

²⁹² BVerfGE 105, 252 (253 vd.) - Glykol [2002].

hakların güvence alanına müdahale etmez.²⁹³

Osho vakası ise 1960'lardan sonra Almanya'da görülmeye başlanan ve "tarikat", "gençlik tarikatları", "gençlik dinleri", "sapık tarikatlar", "sapık gruplar" vb. şekilde ifade edilen gruplarla ilgilidir. 1996 yılında, Alman Federal Meclisi, "Tarikatlar ve sapık gruplar" adlı bir soruşturma komisyonu kurmaya karar vermiştir. Şikâyetin sebebi, Alman Federal Meclisi'nde sorulan üç kısa soruya yönelik olarak Federal Hükümetin verdiği cevaplar, Federal Hükümetin, Federal Meclis Dilekçe Komisyonu'na verdiği rapor ve Gençlik Aile ve Sağlık Bakanının yaptığı bir konuşmadır. Burada, Bhagwan-Shree-Rajneesh hareketi için "yeni gençlik tarikatları", "sapık tarikatlar", "gençlik dinleri", "yıkıcı dini tarikatlar", "tarikat", "kurtuluşun sözde doktrinleri" ve "sözde din" ifadeleri yer almıştır.²⁹⁴ FAYM, Madde 4/1'de güvence altına alınan, din, inanç ve kanaat özgürlüğü hakkının, bir dini veya ideolojik topluluğu ayrımcı, çarpık ve lekeleyici/alçaltıcı ifadelerle karşı koruyacağını belirtmiştir. Mahkeme, burada, "tarikat", "gençlik tarikatı", "gençlik dini" ve "sapık tarikat" ifadelerinin din, inanç ve kanaat özgürlüğü hakkının kapsamına müdahale etmediğini belirlemiştir. Bu ifadelerin, lekeleyici/alçaltıcı veya yanlış beyanlar olmadığını ve ilgili dini topluluğun eylemlerinden elde edilen olgusal bilgilerin bir parçası olduğunu ve devlet organlarının bu ifadeler bakımından dini ve ideolojik tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal etmediğini belirtmiştir.²⁹⁵

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer vaka ise *Kesim* vakasıdır. Bu vakada, Hayvan Koruma Kanunu'nun 1986 yılındaki değişikliği ile yürürlüğe giren sıcak kanlı hayvanların önceden bayıltılmadan kesilmesi yasağı ile ilgilidir. Bununla birlikte, Kanun, dini nedenlerle özel izin/muafiyet olasılığını sağlar. Yahudi kasaplar, bu özel izinleri alırken, Türk vatandaşı ve Müslüman olan ve kasap dükkanını işleten başvurucuya bu izin verilmemiştir.²⁹⁶ Başvurucu burada, diğer haklarının yanı sıra Madde 4/1'de güvence altına alınan din, inanç ve kanaat özgürlüğünün de ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, kasap olarak yerine getirilen kesim fiilini, dini bir uygulama olarak kabul etmemiştir. Nitekim şikâyetçi yalnızca Alman vatandaşlarına tanıyan Alman Anayasası Madde 12'de düzenlenen meslek özgürlüğü hakkından da yararlanamamıştır. Ancak Mahkeme, burada Madde 4/1'i de destekleyici bir şekilde

²⁹³ BVerfGE 105, 252 (265 vd.) - Glykol [2002].

²⁹⁴ BVerfGE 105, 279 (280 vd.) - Osho [2002].

²⁹⁵ BVerfGE 105, 279 (294-298) - Osho [2002]. Bununla birlikte, Mahkeme, Osho topluluğuna atfedilen "yıkıcı" ve "sözde din" ifadeleri bakımından, devletin bu tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal ettiğine ve dolayısıyla yalnızca bu ifadeler bakımından Madde 4/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. BVerfGE 105, 279 (298 vd.) - Osho [2002].

²⁹⁶ BVerfGE 104, 337 (338 vd.) - Schächten [2002].

kullanarak²⁹⁷, Madde 2/1'de düzenlenen genel fiil özgürlüğü bakımından bir inceleme yapmıştır.²⁹⁸

1.3.1.1.2.2. Dar-Geniş Yorum Tartışmasında İkinci Perde

Özellikle bu dönem kararlarından sonra, FAYM'ın benimsediği anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin dogmatikte değişiklik yaptığı veya bir geçiş sürecine girdiği ileri sürülmüştür.²⁹⁹ Yukarıda belirtilen *Zürich Spreycisi* dışındaki kararlara da imzasını atmış ve anayasa mahkemesi hâkimi olan Wolfgang Hoffmann-Riem, Müller'e benzer şekilde, anayasal hakların belirli bir gerçeklik alanı/yaşam alanı üzerinde temellendiğini ileri sürer. Anayasal haklar, bu gerçeklikte ve bu gerçeklikle etki eder. Bununla birlikte, anayasal haklar saf gerçekliği değil, normatif olarak seçilen ve yapılandırılan gerçekliğin bir kesitini içerir.³⁰⁰ Hoffmann-Riem'e göre, özgürlük yalnızca devlete karşı olan bir özgürlük değildir artık. Anayasal haklar, gerçek özgürlüğü güvence altına alma objektif hukuk amacını da içerir.³⁰¹ Gerçeklik alanından bu şekilde normatif olarak süzülerek anayasal hakların güvence altına alınan içeriği (*Gewährleistungsgehalt*) elde edilir. Anayasal hak normlarının güvence altına alınan içeriği, anayasal hakların uygulanabildiği konuyu ilgili anayasal hakka bağlar ve anayasal hakların içerdiği menfaatleri ve kapsamını belirler.³⁰² Anayasal hakların güvence alanının belirlenmesi somutlaştırma ile gerçekleşir. Bu somutlaştırma ise büyük ölçüde düzenleme ile sınırlama arasında yapılan ayımla belirlenir.³⁰³

Dar yorum yaklaşımını benimseyen yazarların argümanlarından birisi fiili sınırlamayı da kapsayan geniş kapsamlı sınırlama, önemli ölçüde belirsizliğe ve işlevsel bozukluklara yol açtığından, sınırlamaların anayasal hak incelemesine girme sıklığı

²⁹⁷ Ayrıca bkz. Augsberg - Augsberg, "Kombinationsgrundrechte", s. 544 vd.

²⁹⁸ BVerfGE 104, 337 (345-346) - Schächten [2002].

²⁹⁹ Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 174-175; Volkman, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", s. 261; Dietrich Murswiek, "Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe: Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26. 6. 2002", **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2003, pp. 1-8, s. 8; Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", s. 500; Christoph Möllers, "Wandel der Grundrechtsjudikatur: Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2005, pp. 1973-1979, s. 1973 vd.

³⁰⁰ Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 319-320.

³⁰¹ Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 320-321.

³⁰² Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 320.

³⁰³ Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 322-323. Böckenförde ise anayasal hakların kapsamının belirlenmesinde tarihsel yoruma öncelik vermiştir. Bkz. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 42, No. 2, 2003, pp. 165-192, s. 181 vd., 186-187.

düşürülmelidir.³⁰⁴ Burada daha da önemli olan gerekçe, “dengeleme tuzağı” nedeniyle birçokları için oldukça şüpheli olan davranışların sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasına geçişinden kaçınılması gerekliliğidir. Anayasal hakların kapsamlarının daha geniş bir şekilde benimsenmesi, anayasal hakların birbirleriyle çatışma noktalarını ve dengeleme ihtiyacını artırmaktadır. Nitekim dengeleme, öznel değerlendirmeler, yasal belirsizlik ve keyfilik için açık bir kapıdır. Anayasal hakların incelenmesini, öngörülemez, sezgisel ve mantıksız hale getirir.³⁰⁵ Aynı zamanda, dengelemenin bu kadar merkezi bir yer edinmesi ise kuvvetler ayrılığı ilkesini, hakimlerin lehine ve yasama ve yürütme organlarının aleyhine bozar.³⁰⁶ Dar yorum için gösterilen bir başka gerekçe de anayasal hakların geniş yorumlanmasının kaçınılmaz bir şekilde geniş sınırlara yol açmasıdır.³⁰⁷ Aynı zamanda anayasal hakların kapsamına bağlı olarak sınırlarının genişlemesi sonucunda, anayasal hakların merkezi alanı zayıflamaktadır. Anayasal hakların içeriği boşaltılarak ve banallaştırılarak, anayasal hakların özünün kaybolması riski ortaya çıkmaktadır.³⁰⁸

Bu dönemde, özellikle Wolfgang Kahl, geniş yorum yaklaşımını savunmuştur. Kahl öncelikle, anayasal hakların kapsamının süjeye göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Nesnelliğin sınırları içerisinde bireyin kendini anlama ölçütü önemlidir. Bu bağlamda, bir davranışın birey için ne kadar gerekli olduğu, bireyin sübjektif durumu dikkate alınarak belirlenir.³⁰⁹ Kahl’a göre, anayasal hakların kapsamının daraltılarak, anayasal hak sisteminde boşluğa yol açılır. Bunun, bir davranışın, yaşam alanına mı yoksa anayasal hakkın güvence altına alınan içeriğine mi girdiği gibi belirsiz bir soruya

³⁰⁴ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, s. 332 vd.;

³⁰⁵ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, s. 165, 190; Bernhard Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, s. 134-135; Murswiek, “Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?”, s. 476-478.

³⁰⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, **Der Staat**, Vol. 29, No. 1, 1990, pp. 1-31, s. 24 vd.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights”, **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 258 vd.

³⁰⁷ Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, s. 168 vd.; Di Fabio, “Art. 2 Abs. I”, (2022), s. 22, 42-43. Aynı zamanda bkz. *BVerfGE* 6, 32 (38) - Elfes [1957].

³⁰⁸ Hoffmann-Riem, “Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?”, s. 317-319, 330-332; Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken”, s. 175.

³⁰⁹ Wolfgang Kahl, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt”, s. 184-185. Bu Grimm’in karşı oyuyla karşılaştırılabilir. Bkz. *BVerfGE* 80, 137 (164) - Reiten im Walde [1989].

bağlı olması büyük bir sorun teşkil eder.³¹⁰ Kahl'ın ileri sürdüğü argümanlardan en önemlisi ise rasyonellik ve şeffaflıktır. Geniş yorum yaklaşımında, anayasal hakların incelenmesinin belirli alanlara/kademelere bölünmesi, devletin müdahaleleri için devlete yüklenen müdahalesini meşrulaştırma yükümlülüğünü³¹¹ sistematik hale getirmesini ve özellikle müdahalenin ölçülülük incelemesinden geçmesini sağlar. Nitekim geniş yorum yaklaşımının ya da klasik yaklaşımın sunduğu alanlar, yapılacak altlamanın disipline edilebilirlik ve kontrol edilebilirlik düzeyini yükseltir ve dolayısıyla daha fazla rasyonel ve şeffaflık ortaya koyar.³¹² Ancak, hakkın kapsamını tahdit eden (*Begrenzung*³¹³) yaklaşımda, rasyonelite eksikliği vardır. Bu yaklaşım daha fazla rasyonel iddia ederken, irasyonelitenin bir kaynağı haline gelir.³¹⁴

1.3.1.1.2. Sonuç: Anayasal Hakların Normatif Kapsamı

Bu çalışma kapsamında benimsenen anayasal hakların normatif kapsamını göstermek için öncelikle geniş ve dar yorum yaklaşımlarının zararları ortaya konacaktır (1.3.1.1.2.1.). Bu itibarla, *in dubio pro libertate* yaklaşımı da sorgulanacaktır (1.3.1.1.2.2.). Ayrıca anayasal hakların hermeneutik yapısı çerçevesinde yaşam alanı ve hakkın kapsamı arasında ayırım yapılacak ve yaşam alanının hakkın kapsamına olan etkileri incelenecektir (1.3.1.1.2.3.). Son olarak ise hakkın kapsamının somut

³¹⁰ Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 186.

³¹¹ Bkz. Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164

³¹² Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 189; Kathrin Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, s. 229-230; Wolfgang Kahl, "Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 131, No. 4, 2006, pp. 579-620, s. 610-611. Aynı yönde bkz. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 328-329.

³¹³ Alman anayasa hukuk doktrininde hakkın kapsamının daraltılması, genel olarak *Grenzen*, *Begrenzung* isimleri veya *begrenzen* fiili ile karşılanırken, anayasal hakların sınırlanması *Eingriff*, *Schranken*, *Einschränkung* isimleri veya *einschränken* vb. fiiliyle, kimi yazarlar ise daha hafif bir kavram olan *Beeinträchtigung* ismi ile bunu karşılar. *Begrenzung* ile bir davranışın, anayasal hakkın kapsamında başından itibaren bulunmadığı ve bu yüzden içeriden yapılan bir daraltma ifade edilir. *Schranken* kavramı ile dışarıdan gerçekleştirilen bir daraltma ifade edilir. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 9; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 35-36; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 51 vd.; Pieteroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 59-60; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 202 vd.; Sebastian Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungssordnung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, s. 10-12; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 30-31. Bu tez kapsamında, hakkın kapsamının daraltılması, diğer bir deyişle *Begrenzung* kavramı tahdit kavramıyla, *Schranken*, *Einschränkung* kavramları sınırlama kavramıyla ve son olarak *Beeinträchtigung* kavramı ise müdahale kavramı ile ifade edilecektir.

³¹⁴ Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 191.

bazı vakalarda nasıl belirlendiği gösterilecektir (1.3.1.1.2.4.).

1.3.1.1.2.1. Geniş ve Dar Yorum Yaklaşımlarının Zararları: Üçüncü Yolumun Mümkünlüğü

Geniş yorum yaklaşımı, anayasal hakkın kapsamını genişlettiğinden dolayı devletin ilgili anayasal hakka müdahale imkanları artar ve müdahale alanını genişletir. Böylece hakkın kapsamı ile beraber hak için öngörülen sınırlama klozu da geniş yorumlanır. Bununla birlikte, devletin müdahale alanının genişlemesi devletin her müdahalesini meşrulaştırması gerekmesi ile sonuçlanır. Diğer bir deyişle, müdahale alanının genişlemesi ile devletin müdahalesini meşrulaştırma gerekliliği de artar.³¹⁵ Dar yorum yaklaşımında ise anayasal hakkın kapsamı tahdit edildiğinden dolayı, devletin ilgili hakka müdahale imkanları azalır ve müdahale alanını daraltır. Anayasal hakkın kapsamı dar olduğundan, devletin hareketi veya hareketsizliği anayasal hakkın kapsamı ile kesişmez.³¹⁶ Bununla beraber, bu hareket veya hareketsizlik, anayasal hak kapsamı geniş yorumlandığında, hakka müdahale teşkil edip devletin bu müdahaleyi anayasal gerekliliklere göre meşrulaştırması gerekirken, anayasal hak dar yorumlandığında bu hareket veya hareketsizlik bir müdahale teşkil etmediğinden dolayı devletin bunları meşrulaştırma gereği de olmaz. Ancak geniş yorumda sınırlanması daha kolay olan zayıf bir hak yapısı mevcutken, dar yorumda sınırlanması daha zor olan ve güçlü bir hak yapısı meydana gelir.³¹⁷

³¹⁵ Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 110; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 988; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 20; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 47-48; Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights", s. 141; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 73; Goerlich, "Fundamental Constitutional Rights", s. 52-53.

³¹⁶ Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 20; van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 70-71; Goerlich, "Fundamental Constitutional Rights", s. 52-53.

³¹⁷ van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights", s. 73; Goerlich, "Fundamental Constitutional Rights", s. 52-53; Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", s. 168 vd.; Udo Di Fabio, "Art. 2 Abs. I", (2022), s. 22, 42-43; Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 317-319, 330-332; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 42; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 147, 230; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 988; Johann Friedrich Henschel, "Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG", **Neue Juristische Wochenschrift**, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1990, pp. 1937-1944, s. 1940; Thomas Vesting, "§ 35 III BauGB zwischen Umweltschutz und Kunstfreiheit", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1996, pp. 1111-1114, s. 1112; Dirk Heckmann, "Eingriff durch Symbole? Zur Reichweite grundrechtlichen Schutzes vor geistiger Auseinandersetzung", **JuristenZeitung**, 51. Jahrg., Nr. 18, 20. September 1996, pp. 880-889, s. 885. Aynı zamanda bkz. *BVerfGE* 6, 32 (38) - Elfes [1957].

Dolayısıyla, anayasal hakların kapsamlarının belirlenmesinde, hakkın kapsamı ile sınırlama arasında doğrusal bir ilişki vardır. Sözgelimi Alman Anayasası Madde 8/2’de açık havada toplanmanın sınırlama kaydında belirtilmesi, toplanma özgürlüğü hakkının kapsamında açık havada toplanma fiilinin bulunduğunu gösterir. Aynı şekilde, Alman Anayasası Madde 5/2’de kişisel şerefin bir sınırlama ölçütü olarak yer alması, Madde 5’te yer alan ifade özgürlüğü hakkının kapsamında tahkir edici ifadelerin bulunduğunu³¹⁸ gösterir.³¹⁹ Bu sebeple, hakkın kapsamı ve sınırlama veya sınırlama klostları izole bir şekilde değil, birbirleriyle eşgüdümlü olarak ele alınmalıdır.³²⁰

Bu çalışma kapsamında, dar yorum yaklaşımı daha yerinde bulunmakla beraber, dar veya geniş yorum yaklaşımlarının hiçbirisi tamamen benimsenmeyecektir. Zira mahkemelerin tutumlarına da bakılacak olursa anayasal hakların kapsamı, yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri ile belirlenir. Nitekim FAYM’a göre, hakkın kapsamını tahdit eden bir yorum, bu yorumun Anayasa’dan herhangi bir şüphe olmaksızın çıkarılabileceği durumlarda mümkündür.³²¹

Dolayısıyla, bir anayasal hak norm metni, lafzi, sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum yöntemleri ve diğer yorum ilkeleri ile birlikte yorumlanarak hakkın kapsamı oluşturulur.³²² Nitekim anayasanın yorumlanmasının klasik yorum yöntemleri ile

³¹⁸ BVerfGE 54, 129 (138-139) - Kunstkritik [1980]; BVerfGE 61, 1 (7-8) - Wahlkampf/CSU : NPd Europas’ [1982]; BVerfGE 93, 266 (289) - ‘Soldaten sind Mörder’ [1995].

³¹⁹ Merten, “Grundrechtlicher Schutzbereich”, s. 15; Georg Hermes, “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 347; Starck, “Artikel 1”, s. 141; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 181; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 84.

³²⁰ Bethge, “Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung”, s. 139; Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 989; Peine, “Der Grundrechtseingriff”, s. 90-91; Beatrice Weber-Dürler, “Der Grundrechtseingriff”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 57, Berlin, Walter de Gruyter, 1997, s. 82 vd.; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 119; Jörn Ipsen, “Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter”, **JuristenZeitung**, 52. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1997, pp. 473-480, s. 474-475; Michael Sachs, “Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 174-175; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 122-123; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 122; Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 57.

³²¹ BVerfGE 148, 296 (358-359) - Streikverbot für Beamte [2018].

³²² Richard Thoma, “Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen”, **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. I, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1929, s. 9; Sottiaux, **Terrorism and the Limitation of Rights**, s. 35-36; Gerards - Senden, “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, s. 628; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 403; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 63; Hufen, **Staatsrecht II**, s.

sınırlanamayacağı eleştirisi³²³ dikkate alınarak, klasik yorum yöntemleri ile bağlı ve fakat kısmen klasik yorum yöntemlerini aşan yorum ilkeleri anayasal hakların yorumlanmasında etkin rol alacağı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla anayasal hakkın kapsamını, Alexy ve diğer geniş yorum taraftarları, olması gerekenden fazla geniş yorumlarken, Müller ve diğer dar yorum taraftarları da olması gerekenden fazla dar yorumlamaktadır.³²⁴ Bunun yanı sıra, norm metninden, yorum yöntemleri ve ilkeleri ile çıkarılamayan bir anlamı çıkarmak veya çıkarabilecek bir anlamı doğrudan dışlamak yerinde değildir.

Anayasal hakların kapsamlarının, klasik yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri ile belirlenmesi, rasyonalite ve şeffaflık bağlamında eleştirilmiştir.³²⁵ Bu eleştiri, genel

65-67; Stern, "Einleitung", s. 47-48; von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 42-43; Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 20; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 123-125; Starck, "Artikel 1", s. 97, 138; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 83-84; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 984; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 94; Zippelius - Württenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 181; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 98 vd.; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 15; von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", s. 18; Mike Wienbracke, **Einführung in die Grundrechte**, Wiesbaden, Springer, 2013, s. 36 vd.; Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", s. 174-175; Wolfgang Hoffmann-Riem, "Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch: Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 43, No. 2, 2004, s. 229; Volkmann, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", s. 267; Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", s. 478-479; Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 63-64; Peine, "Der Grundrechtseingriff", s. 104; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 128; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 48; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 230 vd.; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 294, 298-299; Korkut Kanadoğlu - Ahmet Mert Duygun - Battal Niyazi Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", **Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a Armağan**, Ed. by Ece Göztepe - Ozan Ergül - Selda Çağlar, Ankara, Seçkin, 2022, s. 271. Krş. Volkmann, "Allgemeine Grundrechtslehren", s. 1095. Aksi yönde bkz. Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 20. Merten anayasal hakların kapsamının yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri ile belirleneceğine ilişkin savı yerinde bulmaz. Buna göre, Anayasal hakların kapsamının yorumla belirlenmesi düşüncesi bu açmaza herhangi bir çözüm sunmadığı gibi yanlış yollara da sapabilir. Bununla beraber, anayasanın anayasal hakların nasıl yorumlanacağına ilişkin herhangi bir belirleme olmadığında, dar veya geniş yorumlama bir tercih haline gelmektedir. Bkz. Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 39.

³²³ Friedrich Müller - Ralph Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, 10. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, s. 47 vd.; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 19 vd., 23-24.

³²⁴ Merten burada dar yorum yaklaşımının anayasal hakların kapsamını daraltarak anayasal hakları etkisizleştirdiği/güçsüzleştirdiği suçlamasına şerh düşer. Özellikle anayasal hak çatışmalarının meydana geldiği bir durumda, anayasal hakların kapsamını daraltmak, çatışan anayasal haklardan birisinin güçlendirilmesini ifade eder. Bkz. Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 58

³²⁵ Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 189 vd.; Kahl, "Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik", s. 610-611; Misera-Lang,

olarak geniş yorum yaklaşımını benimseyen yazarlardan gelmektedir. Bununla birlikte, geniş yorum yaklaşımında hakkın kapsamının belirlenmesine yönelik herhangi bir kriterin benimsendiği de görülmemektedir. Alexy'nin belirttiği, "diğer niteliklerine bakılmaksızın konuyu hakkın kapsamına sokabilecek yeterlikte olan en azından bir niteliğe sahip olma" kriteri³²⁶, tam anlamıyla yeterli bir kriter değildir. Bu kriter, aslında işe yaramayan bir kriterdir. Zira kriterin esnekliği, en aşırı vakaları bile hakkın kapsamından ayıramayacak niteliktedir. Sözgelimi sanatsal yaratım için tiyatro sahnesinde bir kişinin öldürülmesini, sanat özgürlüğü hakkının kapsamından veya bir dini uygulama/ritüel olarak, bir kişinin kurban edilmesini din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının kapsamından dışlayamaz. Bu kriter, hakkın kapsamının belirlenmesinde bir ölçüt olarak kabul edilemez. Bu sebeple, geniş yorum yaklaşımını benimseyen yazarların oluşturduğu anayasal hak dogmatikliğinde, hakkın kapsamı aşamasına tam anlamıyla bir kaos hakimdir. Anayasal hakların kapsamında yaşanan bu kaos, yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri ile belirli hale getirilebilir. Anayasal hak dogmatikliğinde, hakkın kapsamı incelemenin bir aşamasını oluşturuyorsa, bunun boş bir incelemeden oluşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu aşamaya gerek kalmaz. Ancak böyle bir aşama gerek geniş gerekse dar yorum taraftarlarınca bir inceleme aşaması olarak kabul edilmektedir ve bu yüzden bu aşamada mahkemelerin bir inceleme metodu geliştirmesi gerekir. Bu geliştirme ise en iyi şekilde klasik yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri ile gerçekleştirilebilir. Bu klasik yorum yöntemlerinin farklı anayasal sistemlerde, aynı ve yegâne doğruluk içerisinde kullanılacağı anlamına gelmez. Nitekim anayasal hakların kapsamını genişleterek, bütün somut menfaatlerin dengelemeye sokulması ve bu şekilde bir hukuki sonucun oluşup oluşmayacağının belirlenmesi, bireyin hangi davranışının anayasal haklar tarafından korunacağı ve hukuki sonucunu

Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, s. 229-230; Peter M. Huber, "Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand: Ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?", **JuristenZeitung**, 58. Jahrg., Nr. 6, 21. März 2003, pp. 290-297, s. 293; Friedhelm Hufen, "Entstehung und Entwicklung der Grundrechte", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1999, pp. 1504-1510, s. 1508; Friedhelm Hufen, "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002, s. 167; Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 63-68; Klaus Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 1693; Vanessa Hellmann, "Der sogenannte Gewährleistungsgehalt: Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern**, Bd. II, Ed. by Sigrid Emmenegger - Ariane Wiedmann, Berlin, De Gruyter, 2011, s. 174-176.

³²⁶ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 291; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 210.

oluşturacağı hususunda öngörülemezliği beraberinde getirir.³²⁷ Bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin geçici bir çözüm³²⁸ veya son çare³²⁹ olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür.³³⁰

Anayasal hakların kapsamlarının yorum yöntemleri ile belirlenmesine ilişkin rasyonalitede ve şeffaflıkta zafiyet olacağına yönelik savların genel hukuk biliminin metot öğretisi dikkate alındığında çok yerinde görülmesi beklenemez. Elbette ki yorum yöntemlerinin keyfi/sübjektif bir şekilde uygulanmaması, pratikte mümkün değildir. Ancak bu yorum yöntemleri en azından anayasal hakkın kapsamını belirleyen hâkime, bir kaos/karmaşa değil, bir alet çantası sağlamakta ve dahası hâkime norm metninden ulaştığı anlamı meşrulaştırma yükümlülüğü getirmektedir. Geniş yorum yaklaşımına yöneltilen metodolojik ve maddi kaygılar, haklı kaygılardır.³³¹ Burada, bilimsel bir doğruluğa sahip olan ve norm metnine her uygulandığında aynı sonucu/anlamı veren mutlak doğru bir yorumlamadan bahsedilmez.³³² Mahkemelerin uygulayacakları yorum yöntemleri ve ilkeleri, kendi anayasal sistemlerine ve sosyal olgularına göre özgülünmektedir. Böylece, mahkemelerin, keyfi ve serbest bir şekilde değil, yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri çerçevesinde karar vermeleri sağlanır. Bu, sadece klasik yorum yöntemleri ile değil, aynı zamanda klasik yorum yöntemlerine eklenen yeni yorum ilkeleri ile kullanışlı bir hale getirilir.³³³ Dolayısıyla, eğer hakkın kapsamını bir inceleme aşaması olarak kabul ediyorlarsa, geniş yorum taraftarlarının rasyonalite ve şeffaflık eleştirisi yerinde değildir. En azından bu eleştiriler, bu çalışma kapsamında benimsenen anayasal hak teorisi ve dogmatikliği için geçerli değildir. Nitekim Borowski de ilke teorisi kapsamında benimsediği geniş yorum yaklaşımını, norm

³²⁷ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 94-95.

³²⁸ Rüfner, “Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte”, **Der Staat**, Vol. 7, No. 1, 1968, pp. 41-61, s. 58.

³²⁹ Walter Leisner, ““Abwägung überall”: Gefahr für den Rechtsstaat”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1997, pp. 636-639, s. 639.

³³⁰ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 95.

³³¹ Klement, “Grundrechtliche Schutzbereich”, Rn. 30.

³³² Her ne kadar mahkemeler, doğru yorumdan bahsetse bile, bu bütün zamanlar için geçerli olan bir mutlak doğru yorum olarak belirlenemez. Yaşam koşullarındaki değişim, her zaman doğru olarak belirlenen yorumu değiştirecektir. Bu bakımdan, her yorumlama faaliyeti, yorumun yapıldığı zamana bağlıdır. Bkz. Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 135-136.

³³³ Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 53 vd.; Winfried Brugger, “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 119, No. 1, 1994, pp. 1-34, s. 21 vd. Krş. Karl-Heinz Ladeur - Ino Augsburg, “Auslegungsparadoxien: Zu Theorie und Praxis Juristischer Interpretation” **Rechtstheorie**, Vol. 36, No. 2, 2005, pp. 143-184, s. 176; Vesting, **Rechtstheorie**, s. 119 vd.

metninin lafzı ve anayasa koyucunun iradesi ile sınırlamıştır.³³⁴

1.3.1.1.2.2. in dubio pro libertate

Geniş yorum taraftarlarının gözden kaçırdığı ve tutarsızlığa düştüğü asıl husus ise öngördükleri anayasal hak dogmatiklerinde, anayasal hakların incelemesinin tek aşamaya düşmesi ve bu sebeple bir anayasal hakkın uygulanabilirliğinin tamamen dengelemeye bağlı olmasıdır. Gerçekten de hakkın kapsamı için genel olarak herhangi bir kriter belirtmeyen geniş yorum taraftarları, bir davranışın ve hukuki pozisyonun hakkın kapsamında yer aldığını verili bir şekilde, *a priori* olarak, kabul ederler.³³⁵ Bunun temel gerekçesi ise şüphe halinde özgürlüğün tercih edilmesini ifade eden *in dubio pro libertate* maksimidir. Bu maksimin gelişimi, 19. yüzyılda, yasanın yasaklamadığı şeyi yapma hakkı anlayışından³³⁶, Schmitt'in bireyin kural olarak sınırsız özgürlüğe sahip olduğu, devletin sınırlama yetkisinin sınırlı olduğu anlayışına³³⁷ doğru gerçekleşmiştir.³³⁸ Buna göre, olabildiğince büyük bir etkiye sahip olabilecek bir anayasal hak yorumunun seçilmesi gerekir.³³⁹ FAYM da bu görüşü birçok kararında benimsemiştir.³⁴⁰ Bu bağlamda, bir "Fakat aynı zamanda modelinden" (*Zwar-aber-Modell*)³⁴¹ veya "Kural-İstisna Modelinden" (*Regel-Ausnahme Modell*)³⁴² bahsedilir.³⁴³

³³⁴ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 166-167.

³³⁵ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 290 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 210 vd.; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 23 vd., 46-48; Kahl da her ne kadar hakkın kapsamını tahdit eden görüşleri eleştirse, hakkın kapsamının belirlenmesi için herhangi bir kriter belirtmez. Onun yerine, hakkın kapsamından dışlanan davranışların ve hukuki pozisyonların müdahalenin meşrulaştırılmasında yapılan dengelemeye tabi olması gerektiğini belirtir. Bkz. Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 184 vd.

³³⁶ Johann Christoph Freiherrn v. Aretin - Karl v. Rotteck, **Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie**, Bd. II/1, Altenburg, Literatur Comptvir, 1827, s. 5; Jellinek, **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**, s. 98.

³³⁷ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 126, 175.

³³⁸ Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 39.

³³⁹ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 295 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 214 vd.; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 306-307; Hans D. Jarass, "Einleitung", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 9; Kahl, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt", s. 184 vd.

³⁴⁰ Bkz. *BVerfGE* 6, 55 (72) - Steuersplitting [1957]; *BVerfGE* 32, 54 (71) - Betriebsbetriebsrecht [1971]; *BVerfGE* 39, 1 (38) - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; *BVerfGE* 51, 97 (110) - Zwangsvollstreckung I [1979]; *BVerfGE* 59, 231 (265) - Freie Mitarbeiter [1982].

³⁴¹ Niklas Luhmann, **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, s. 30.

³⁴² Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 795; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 212 vd.

³⁴³ Krş. Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 110.

Bununla birlikte, FAYM'ın aslında kararlarında Richard Thoma'nın Weimar Anayasası için ileri sürdüğü anayasal hakların etkililiği ilkesini³⁴⁴ benimsediğini belirtmek gerekir. Bu maksimin, anayasal hakların kapsamını genişletecek şekilde kullanılması, FAYM'ın benimsediği insan imgesi öğretisi³⁴⁵ ile de uyuşmamaktadır.³⁴⁶ Nitekim burada, Thoma'nın Weimar döneminde ileri sürdüğü bu ilkenin, anayasal haklarını kapsamının genişlemesi ile değil, anayasal hakların bağlayıcılığı ile ilgili olduğu açıktır.³⁴⁷ Thoma'nın kendisi de anayasal hakların etkililiği ilkesinden geniş bir şekilde yorumlanan anayasal hakların çıkarılmasını büyük bir hata olarak görmüştür.³⁴⁸ Bu sebeple gerek *in dubio pro libertate* maksimi gerek hukuki etkililik ilkesi anayasal hakların kapsamını genişletmediği gibi³⁴⁹ anayasal hakların kapsamının belirlenmesine de yardımcı olmaz.³⁵⁰ Nitekim anayasal hakların birbirleriyle çatışacak kadar geniş yorumlandığı bir anayasal sistemde, artık *in dubio pro libertate* maksiminden veya bir özgürlük karinesinden de bahsedilemez.³⁵¹ Bunların yanı sıra, *in dubio pro libertate* maksiminin anayasa teorisi çerçevesinde temellendirildiği ve fakat anayasa hukuku

³⁴⁴ Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", s. 9.

³⁴⁵ Bunun için bkz. **Bölüm 2.2.2.**

³⁴⁶ Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", s. 1653, 1740; Stern, "Einleitung", s. 48-49; Starck, "Artikel 1", s. 97-98; Fritz Ossenbühl, "Grundsätze der Grundrechtsinterpretation", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 608. Aksi yönde bkz. Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 42.

³⁴⁷ Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", s. 1741; Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 121-122. Ayrıca bkz. **Bölüm 2.1.1.2.2.3.**

³⁴⁸ Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", s. 13-14.

³⁴⁹ Christian Graf von Pestalozza, "Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland", **Der Staat**, Vol. 2, No. 4, 1963, pp. 425-449, s. 444; Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", s. 1653, 1741; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 143.

³⁵⁰ Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 39 vd.; von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 43; Starck, "Artikel 1", s. 97-98; Ossenbühl, "Grundsätze der Grundrechtsinterpretation", s. 608; Martin Kriele, "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 184-185; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 143; Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 121-122. Ossenbühl, bu ilkenin yalnızca dengeleme aşamasında kullanılabileceğini ileri sürer. Bkz. Ossenbühl, "Grundsätze der Grundrechtsinterpretation", s. 609. Krş. Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 90; Katz, **Staatsrecht**, s. 268. Bleckmann ise klasik yorum yöntemlerinin bazı şüpheler bırakması veya klasik yorum yöntemlerinin elde edilen sonucu destekleyebilecek kuvvette olmadığı durumlarda, *in dubio pro libertate* ilkesinin kullanım alanı bulabileceğini ifade eder. Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 118.

³⁵¹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 143-144.

bakımından temele ihtiyaç duyduğu³⁵² ve siyasi bir tartışmanın parçası olduğu³⁵³ ifade edilmiştir.³⁵⁴ Dolayısıyla anayasal hakların etkililiği ile anayasal hakların çok fonksiyonlu yapısı (pozitif edim yükümlülüklerin, kurumsal niteliklerin tanınması gibi) ve sübjektif hak sahipliği temellendirilebilir.³⁵⁵ Buna ek olarak, anayasal hakların sınırsız, devletin sınırlama yetkisinin sınırlı olduğu düşüncesi, özgürlüğün sosyal ve gerçeklik ilişkisini yanlış bir şekilde yorumlamakta ve hak ve özgürlük arasındaki bağı yanlış değerlendirmektedir. Zira anayasal hakkın kapsamındaki bir davranış, doğal özgürlüğe değil hukuken oluşturulmuş olan özgürlüğe dayanmakta³⁵⁶ ve yasa koyucu anayasal hakların düşmanı değil, sosyal devlet ve kurumsal hak anlayışı çerçevesinde, aynı zamanda anayasal hakların içeriğini oluşturmakta³⁵⁷ ve anayasal hakların kullanımına imkân sağlamaktadır.³⁵⁸ Bu bağlamda, bireyin özgürlüğü, sınırsız ve mutlak bir hak teşkil etmez. Bu özgürlükler, belirli bir hukuk düzeni çerçevesinde güvence altına alınan ve sınırları/hudutları ve kullanımı da bu hukuk düzeni ile belirlenen anayasal haklar tarafından güvence altına alınır. Bir hukuk düzeninin varlığı, özgürlüğün uygulanabilmesi için bir ön koşul teşkil eder.³⁵⁹ Nitekim, *in dubio pro libertate* maksimine ayrıca gerçek-dışılık argümanı ile karşı çıkmıştır. Zira hakkın kapsamı aşamasında şüphe halinde özgürlükten yararlanılması durumunda, yerine getirilmesi mümkün olmayan sınırsız özgürlükler gündeme gelir.³⁶⁰ Bu maksim en azından, hukuk uygulayıcısını hukuk aracının seçiminde örtük olan temel yargı yetkisini uygulama görevinden kurtarmaz.³⁶¹

Nitekim bir yandan tek aşamalı hak dogmatikini³⁶² eleştirmek, diğer taraftan

³⁵² Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 181.

³⁵³ Adolf Keller, **Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes**, Wintertur, P. G. Keller, 1960, s. 279.

³⁵⁴ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 144.

³⁵⁵ Stern, “Die Auslegung der Grundrechte”, s. 1741.

³⁵⁶ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 123.

³⁵⁷ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 180 vd., 222 vd.

³⁵⁸ Peine, “Der Grundrechtseingriff”, s. 92-93.

³⁵⁹ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 123; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 81; Hartmut Maurer, **Staatsrecht I**, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2001, s. 286; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 1-3.

³⁶⁰ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 214-215.

³⁶¹ Klement, “Grundrechtliche Schutzbereich”, Rn. 30.

³⁶² Häberle’nin dahili sınırlama teorisini benimseyerek oluşturduğu, dengeleme kriterinden oluşan tek aşamalı hak incelemesi için bkz. Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 51 vd., 179-180; Peter Häberle, “Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat: Das Beispiel des deutschen Grundgesetzes”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 114, No. 3, 1989, pp. 361-390, s. 387.

da hak incelemesini tek aşamaya indirmek³⁶³ büyük bir tutarsızlıktır.³⁶⁴ Anayasal hak incelemesinin diğer aşamaları için herhangi bir belirlemeden kaçarak bütün çözümleri dengelemeye ve müdahalenin meşrulaştırılması aşamasına bırakmak, aslında anayasal hakların incelenmesini tek aşamaya düşürür. Bu haliyle hakkın kapsamı ve sınırlama aşamaları, *a priori* olarak geçilmekte ve dolayısıyla yok sayılmaktadır. Diğer taraftan anayasal hakların kapsamlarının geniş yorumlanmasının sonuçları ile anayasal hakların etkisinin artırılması aynı şey değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, hakkın kapsamı ne kadar geniş yorumlanırsa, sınırlama da o kadar geniş yorumlanır.³⁶⁵ Zira bu durumda, anayasal haklar geniş yorumlandığından, hem anayasal hakların birbiriyle olan çatışması ile sınırlanması hem de geniş ve fakat zayıf *prima facie* hak iddiasında bulunan anayasal hakkın diğer anayasal değerler ve/veya sınırlama ölçütleri ile sınırlanması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla anayasal hakkın kapsamının genişlemesiyle, etkisinin artması aynı şey değildir.³⁶⁶ Zira özgürlüğün genişlemesi, diğer kişilerin özgürlüklerinin pahasına olur.³⁶⁷ Burada, devletin ilgili anayasal haklara müdahale imkanlarının arttığını da dikkate almak gerekir. Devlete daha fazla müdahale imkanının tanınması, aslında hakkın kapsamı ile sınırlamanın aynı orantıda genişleyeceğini ortaya koymaz. Bu devletin hakkın içeriğinde daha fazla söz sahibi olmasına ve hatta ölçülülük koruması altında müdahalesini daha fazla meşrulaştırarak, anayasal hakların uygulanmasının/talep edilebilirliklerinin veya diğer bir deyişle devlete yükümlülük yükleme niteliğinin zayıflamasına yol açar. Ayrıca, hakkın kapsamı genişledikçe, kaçınılmaz bir şekilde devlete, devletin organlarına ve özellikle yasamaya tanınan takdir alanında inanılmaz bir genişleme gerçekleşecektir. Bu sebeple, hakkın kapsamı ile sınırlama eşgüdümlü olsa dahi, biri geniş yorumlandığında, diğeri de aynı ölçüde geniş yorumlanmamakta³⁶⁸, bilakis sınırlamanın kapsamı daha

³⁶³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 267 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 192 vd.; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 224 vd.; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 23 vd.

³⁶⁴ Bu yönde bkz. Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 309.

³⁶⁵ Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", s. 168 vd.; von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 41; Di Fabio, "Art. 2 Abs. I", (2023), s. 22, 42-43; Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 317-319, 330-332; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 82; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 42; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 183. Aynı zamanda bkz. *BVerfGE* 6, 32 (38) - Elfes [1957].

³⁶⁶ Peine, "Der Grundrechtseingriff", s. 104; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 453-454; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 42.

³⁶⁷ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 454.

³⁶⁸ Peine, "Der Grundrechtseingriff", s. 99; Udo Di Fabio, "Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit", **JuristenZeitung**, 48. Jahrg., Nr. 14, 23. Juli

fazla genişlemektedir. Bu durum, aynı şekilde anayasal hakların çatışan diğer anayasal değerlerle dengelenmesinde pat olma durumunu artırarak, yine anayasal hakların yapısını zayıflatacaktır. Dolayısıyla, anayasal hakların kapsamının geniş olarak yorumlanması kural olarak özgürlüğün genişlemesine yol açmaz, bilakis geniş yorumlanan anayasal hak daha geniş bir sınırlama yorumu ile karşılaşır.³⁶⁹ Bunlardan ayrı olarak, sınırsız/geniş olarak belirlenen anayasal hak kapsamını, sınırsız/geniş sınırlama kavramının takip etmesinin oluşturabileceği tehlikeyi küçümsememek gerekir.³⁷⁰ Bu durum, özellikle sınırlamanın meşrulaştırması aşamasında, anayasal gerekliliklerde benimsenen standartların gerilemesine yol açacaktır. Ölçülülük incelemesi, zayıf bir anayasal hak yapısı altında etkisizleşir. Bu sebeple, ölçüsüz ve rasyonel olmayan/keyfi bir ölçülülük incelemesi ile karşılaşırız.³⁷¹

Geniş yorum yaklaşımı, anayasal hakların sağladığı korumada bir boşluk oluşması ihtimalini ortadan kaldırmak ister. Buna göre, anayasal haklar, tamamen açık olmalı ve konunun hiçbir yönünü anayasal hakkın kapsamından dışlamamalıdır. Geniş yorum yaklaşımında, kural olarak rahatsız etmeme sınırı, sosyal zarar veya şiddet yasağı gibi kriterler benimsenmez. Bu bağlamda, anayasal hakların geniş kapsamının sonucu, bir “İslamcı” teröristin bombalı saldırısının din özgürlüğüne ve bir soygun çetesinin örgütlenme özgürlüğüne ve meslek özgürlüğüne başvurulabilmesidir.³⁷² Bu bağlamda, geniş yorum yaklaşımında, bir doğal hukuk özgürlüğü belirmektedir. Anayasal hakların devlet bakımından koşullu oluşu ve ön koşullara sahip olması, göz ardı edilmektedir.³⁷³ Dolayısıyla geniş yorum taraftarları, bir bileşen olarak devletin hukuk düzenini anayasal haklardan çıkararak, anayasal hakları yapaylaştırmakta ve anayasal hakları, dışsal ve hayali bir yere konumlandırmaktadır.³⁷⁴ Bu bağlamda, özellikle

1993, pp. 689-697, s. 695.

³⁶⁹ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 308-309; Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 59; Senden, **Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System**, s. 270; Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 387-388. Krş. Merten, “Grundrechtlicher Schutzbereich”, s. 17.

³⁷⁰ Bethge, “Der Grundrechtseingriff”, s. 27; Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, s. 228; Bethge, “Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung”, s. 137.

³⁷¹ Bethge, “Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung”, s. 138; Rüdiger Zuck, “Die Reduktion des Schutzgehalts der Grundrechte durch den Ersten Senat: Erörtert anhand der Entscheidung zur RVG-Streitwertbegrenzung”, **JuristenZeitung**, 63. Jahrg., Nr. 6, 21. März 2008, pp. 287-295, s. 292; Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, s. 228.

³⁷² Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 452.

³⁷³ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 452. Ayrıca bkz. **Bölüm 2.2.3.**

³⁷⁴ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 453.

yasayla düzenlenen, belirli üçüncü kişi menfaatlerini ihlal eden veya üçüncü kişilere ve topluma zarar veren bazı davranışların, yorum yöntemleri ve ilkeleri kullanılarak anayasal hakların kapsamından çıkarılması gerekir.³⁷⁵ Burada geniş yorumlanan anayasal haklar doğal bir sonuç olarak anayasal haklar arasındaki çatışmayı artıracaktır. Klasik anlamda anayasal haklar ise yalnızca devlete karşı ileri sürülür ve devlete kaçınma yükümlülüğü yükler. Anayasal haklar, vatandaşlar arasındaki hukuki ilişkiler için standartlar belirleme veya sınırlar oluşturma amacı taşımamaktadır. Anayasal haklar, üçüncü kişilere yönelik değil, devletle ilgili ve devlete yönelen özgürlük ve eşitlik güvenceleridir.³⁷⁶ Anayasal hak çatışmalarının artması, anayasal hakların kuralistisna yapısını da oldukça zayıflatır.³⁷⁷ Kaldı ki sınırsız özgürlük anlayışı veya özgürlük karinesi, aslında bireyler arasındaki yatay ilişkiye değil, birey ile devlet arasındaki dikey ilişkiye atıfta bulunur. Sınırsız özgürlük anlayışında/Özgürlük karinesinde, özünde bir kişinin özgürlük talebi diğerinin özgürlük talebiyle karşılaştığında özgürlüğün sınırına da ulaşılmış olur.³⁷⁸

Dolayısıyla geniş yorumla anayasal haklar aslında alışlagelinen ortamından da çıkarılmakta ve belirli anomaliler oluşturulmaktadır. Bunların yanı sıra, ölçülülük ilkesinin/dengelemenin anayasa yargısına tamamen egemen olmasının veyahut bütün kararların yalnızca ölçülülük ilkesine bırakılmasının tehlikeler barındırdığı ifade edilir. Anayasal hakların kapsamının yanlış bir şekilde genişletilmesi, anayasal haklara dair yargılamalara tamamen ölçülülük/dengeleme uygulamasına hâkim olmasına yol açar. Ancak gerçekte, anayasal hakların bu şekilde genişletilmesi, yargılamaya kararçı, iradi ve kazuistik anlayışın hâkim olmasına yol açar.³⁷⁹ Dengelemenin geniş bir alanda, açık bir şekilde hakkın kapsamında dahi bulunmaması gereken alanlarda uygulama imkânı bulması, anayasanın öngörülebilirliğini de azaltır. Anayasal hakların kapsamına ilişkin açık işaretlerin anayasal hakların yorumunu öngörülebilir kılarken, dengeleme kazuistiğinin hâkim olduğu içtihat hukukunda bu mümkün değildir. Bu bakımdan, bir “dengeleme yargılaması” vakaların detayları içerisinde kaybolur ve açık

³⁷⁵ Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 992.

³⁷⁶ Starck, “Artikel 1”, s. 154-155; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 92.

³⁷⁷ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 92.

³⁷⁸ Isensee, “Staat und Verfassung”, s. 90-91.

³⁷⁹ Merten, “Grundrechtlicher Schutzbereich”, s. 55; Hans Hugo Klein, “Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, s. 307.

yorumlama noktalarını ıskalar.³⁸⁰

Burada Borowski'nin *prima facie* öldürme hakkını da anayasal hakların kapsamına soktuğunu tekrardan hatırlatmak gerekir. Öncelikle öldürme fiili tek bir anayasal hak bakımından ileri sürülebilecek bir haktır. Yalnızca meşru savunma söz konusu olduğunda, diğer bir deyişle kişinin yaşamına başka birisinin saldırısı söz konusu olduğunda, yaşam hakkının bir gerekliliği olarak kişiler *prima facie* öldürme hakkına sahip olabilir. Bu bağlamda, bir öldürme davranışı, istisnai olarak yaşam hakkının kapsamına girebilir. Öldürme fiilinin diğer anayasal hakların kapsamına girmesi söz konusu olamaz. Gerçekten de yaşam hakkı dışındaki bütün anayasal hakların kapsamına öldürme fiilinin dahil edilmesi, bu hakların tarihsel, sistematik ve/veya teleolojik yorumlanması ile elde edilemeyecek bir sonuç olur. Alman doktrinindeki tartışma da yaşam hakkı çerçevesinde gerçekleşen bir tartışma değildir. Burada, dini bir ritüelde, ibadette dini inanç gereği veya bir tiyatrodaki sanatsal yaratım gereği bir kişinin öldürülmesi tartışılmaktadır. Nitekim bu tartışmada, özellikle dar yorum yaklaşımı taraftarları tarafından genel bir kural olarak anayasal hakların öldürme fiilini içermeyeceği benimsenmektedir.³⁸¹ Bu düşünce, yaşam hakkı istisnası dışında geçerlidir. Nitekim yaşam hakkının bir öldürme fiilini kapsamına alabilmesi için de söz konusu olayın meşru savunmanın şartlarını sağlaması gerekmektedir. Bu bağlamda, Borowski'nin³⁸² ve Alexy'nin³⁸³ böyle nitelikli bir istisnaya dayanarak, genel olarak anayasal haklar bakımından *prima facie* öldürme hakkını veya çalma hakkını genel bir kural olarak geçerli kabul etmesi ve bunun normun hukuki sonucunu da tetikleyebileceğini kabul etmesi yerinde değildir.³⁸⁴ Öldürme, tecavüz veya pedofilinin en başından beri

³⁸⁰ Wolfgang Hoffmann-Riem, "Kommunikations- und Medienfreiheit", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, s. 220; Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 55; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 61. Krş. Oliver Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 24-25.

³⁸¹ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 453; Starck, "Artikel 1", s. 159-160; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 992; Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", s. 495-496.

³⁸² Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 329-330.

³⁸³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 297-298; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 215. Benzer yönde bkz. Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 183-184.

³⁸⁴ Bkz. Klaus Stern, "Die Grundrechtskollisionen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 643; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 992-993.

anayasal hakların kapsamında yer almaması “hukuki hijyen”in bir gereğidir.³⁸⁵ Bu davranışların anayasal hakların kapsamından çıkarılması, aynı zamanda insanın onurunun korunmasının da bir gereğidir.³⁸⁶ Diğer taraftan anayasal hakların gereğinden fazla geniş yorumlanması, anayasa mahkemelerinin başvuruları ve şikâyetleri, usuli yönden daha kolay elemesine de yol açar. Gerek Türk gerekse de Alman anayasal sisteminde yer alan anayasal önem kriteri bu işlevi görmektedir. AYM ve AİHM açıkça dayanaktan yoksunluk kararları ile şekli olarak kararların esasına girmeden bir esas incelemesi yapar ve böylece başarı şansı olmayan başvuruları eler. FAYM ise anayasal önem kriterinden yola çıkarak belirlediği başarı şansı olmayan şikâyetleri esasa girerek karara bağlamaz.

Buraya kadar belirtilenlerden, bu çalışmada dar yorum yaklaşımının benimsendiği ortaya çıkmamalıdır. Zira bu çalışmada benimsenen yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri, aslında anayasal hakların kapsamalarını genişletmeye eğilimlidir. Bunun yanı sıra, bütün anayasal haklar için dar yorum yaklaşımının benimsenmesi, sınırlama normlarını, sınırlama ölçütlerini etkisizliğe sürükler.³⁸⁷ Yorum yöntemleri ve ilkeleri, tekil ve sırayla değil belirli bir bütün halinde uygulanır. Öncelikle norm metninde hakkın kapsamını daraltan bir doğrudan anayasal sınırın³⁸⁸ (*Gewährleistungsschranken/Tatbestandsmerkmale*) olup olmadığı incelenir. Nitekim bazı anayasal hakların lafızları, kapsamları için açık bir şekilde anayasal sınırlar ve tehditler içerir.³⁸⁹ Sözgelimi, Alman Anayasası Madde 8/1’in düzenlenme alanı, toplanmadır. Ancak her türlü toplanma bu hak tarafından güvence altına alınan toplanmanın kapsamına girmez. Öncelikle maddenin norm metninde, “barışçıl ve silahsız” ibareleri³⁹⁰, lafzi yorumla

³⁸⁵ Starck, “Artikel 2”, s. 179; Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 217; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 453; Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 993-994; Peter W. Hogg, **Constitutional Law of Canada**, 4. Edition, Ontario, Carswell, 1996, s. 787 vd. Lindner ise Alexy ve Borowski’ye benzer şekilde bunun müdahalenin meşrulaştırılması aşamasında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürer. Bkz. Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 215-216. Krş. S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 48 vd.

³⁸⁶ Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 994.

³⁸⁷ Sachs, “Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte”, s. 60.

³⁸⁸ Bkz. **Bölüm 1.3.1.2.**

³⁸⁹ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 455.

³⁹⁰ Türk Anayasası Madde 34’te toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, silahsız ve saldırsız olarak, AİHS Madde 11’de ise toplanma ve örgütlenme özgürlüğü barışçıl olarak güvence altına alınmıştır.

yalnızca bu şekildeki toplanmaları hak kapsamına dahil eder.³⁹¹ Bununla beraber, neyin barışçıl ve silahsız toplanma olduğu yine diğer yorum yöntemlerinin yardımıyla belirlenir. Doğrudan anayasal sınır ile yalnızca belirli davranışların veya hukuki pozisyonların anayasal hakkın kapsamında bulunmadığı tespit edilir. Dolayısıyla doğrudan anayasal sınırlar, hakkın kapsamını belirlenmesine belirli ölçüde yardımcı olurken, anayasal hakkın kapsamı henüz belirlenmiş olmaz. Diğer bir deyişle henüz hakkın kapsamı, yaşam/düzenleme alanından elde edilmemiştir. Aynı şekilde Alman Anayasası Madde 11/1'de güvence altına alınan seyahat özgürlüğü, federal topraklar (*Bundesgebiet*) ibaresi ile yalnızca Almanya ile sınırlı tutulurken/tahdit edilirken³⁹², Madde 5/1'de güvence altına alınan bilgi edinme özgürlüğü genel açık bilgi kaynakları ile sınırlanmıştır/tahdit edilmiştir.³⁹³

1.3.1.1.2.3. Yaşam Alanı ve Hakkın Kapsamı Ayrımı

Anayasal haklarının kapsamının belirlenmesinde hakkın içeriğinin temellendiği yaşam alanı ele alınmalıdır. Her bir anayasal hak, farklı yaşam alanlarında geçerlidir. Hakkın kapsamı/koruma alanı, anayasal hak tarafından güvence altına alınan yaşam alanını ifade eder. Bu bağlamda, hakkın koruma alanı (*Schutzbereich*) ile hakkın yaşam/düzenlenme alanı (*Regelungsbereich/Lebensbereich*) arasında bir ayrım yapılması gerekir. Anayasal hakkın yaşam/düzenlenme alanı, anayasal hakkın geçerli olduğu ve içinden kapsama alanının belirlendiği dolayısıyla hakkın koruma alanından daha geniş alan oluşturan yaşam alanını ifade eder.³⁹⁴ Bu ayrım aslında gerekli bir ayrımdır. Eğer anayasal hak inceleme şemasında hakkın kapsamı yer alıyorsa,

³⁹¹ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 58; Hermes, "Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten", s. 343; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 24-25.

³⁹² Kay Hailbronner, "Freizügigkeit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 329 vd.

³⁹³ Edzard Schmidt-Jortzig, "Meinungs- und Informationsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 892 vd.

³⁹⁴ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 57; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 82-83; Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", s. 174; Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", s. 319-320; von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 41; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 25; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 987; Starck, "Artikel 1", s. 138; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 83; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 127-128; Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 10, 14; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 89; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 122; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 21, 28-29; Kluth, **Grundrechte**, s. 91.

hakkın kapsamında yer almayan bir alanın da bulunması mantığın bir gereğidir. Dolayısıyla yorumlama faaliyetiyle hakkın kapsamının/koruma alanının yaşam alanından/düzenleme alanından çıkarılması, diğer bir deyişle elde edilmesi gerekir. Bu ayırım kaçınılmaz bir şekilde, hermeneutik yaklaşımı beraberinde getirmektedir. Hermeneutik, objektif bir bilgi diye bir şey olmadığını ve yorumlamanın her zaman ilgili yorumcunun ön-anlayışına bağlı olduğunu gösterir.³⁹⁵ Modern hermeneutik, hukuk biliminin başka bir yaşam alanını ortaya çıkarmıştır: olgu ve normun katı ayrımı. “Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir” cümlesi sadece normatif (olması gereken) ifadeyi içermez: “Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim özgür olmalıdır”. Bu ifade aynı zamanda sanat, bilim, araştırma ve öğretim ile ilgili norm metninin yorumcusu tarafından kavranacak ve daha sonra cümlenin normatif ifadesiyle ilişkilendirilecek somut olgusal unsurları da belirler. Ancak somut olay için belirleyici olan unsurlar, “sanat”, “bilim” vb. olgular olmaksızın yorumlanamaz. Bu nedenle yaşamın bazı gerçekleri, normun belirlenmesinde etkili olur.³⁹⁶

Anayasal hak normları, yaşam alanından/gerçeklikten soyutlanmadığından, anayasal hakların kapsamı da koruduğu yaşam alanı/nesne dikkate alınarak belirlenmelidir. Nitekim yalnızca klasik yorum yöntemleri ile değil, özellikle anayasal hakların topluma olan açıklığı gözetilerek yaşam alanı ile anayasa tarafından güvence altına alınan anayasal hak normu arasındaki ilişkinin incelenmesi gereklidir.³⁹⁷ Temelde anayasal hakların dar veya geniş yorumlanmasını belirleyen husus, anayasal hakların üzerine temellendiği yaşam alanlarıdır. Burada öncelikle anayasal hakların konusuna ilişkin nesneyle şekillenen (*sachgeprägte*) ile hukuk tarafından geliştirilen (*rechtserzeugte*) anayasal haklar arasında bir ayırım yapmak gerekir.³⁹⁸ Nesneyle şekillenen anayasal haklar, büyük bir etkililiğe sahip olan yaşam, inanç, meslek, iletişim (ifade) gibi konuları içerir. Hukuk tarafından geliştirilen haklar ise kurumsal anayasal hakları ifade eder. Bu bağlamda, hukuk tarafından geliştirilen anayasal hakların

³⁹⁵ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 67; Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 62-63; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 61.

³⁹⁶ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 67-68; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 181. Aksi yönde bkz. Klement, “Grundrechtliche Schutzbereich”, Rn. 20.

³⁹⁷ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 295; Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 42.

³⁹⁸ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 440; Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 29; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 79-80; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 96-97; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 17-18.

konusunu evlilik, aile, mülkiyet gibi hukuk düzenin kurumları oluşturur.³⁹⁹ Nesneye şekillenen anayasal hakların kapsamında büyük ölçüde anayasal hakların konusu etkin olmaktadır, hukuk tarafından geliştirilen anayasal hakların kapsamında, hukuk düzeni/yasalar belirleyici bir etkidir.

Anayasal haklar, anayasa koyucunun bilinçli bir kararı ve özgül ve olgusal güvenceleridir. Anayasal haklar, en başından itibaren hukuk geleneği içinde şekillenen nesnel ve objektif olarak sınırlı bir koruma alanına/kapsama sahiplerdir.⁴⁰⁰ Her bir anayasal hakkın kendi özgün normatif içeriğinin/normatif argümanlarının belirlenmesi gerekir. Nitekim bu belirleme gerçekleştirildiğinde, anayasal hakların çatışmaları belirli bir oranda engellenmiş olacaktır.⁴⁰¹ Ancak anayasal hakların kapsamının *a priori* bir gereklilik olarak geniş yorumlanması, anayasal hakların esas koruyucu karakterini ortaya koyan özgün niteliklerinin/koruma araçlarının anlamlarının ve anayasal hakların ayırt edici niteliklerinin yitirilmesine ve her bir özgün anayasal hakkın bir genel fiil özgürlüğüne dönüşmesine yol açar.⁴⁰² Diğer taraftan her bir anayasal hakkın kendi özgün içeriğinin belirlenmesi, özellikle dengeleme aşamasında uygulanacak olan normatif argümanları belirlemeye yardımcı olacak, belirli yapısal (dengeleme) kriterler oluşturulacak ve orantılılık testi büyük ölçüde rasyonelleştirilmiş olacaktır. FAYM'ın kararlarına bakıldığında, sözgelimi "yaşam" ve "konut" geniş yorumlanırken, "toplanma" ve "evlilik" dar yorumlanmaktadır. Dolayısıyla anayasal hakların kapsamının dar veya geniş olarak belirlenmesi soyut bir şekilde gerçekleştirilemez.⁴⁰³ Anayasal hakların kapsamlarının genişliğini belirleyen her bir anayasal hakkın koruduğu nesne ve konudur. Bir anayasal hak tarafından korunan bir nesne, bu anayasal hakkın

³⁹⁹ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 440-441; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 96-97; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 17-18.

⁴⁰⁰ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 293.

⁴⁰¹ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 454; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 294.

⁴⁰² Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 185.

⁴⁰³ Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 60. Benzer yönde bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 63; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 83; Bethge, "Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung", s. 135; Céline Martin, **Grundrechtskollisionen**, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007, s. 57; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 454; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 984, 987-988; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 127; Guckelberger, "Schranken der Grundrechte", Rn. 7; Katz, **Staatsrecht**, s. 296; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 229; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 294; .

kapsamını da belirler.⁴⁰⁴ Bu aslında, her yaşam alanının, ilgili anayasal sistem tarafından tanınma ve görünme biçimini ifade eder. Burada öncelikle her anayasal hakkın kapsamının düzenlediği özel konu ile tahdit edilmesi gerekir. Her bir anayasal hakkın mevcut bir vakaya uygulanabilirliği, norm metinlerinde de yer alan “sanat”, “bilim”, “din”, “inanç”, “toplanma” gibi kavramların belirlenmesi ile gerçekleşir.⁴⁰⁵ Bu belirleme ile aynı zamanda anayasal hakların birbirlerinden ayrımı da gerçekleşir. Bu bağlamda, yorum yöntemlerinin ve yorum ilkelerinin anayasal norm metinlerine bir uyum ve bir sistem içerisinde uygulanmaları gerekmektedir. Anayasal hak norm metnine, uygulanacak yorum yöntemlerinin ve yorum ilkelerinin sürükleyici/öncü unsuru teleolojik yorum yöntemi olmak zorundadır. Burada, yorum yöntemleri kullanılarak basitçe hakkın konusu ile hakkın konusunun mevcut toplumsal yapıdaki yeri ve bu toplumsal yapı ile ilişkisi dikkate alınır.⁴⁰⁶ Sözgelimi insan yaşamına ilişkin toplumsal algı embriyoyu da kapsarsa, yaşam hakkının doğmamış olan çocuca tanınması söz konusu olabilir.⁴⁰⁷ Konut dokunulmazlığı hakkının konusu konuttur. Burada, mevcut toplumsal yaşamda konutun birey için neyi ifade ettiği, bu kavramın işyerlerini kapsayıp kapsamadığının ele alınması gerekir. Konut dokunulmazlığı hakkı, kişinin özel alanını korumaktadır. İşyerlerinin de mevcut toplumsal yapıda bu özel alan niteliğini alıp almadığını değerlendirmek gerekir. İşyerlerinin, günümüz toplumunda konut fonksiyonu gösterdiği tespit edilirse, bu bağlamda konut dokunulmazlığı hakkının kapsamını daha geniş yorumlamak gerekecektir.⁴⁰⁸

Çoğunlukla halihazırda hukuki olarak biçimlendirilmiş durumda olan gerçek olgusal yapılar, anayasal hakların kapsamını büyük ölçüde oluşturmakta, pozitif hukuk normatifliğini en başından itibaren olgusal normatifiğe dönüştürmekte ve salt mantıksal somutlaştırma aşamalarının ayrılmasına izin vermemektedir. Lafız net olmasa ve norm ile lafız arasında büyük bir fark olsa da, norm metni genellikle somutlaştırma için

⁴⁰⁴ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 436, 454; Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 987; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 83; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 294.

⁴⁰⁵ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 308; Katz, **Staatsrecht**, s. 296-297; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 9.

⁴⁰⁶ Bkz. Oktay Uygun, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 8, Sayı 2, 1988, pp. 357-390, s. 360-361.

⁴⁰⁷ Krş. BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁴⁰⁸ Krş. BVerfGE 32, 54 - Betriebsbetretungsrecht [1971].

ilk başlangıç noktası ve kılavuzdur. Bu kılavuzluk, anayasal haklarda genellikle sadece bir anahtar kelime ile çağrıştırılır (“sanat”, “bilim”, “din”, “inanç”, “toplanma” vb.).⁴⁰⁹

Daha girift bir konu olan sanat özgürlüğü hakkının konusunu yani sanatı daha ayrıntılı bir şekilde ele almak yardımcı olacaktır. Burada, sanat özgürlüğünün yaşam alanını genel olarak sanat kavramı oluşturur. Bu yaşam alanının niteliğine ve yaşam alanının genel olarak toplum ve hukuk ile olan ilişkisinin niteliğine göre, anayasal hakkın kapsamı geniş veya dar yorumlanır. Sanat kavramını tanımlamaya çalışmak yerine ona tanımlanmasına yönelik çalışmaları bütüncül bir şekilde ele almak ve idrak etmek gerekir. Sanatı tanımlama çalışmaları genel olarak ifadeye, biçimciliğe, estetiğe, anti-özcülüğe, tarihsel yaklaşımlara, tarihsel fonksiyonculuğa dayanan yaklaşımlardan oluşmaktadır.⁴¹⁰ Sanat özgürlüğü hakkının kapsamını belirlemek, bir ölçüde bu yaklaşımlara hâkim olmayı da gerektirmektedir. Burada, sanatın yaşam alanını çalışan kişi, sanatın geleceğe dönük ve avangart yapısı ile hukukun toplumsal yapı içinde oluşan ve geçmişe ait yapısı arasındaki çatışmasını dikkate alması ve özellikle alışılmışın dışında olan yaratımlara ihtiyatla yaklaşması gerekir. Zira sanat, yaratıldığı toplumsal yapının kalıplarına uymayan ve hatta belirli ölçüde bu kalıpları değişime zorlayan bir dünyayı ifade ederken, hukuk, daha çok geçmişten günümüze hantal bir şekilde evrim geçiren bir yapıdır.⁴¹¹ Sanat eserlerinin, özellikle avangart sanat eserlerinin değerinin belirli bir zaman geçtikten sonra anlaşılması, sanatsal yaratımlara daha hassas yaklaşma gereğini ortaya koyar.⁴¹² Dolayısıyla sanat özgürlüğü hakkının yaşam/düzenlenme alanı, dikkate alındığında hakkın kapsamının geniş bir şekilde

⁴⁰⁹ Friedrich Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, s. 156.

⁴¹⁰ Robert Stecker, **Aesthetics and the Philosophy of Art: An Introduction**, 2.Edition, Plymouth, Rowman&Littlefield Publishers, 2010, s. 99 vd.; Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 13 vd.

⁴¹¹ Paul Kearns, **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford, Hart Publishing, 2013, s. 67-68; Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 57.

⁴¹² AİHM’in önüne gelen *Wingrove* vakasında Britanya Film Sınıflandırma Kurulu (British Board of Film Classification) “Vecd Görüleri” (*Visions of Ecstasy*) isimli filmi sınıflandırmayarak filmin gösterimine engel olmuştur. AİHM’in devletin müdahalesinin ihlal teşkil etmediğini kabul ettiği bu karardan 16 yıl sonra, 2012 yılında Britanya Film Sınıflandırma Kurulu filmi 18 yaş sınırı ile sınıflandırmıştır. Bkz. James Joseph Greaves Lowe, “Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, **The University of Edinburgh**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, s. 15; Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 227 vd. Ayrıca bkz. <https://www.bbfc.co.uk/education/case-studies/visions-of-ecstasy> (Çevrimiçi: 19.08.2022); <https://www.bbfc.co.uk/release/visions-of-ecstasy-film-qxnzzxq6vltgnze5nzc4> (Çevrimiçi: 19.08.2022).

yorumlanması gerekmektedir.⁴¹³ Bu bağlamda, FAYM'ın *Zürich Spreycisi* kararında⁴¹⁴ sanat özgürlüğü hakkının kapsamını oldukça dar yorumlaması yerinde değildir.⁴¹⁵

Anayasal hakların kapsamı davranış-merkezli değil, vaka-merkezli olarak belirlenir. Vakanın koşulları, bir davranışın, durumun, pozisyonun veya menfaatin bir hakkın kapsamında yer alıp almadığını belirler.⁴¹⁶ Anayasal hakların kapsamlarının sınırları/hudutları, ayrıca *a priori* ve kesin olarak belirlenemez. Anayasal hakların kapsamı, belirli ölçüde bir esneklik içerir. Birisinin özgürlüğünün başladığı yerde, diğerinin özgürlüğü bittiği doğru olsa bile, hakkın kapsamının hudutları, bir “alan” belirtebilecek şekilde kesin olarak çizilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda somut vakanın iyi bir şekilde değerlendirilmesi önemlidir.⁴¹⁷ Olgusal alanda yaşanan değişim, olması gereken alana da sirayet etmeye ve bir anayasal dönüşüme her zaman eğilimlidir.⁴¹⁸ Anayasal hakların kapsamı statik bir yapıda değildir. Toplumsal yaşamın gelişimine koşut olarak, anayasal hakların güvence altına aldığı davranışlar, pozisyonlar, durumlar ve menfaatler genişler.

Burada ayrıca anayasal hak çatışmalarının anayasal hakların kapsamını daraltıp daraltmayacağını belirtmek gerekir. Doktrinde kurgusal veya gerçekleşen birçok örnek çerçevesinde bu husus incelenir. Genel olarak, başkasının arabasına bir sanat eseri oluşturma düşüncesi ile beton dökme⁴¹⁹, tiyatro sahnesinde bir kişinin gerçekten öldürülmesi⁴²⁰, dini inanç gereği ölen eşle birlikte yakılma⁴²¹, çok evlilik⁴²² veya bir

⁴¹³ Krş. Müller, **Strukturierende Rechtslehre**, s. 164.

⁴¹⁴ BVerfG, NJW, 1984, pp. 1293-1295, s. 1293 vd - Auslieferung des “Sprayers von Zürich” an die Schweiz.

⁴¹⁵ Bu yönde bkz. BVerfGE 142, 74 (104) - Sampling [2016]; BVerfG, NJW, 2021, pp. 1939-1941, s. 1940 - Kein Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit bei Veränderung eines Grabmals. Krş. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 242.

⁴¹⁶ Letsas, “The Scope and Balancing of Rights”, s. 47-50; Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 88-89.

⁴¹⁷ Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 994-995.

⁴¹⁸ Bkz. Uygun, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları”, s. 360-361; Krş. Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 1005.

⁴¹⁹ Martin Kriele, “Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer”, **Recht-Vernunft-Wirklichkeit**, Ed. by Martin Kriele, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, s. 617.

⁴²⁰ Rübner, “Grundrechtskonflikte”, s. 460; Josef Hoffmann, “Kunstfreiheit und Sacheigentum: Bemerkungen zum “Sprayer“-Beschluss des BVerfG “, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985, pp. 237-246, s. 244 dipnot 101; Günter Zöbeley, “Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985, pp. 254-258, s. 244; Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 53-54, dipnot 31.

⁴²¹ Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 643; Starck, “Artikel 1”, s. 159-160.

⁴²² Rübner, “Grundrechtskonflikte”, s. 460.

müziyenin çaldığı müzikle geceleyin komşularına rahatsızlık vermesi⁴²³ örnekleri verilir.⁴²⁴ Anayasal hakların çatışması söz konusu olduğunda veyahut bir anayasal hak, diğer anayasal haklarla ve değerlerle çatışacak şekilde kullanıldığında, söz konusu hak kullanımının anayasal hakkın kapsamında olup olmadığına *a priori* olarak karar verilmeyeceğini belirtmek gerekir. Anayasal haklarla veya değerlerle çatışan bir anayasal hak kullanımının, bir anayasal hakkın kapsamında olup olmadığı, söz konusu anayasal hak norm metnine uygulanan yorum yöntemleri ile belirlenir. Bu bağlamda, sanat özgürlüğünün başkasının mülkiyet hakkı ile çatışacak şekilde kullanılmasında, söz konusu yaratımın mahiyeti önem teşkil eder. Şehirdeki yeni binaların görüntü kirliliğine sebep olduğunu göstermek için bir kişinin/sanatçının bu binalara resim çizmesi⁴²⁵ aslında sanat özgürlüğü hakkının kapsamından dışlanamaz. Zira bir kişinin bu binalara resim çizmesi, sanat özgürlüğünün etki alanından (*Wirkbereich*) ziyade sanatın yaratım/eser alanına (*Werkbereich*) dahil olabilecek bir davranıştır. Burada görüntü kirliliğini gösterme düşüncesini sanatına ancak bu şekilde yansıtabileceği bir durum da söz konusudur. Nitekim yukarıda ifade edilen sanat özgürlüğü hakkının konusunun avangart niteliği, buradaki çatışmayı hakkın kapsamında değil, sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasında çözmeyi gerektirir.

Anayasal hakların kapsamı ve içkin sınırlamalar/tahditler⁴²⁶, anayasal hakların güvence altına aldığı içeriği, özgürlüğü ve anayasal hakların sınırlarını belirler. Ancak içkin sınırlamanın belirlediği tahditler haricinde, genel olarak anayasal hakların kapsamı, anayasal hakların kullanım şekillerini belirlemez. Kapsam, anayasal hakların yalnızca çerçevesini belirlemektedir. Anayasal hakların içeriksel kullanım şekillerinin belirlenmesi, kural olarak anayasal hak sahiplerine aittir.⁴²⁷ İfade özgürlüğünü kullanan bir kişi bunu hangi tema ve konsept içerisinde kullanacağını belirleyebilir. Bu özgürlüğü, pozitif ve negatif bir şekilde kullanmak da hak sahibinin takdirindedir.⁴²⁸

⁴²³ Kriele, "Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer", s. 617.

⁴²⁴ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 239.

⁴²⁵ Bkz. BVerfG, NJW, 1984, pp. 1293-1295, s. 1293 vd. - Auslieferung des "Sprayers von Zürich" an die Schweiz; N. v. Switzerland, App. No. 9870/82, Decision of 13 October 1983.

⁴²⁶ Bkz. **Bölüm 2.3.**

⁴²⁷ Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", s. 187; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 444-445.

⁴²⁸ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 445.

1.3.1.1.2.4. Hakkın Kapsamının Belirlenmesine İlişkin Bazı Örnek Kararlar

Anayasal hakların düzenlendiği norm metinleri, geniş, muğlak ve dinamik yorumlara açıktır. Bu sebeple, anayasal hak norm metinleri, yoruma çok fazla alan bırakır ve değişen olgusal/tarihsel bağlamı ve vakanın koşullarını dikkate almayı gerektirir.⁴²⁹ Anayasal hak normlarının metinleri oldukça sınırlı bir etki alanına sahip olduğundan, hakkın kapsamı, çoğunlukla tarihsel, sistematik ve teleolojik yorumla da belirlenir. Metnin tarihsel, sistematik ve teleolojik yorumu ile bir toplanmada, birden fazla insanın⁴³⁰, aynı ortak amaçla toplanması⁴³¹ ve bu toplanmanın kamusal tartışmaya/düşünce oluşumuna katkıda bulunma ortak amacına yönelmesi⁴³² gerekir. Nitekim *Love Parade*⁴³³ kararında, FAYM, toplanma özgürlüğünün, Alman Anayasası'nın oluşturduğu özgür demokratik düzen içerisinde kamusal fikir oluşum süreci üzerinden anayasal bir öneme sahip olduğunu belirtmiştir (genetik yorum + teleolojik yorum).⁴³⁴ FAYM, yerel mahkemelerin *Love Parade*'in bir fikir oluşumuna katkıdan daha çok dans ve müzikle bir eğlence niteliğinde olduğunu ve bu yüzden toplanma özgürlüğü tarafından kapsamadığını içtihat etmesinde herhangi bir sorun görmemiştir.⁴³⁵ Böylece Madde 8/1 ile güvence altına alınan toplanma özgürlüğünün kapsamı, kamusal fikir oluşum sürecine katkıda bulunma ve bunun söz konusu toplanmanın büyük bir çoğunluğu gösterilmesi amacı ile daraltılmıştır. Bu amacı büyük bir oranda taşımayan toplanmalar, toplanma özgürlüğünün kapsamından çıkmıştır.

2011 yılında verilen *Fraport* kararında⁴³⁶ toplanma özgürlüğünün kapsamı

⁴²⁹ Klaus Schlaich - Stefan Koriath, **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung**, München, C. H. Beck, 2021, Rn. 14. Aynı yönde bkz. Hopfau, "Einleitung", s. 62.

⁴³⁰ *BVerfG, 1 BvQ 28/01*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 16; *BVerfGE 111, 147* (154-155) - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]; *BVerfGE 128, 226* (250) - Fraport [2011].

⁴³¹ *BVerfGE 69, 315* (342-343) - Brokdorf [1985]; *BVerfG, 1 BvQ 28/01*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 16; *BVerfGE 104, 92* (104) - Sitzblockaden III [2001]; *BVerfGE 111, 147* (154-155) - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]; *BVerfGE 128, 226* (250) - Fraport [2011].

⁴³² *BVerfG, 1 BvQ 28/01*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 16; *BVerfGE 104, 92* (104) - Sitzblockaden III [2001]; *BVerfGE 111, 147* (154-155) - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]; *BVerfGE 128, 226* (250) - Fraport [2011].

⁴³³ *BVerfG, 1 BvQ 28/01*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001.

⁴³⁴ *BVerfG, 1 BvQ 28/01*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 16.

⁴³⁵ *BVerfG, 1 BvQ 28/01*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001, para. 16-26.

⁴³⁶ *BVerfGE 128, 226* - Fraport [2011].

geniş yorumlanmıştır. Bu vakada, havaalanında gösteri yapmanın, broşür veya ilan dağıtmanın havaalanı işletmesinin onayına tabi tutulmasına rağmen, şikâyetçi 2000 ile 2007 yılları arasında havaalanında, bazen havaalanı işletmesinin izni ile bazen de izni olmadan birçok gösteri ve yürüyüş düzenlemiştir. 11 Mart 2003'te şikâyetçi, "Sınır Dışı Edilmeye Karşı Girişim"den (*Initiative gegen Abschiebungen*) 5 aktivist ile gösteri düzenlemiş ve bu gösterinin ardından, havaalanı işletmesi şikâyetçinin havaalanına girişini yasaklamış ve bu yasağı ihlal etmesi halinde, hakkında cezai sürecin başlatılacağını belirtmiştir.⁴³⁷ *Fraport* vakası, toplanmanın daha çok nerede gerçekleştiği ile diğer bir deyişle, havaalanında gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ile ilgilidir. Mahkeme öncelikle, toplanma özgürlüğünün genel olarak kamuya açık olmayan veya yalnızca belirli amaçlar için giriş izni verilen yerlere giriş hakkı vermediğini belirtir.⁴³⁸ Mahkeme, bireyin istediği yerde toplanma özgürlüğü hakkının kapsamından, "genel olarak kamuya açık olmayan veya yalnızca belirli amaçlarla girilebilen yerleri" dışlar. Bununla birlikte, Mahkeme, toplu ulaşımın/taşımacılığın açık olduğu ve genel trafiğe açık olan yerleri, yalnızca belirli amaçlarla girilebilen yerleri istisna olarak belirler. Bunu yaparken de Mahkeme, bu yerlerin, vatandaşların endişelerini etkili bir şekilde kamuoyuna sunabilecekleri ve bunu iletişimi başlatmak için kullanabilecekleri *doğal* ve *tarihsel* olarak belirleyici bir forum olduğuna dayanır (tarihsel yorum + teleolojik yorum).⁴³⁹ Mahkeme bu noktada, bir ayırım daha yapar ve kontrollü girişin söz konusu olduğu ve sınırlı amaçlar için izin verilen yerleri, hakkın kapsamından dışlar. Buna göre, bir kurumun veya işletmenin giriş kontrolü yalnızca belirli kişilerin o kurum veya işletmeye girişine izin veriyorsa, bu yerler genel trafiğe açık değildir ve bu yüzden toplanma özgürlüğü bu yerler için geçerli değildir.⁴⁴⁰ Ancak burada Mahkeme, Kanada Yüksek Mahkemesi ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına dayanarak, bir yeri kamusal iletişim alanı olup olmadığına göre değerlendiren kamusal forum modelini benimser (karşılaştırmalı hukuk ilkesi + dinamik yorum ilkesi). Kamusal forum modeli çerçevesinde, bazı yerler -kamusal forumlar-, birden fazla faaliyeti ve fonksiyonu içerebilir ve böylece çeşitliliğe sahip ve açık bir iletişim ağı olan yerler olarak kabul edilir. Mahkeme, bu şekilde birden fazla amaca ve fonksiyona sahip olan kamusal forumlar ile yalnızca bir veya oldukça belirli bir amaç için kamuya açılan ve bu muayyen amaç

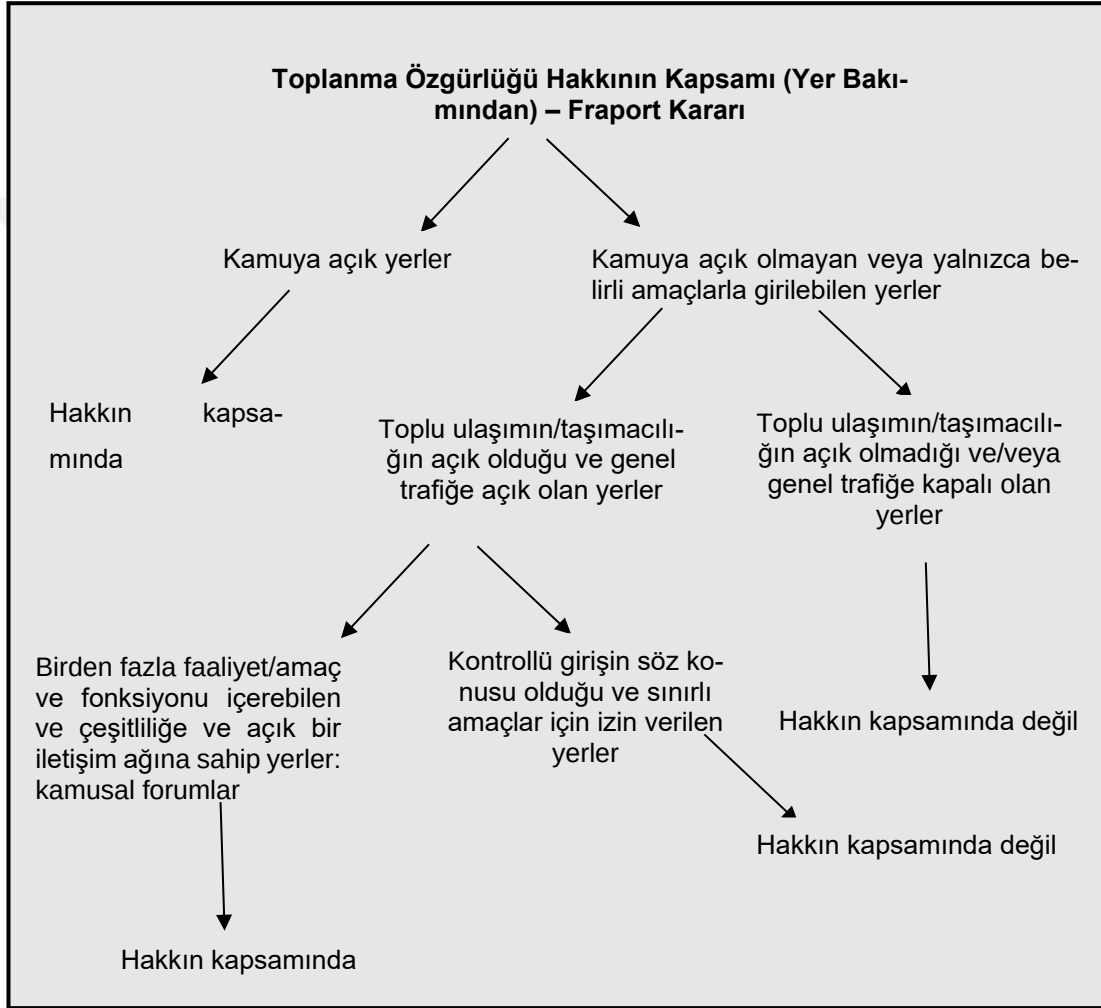
⁴³⁷ BVerfGE 128, 226 (227 vd.) - Fraport [2011].

⁴³⁸ BVerfGE 128, 226 (251) - Fraport [2011].

⁴³⁹ BVerfGE 128, 226 (251) - Fraport [2011].

⁴⁴⁰ BVerfGE 128, 226 (252-253) - Fraport [2011].

için tasarlanan yerler arasında bir ayırım yapar. İlk durumda, Madde 8/1 uygulanabilirken, ikinci durumda uygulanamaz. Mahkeme, gezinme, oyalanma ve görüşme için olan mağazaların, hizmet sağlayıcıların, restoranların ve dinlenme alanlarının bir araya geldiği yerlerin belirli bir amaç için kamuya açılan yerlerden olmadığını ve kamusal forum olduğunu belirtir. Vakada havaalanında gerçekleşen toplanmayı bu bağlamda, hakkın kapsamında kabul eder.⁴⁴¹



Tablo - 1

Görülebileceği üzere Mahkeme, tarihsel ve teleolojik yorumu kullanarak hakkın kapsamı bakımından kamuya açık olan yerler ve kamuya açık olmayan veya yalnızca belirli amaçlarla girilebilen yerler ayrımını yapmış ve diğer ayrımlara gerekçe oluşturmuştur. Burada da, karşılaştırmalı hukuku kullanarak, kamusal forum istisnasına, diğer bir deyişle dinamik yoruma gerekçe oluşturmuştur.⁴⁴² Mahkemelerin yorum

⁴⁴¹ BVerfGE 128, 226 (253-255) - Fraport [2011].

⁴⁴² Karşılaştırmalı hukuk ilkesinin dinamik yorum ilkesine gerekçe olarak kullanıldığı yönünde

yöntemlerini ve ilkelerini kullanırken, muhakkak surette dar veya geniş yorumu tercih etmesine gerek yoktur. Burada önemli olan mahkemelerin belirli sonuçlara ulaşırken veya dar veya geniş yorum yaklaşımını benimserken, yeterli nitelikte gerekçe sunmasıdır. Bu ise en iyi şekilde mahkemelerin yorum yöntemlerini ve ilkelerini kullanması ile mümkündür. Yine de Mahkeme'nin bu kararda, havaalanı içerisinde de yalnızca yolcuların ulaşımını sağlayan terminaller ile mağazaların, hizmet sağlayıcıların, restoranların ve dinlenme alanlarının bir araya geldiği alanları birbirinden ayırması daha yerinde olurdu. Böyle bir ayırım yapılması durumunda, terminallerde, toplanma özgürlüğünün uygulanması kabul edilmezken, diğer alanlarda toplanma özgürlüğünün uygulanması kabul edilecektir.⁴⁴³

Fraport kararında Mahkeme, aslında kriterlerini değiştirmemiştir. Mahkemeye göre, Madde 8/1 tarafından güvence altına alınan halen "kamuoyu oluşumuna katılmayı amaçlayan ortak bir tartışma veya gösteri amacıyla bir yerde diğer insanlarla bir araya gelme özgürlüğü"dür.⁴⁴⁴ İdeal halinde, gösteriler, bir taraftan gösteriye katılanlar tarafından kanaatlerinin toplum içinde diğer kimseler tarafından onaylanmasının deneyimlenmesi ve bu kanaatlerin ortak fiziksel görselleştirilmesidir, diğer taraftan ise bu kişiler tarafından bir görüşte saf tutulması ve kendi görüşlerine tanıklık edilmesidir.⁴⁴⁵ Dolayısıyla *Fraport* kararında kamuoyuna katkıda bulunma unsuru halen Madde 8/1 tarafından güvence altına alınan toplanma özgürlüğünün bir unsurudur. Bununla birlikte, Mahkemenin toplanma özgürlüğünü kullanım modlarındaki serbestliğe özel vurgusu bulunmaktadır. Buna göre, Madde 8/1, toplanmanın, nerede, ne zaman ve hangi koşullarda gerçekleşeceğini belirleme hakkını hak sahibine tanır.⁴⁴⁶

*Elfes*⁴⁴⁷ kararında FAYM, Alman Anayasası Madde 11/1'de düzenlenen seyahat özgürlüğünün, norm metninde geçen "bütün federal topraklarda" ibaresinden ve anayasa koyucunun tarihsel amacından yola çıkarak yurt dışına çıkma özgürlüğünü içermediği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁴⁸ Yine aynı kararda Mahkeme, Madde 2/1'de

bkz. Topukçu, "Anayasa Mahkemeleri Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog", s. 84-85; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 57.

⁴⁴³ Bu yöndeki Hâkim Schluckebier'in karşı oyu için bkz. *BVerfGE* 128, 226 (272 vd.) - *Fraport* [2011].

⁴⁴⁴ *BVerfGE* 128, 226 (250) - *Fraport* [2011].

⁴⁴⁵ *BVerfGE* 128, 226 (250) - *Fraport* [2011].

⁴⁴⁶ *BVerfGE* 128, 226 (250-251) - *Fraport* [2011]. Aynı yönde bkz. *BVerfGE* 69, 315 (343) - *Brokdorf* [1985].

⁴⁴⁷ *BVerfGE* 6, 32 - *Elfes* [1957].

⁴⁴⁸ *BVerfGE* 6, 32 (34-35) - *Elfes* [1957].

düzenlenen “kişiliğini geliştirme hakkının” genel bir fiil özgürlüğü olup olmadığına karar verirken, öncelikle sınırlama klotunda yer alan “ahlak kurallarına aykırı olmama” sınırlama ölçütü bakımından bir değerlendirme yapmıştır (sistemik yorum). Madde 2/1’de düzenlenen özgürlüğün yalnızca kişiliğin çekirdek alanını kapsamasının kabul edilmesinin, bu sınırlama ölçütü ile uyuşmadığını ifade etmiştir.⁴⁴⁹ Nitekim Mahkeme, anayasanın hazırlık çalışmalarında, bu maddenin bir önceki halinin “herkes dilediğini yapabilir veya yapmaktan kaçınabilir” olarak ifade edildiğini ve bunun hukuki bir mülahaza dolayısı ile değil dilbilimsel sebeplerden ötürü değiştirildiğini ortaya koymuştur (genetik/tarihsel yorum). Buna dayanarak Mahkeme, Madde 2/1’in genel fiil özgürlüğünü içerdikini bulgulamıştır.⁴⁵⁰ FAYM, *İşletme Giriş*⁴⁵¹ kararında, Madde 13/1’de düzenlenen konut dokunulmazlığının, işletmeleri kapsayıp kapsamayacağını incelerken, öncelikle konut dokunulmazlığının tarihsel gelişimini izlemiştir. Buna göre 1848/1850 tarihli Prusya Anayasası döneminde, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından konut dokunulmazlığının geniş yorumlandığı ve bunun Weimar Anayasası döneminde devam ettirildiğini belirtmiştir.⁴⁵² Bu geniş yorum, karşılaştırmalı hukukla da desteklenmiştir.⁴⁵³ Mahkeme, konut teriminin geniş yorumundan ayrılmak için herhangi bir gerekçe olmadığını ve kişinin mesleğinin, kişiliğinin gelişiminin bir parçası olduğunu dile getirmiştir. Madde 13/1’in lafzi yorumunun yeterli olmadığını belirten FAYM, konut teriminin yukarıdaki gerekçelerle özel alanı ifade ettiğine ve işyerlerini ve işletmeleri kapsadığına karar vermiştir.⁴⁵⁴ AİHM de ofisleri ve ticari işletmeleri konut kavramına dahil etmiştir. AİHM’e göre, konut ile işyerleri arasında kesin bir ayrım yapmak çok mümkün değildir. Zira meslek veya işle ilgili faaliyetler bir kişinin özel konutundan yürütülebilirken, işle ilgili olmayan faaliyetler de ofislerde veya ticari işletmelerde yürütülebilir.⁴⁵⁵

Eşcinsel evlilik hususunda, AİHM de AİHS Madde 12’de düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkının kapsamını yorumlarken, maddenin lafzi, tarihsel ve sistemik yorumuna başvurmuştur. Mahkeme, diğer bütün Sözleşme haklarında, madde

⁴⁴⁹ BVerfGE 6, 32 (36) - Elfes [1957].

⁴⁵⁰ BVerfGE 6, 32 (36-37) - Elfes [1957].

⁴⁵¹ BVerfGE 32, 54 - Betriebsbetretungsrecht [1971].

⁴⁵² BVerfGE 32, 54 (69-70) - Betriebsbetretungsrecht [1971].

⁴⁵³ BVerfGE 32, 54 (70) - Betriebsbetretungsrecht [1971].

⁴⁵⁴ BVerfGE 32, 54 (70 vd.) - Betriebsbetretungsrecht [1971].

⁴⁵⁵ *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, Judgment of 16 December 1992, para. 30; *Buck v. Germany*, App. No. 41604/98, Judgment of 28 April 2005, para. 31; *Petri SALLINEN and Others v. Finland*, App. No. 50882/99, Judgment of 27 September 2005, para. 70.

metinlerinde “herkes” ya da “hiç kimse” gibi ibareler yer alırken, AİHS Madde 12’de hak süjesinin bir kadın ve bir erkek olarak ifade edilmesi ve Sözleşme’nin hazırlandığı dönemde yalnızca geleneksel evliliğin düşünülebilmesi sebepleriyle eşcinsel evliliğin evlenme hakkının kapsamına giremeyeceğini ortaya koymuştur.⁴⁵⁶ Bununla birlikte, Mahkeme, teleolojik yorum yönteminin ve karşılaştırmalı hukuk ilkesinin kaynaştığı “Avrupa konsensüsü”ne⁴⁵⁷ dayanarak, evlilik kurumunda büyük sosyal değişimleri ve AB Temel Haklar Şartı Madde 9’da düzenlenen evlenme hakkının daha geniş bir şekilde düzenlendiğini kaydederek artık Madde 12’nin yorumunun farklı cinsiyetten kişilerin evlenmesi ile sınırlı tutulamayacağını ifade etmiştir.⁴⁵⁸

Sanat özgürlüğü hakkı bakımından FAYM yerinde bir şekilde (sanat özgürlüğünün dinamik yaşam alanından dolayı) geniş bir yaklaşım benimsemiştir. FAYM, şikâyetçilerin başka bir müzik parçasından aldıkları alıntıyı (*sample*) kendi müzik parçalarında kullanmasını sanat özgürlüğü hakkının kapsamında görmüştür. Şikâyetçiler başka bir müzik parçasındaki iki saniyelik bir ritim sekansını kullandıkları için derece mahkemeleri tazminat kararı vermiştir.⁴⁵⁹ Mahkeme’ye göre, sanat özgürlüğünün kapsamının, sanatsal gelişim amacıyla bir başkasının fikri mülkiyetinin izinsiz kullanımını

⁴⁵⁶ *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 55.

⁴⁵⁷ Bkz. *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, App. No. 16130/90, Judgment of 30 June 1993, para. 35; *Demir and Baykara v. Turkey*, App. No. 34503/97, GC Judgment of 12 November 2008, para. 84-85; *Rees v. the United Kingdom*, App. No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986, para. 37; *Cossey v. the United Kingdom*, App. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, para. 40; *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, App. No. 22985/93; 23390/94, GC Judgment of 30 July 1998, para. 57-58; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. No. 28957/95, GC Judgment of 11 July 2002, para. 84-85; *Wemhoff v. Germany*, App. No. 2122/64, Judgment of 27 June 1968, para. 9; *James and Others v. the United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment 21 February 1986, para. 40. Alman Anayasası Madde 6’da düzenlenen ve açık bir şekilde bir kadın ve erkeğin birlikteliği olarak ifade edilen evlenme hakkında FAYM da benzer şekilde, aynı cinsiyetten olan partnerlerin evlenme özgürlüğünün, Madde 6’dan elde edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. *BVerfG, NJW*, 1993, pp. 3058-3059, s. 3058 - Kein Recht auf Eheschließung für gleichgeschlechtliche Partner. Bununla birlikte Alman Medeni Kanunu Madde 1353/1 uyarınca eşcinsel evliliğe 2017 yılından bu yana izin verilmiş bulunmaktadır. Kingreen - Poscher, *Grundrechte*, s. 224-225. Ancak bu değişimin anayasa altı mevzuatta gerçekleştiğini de dikkate almak gerekir.

⁴⁵⁸ *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 59-61. Benzer yönde bkz. Yüksel Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2006, pp. 99-109, s. 101-102; Bununla birlikte Mahkeme, *Fedotova ve Diğerleri* kararında, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin asgari olarak resmi bir şekilde tanınması, diğer bir deyişle medeni birliktelik (*civil union/partnership*) statüsünün yasada tanınması pozitif edim yükümünü Taraf Devletlere yüklemiştir. Ancak AİHS Madde 12 bakımından bir şikâyet olmadığı için Mahkeme Madde 8’den ihlal bulmuştur. Bkz. *Fedotova and Others v. Russia*, App. No. 40792/10; 30538/14; 43439/14, GC Judgment of 17 January 2023, para. 156 vd. Benzer yönde bkz. *Przybylska and Others v. Poland*, App. 11454/17 and 9 others, Judgment of 12 December 2023, para. 97 vd.

⁴⁵⁹ *BVerfGE* 142, 74 (75 vd.) - Sampling [2016].

veya ihlal edilmesini en başından itibaren kapsamadığı iddia edilemez. Mülkiyet güvencesinin sanat özgürlüğü güvencesine veyahut sanat özgürlüğünün mülkiyet güvencesine böyle bir temel önceliği anayasadan türetilemez. Bununla birlikte, her sanat eseri, nasıl ve nerede gerçekleştiğine bakılmaksızın, en başında itibaren Madde 5/3'ün kapsamına girer. Nitekim FAYM, açıkça *Zürich Spreycisi* kararından döndüğünü de kabul etmiştir.⁴⁶⁰ FAYM sonraki bir kararında da bu kabulünü teyit etmiştir.⁴⁶¹

S.K.(B.)⁴⁶² başvurusunda, fuhşu meslek edinen bir kadının genelevde genel kadın olarak çalışma izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesi ile özel yaşama saygı hakkının kapsadığı bir menfaatin sınırlanıp sınırlanmadığı incelenmiştir. AYM, özel yaşam kavramının oldukça geniş yorumlandığını, korunan hukuki menfaatin bireysel özerklik olduğunu ve mahremiyet alanında cereyan eden cinsel tercihini belirleme hakkının, cinsel yönelim, cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dahil olduğunu belirlemiştir.⁴⁶³ Bununla birlikte Mahkeme, yetişkin bireylerin rızaya dayalı olsa dahi gerçekleştirdikleri her türlü cinsel eylem ve davranışın özel yaşama saygı hakkının kapsamında olmadığını şerh düşmüştür.⁴⁶⁴ AYM, içerdiği ekonomik faaliyet dolayısıyla fuhşun özel yaşama saygı hakkı kapsamında yer almadığını⁴⁶⁵, bireyin rızasıyla kendi onuruna mugayir davranışta bulunmasının insanlık bakımından kabul edilemez olduğunu⁴⁶⁶, rızaya dayalı olup olmamasına bakılmaksızın fuhşun insan onuru ve değeri ile bağdaşmadığını ve bu sebeple bireysel özerklik içerisinde yer alamayacağını⁴⁶⁷ belirlemiştir. Nihayetinde Mahkeme, başvurunun özel yaşama saygı hakkı ile ilgili olan kısmını konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁴⁶⁸

Sonuç olarak, her anayasal hakkın kapsamı genel bir dar veya geniş yorum yaklaşımıyla belirlenemez. Her anayasal hakkın kapsamı, kendine özgü bir şekilde hakkın düzenlediği yaşam alanı dikkate alınarak belirlenir. Yaşam alanı büyük ölçüde hakimlerin ön-anlayışını da vakalara taşır. Bu durum eleştirilebilir. Ancak norm

⁴⁶⁰ BVerfGE 142, 74 (104) - Sampling [2016].

⁴⁶¹ BVerfG, *NJW*, 2021, pp. 1939-1941, s. 1940 - Kein Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit bei Veränderung eines Grabmals.

⁴⁶² S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018.

⁴⁶³ S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 43-44.

⁴⁶⁴ S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 47.

⁴⁶⁵ S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 48.

⁴⁶⁶ S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 49.

⁴⁶⁷ S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 51.

⁴⁶⁸ S.K.(B.) *Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 57.

metinlerinin yorumlanmasında hakimlerin ön-anlayışlarının zımni veya açık olarak etki etmesi kaçınılmazdır. Diğer taraftan bu durum, mutlak bir keyfiliğe veya kararcılığa yol açmaz. Zira bu tezde hakimlerin ulaştıkları sonuçları yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri ile meşrulaştırmaları gerektiği kabul edilmiştir.

1.3.1.2. Anayasal Sınırlar

(Doğrudan) Anayasal sınırlar (*verfassungsunmittelbare Schranken/Grenzen*), lafzının bir sonucu olarak anayasal hakları doğrudan, dışarıdan devletin bir dahli olmaksızın⁴⁶⁹ sınırlayan (tahdit eden) ve devlet organlarına müdahale yetkisi veren anayasa normlarını ifade eder.⁴⁷⁰ Anayasal sınırlar, anayasal hakları tahdit etme işlevi gören anayasal statüye sahip normlardır.⁴⁷¹ Anayasal sınırlar, dolaysız bir şekilde anayasa metninden elde edilir.⁴⁷² Burada anayasal hakların sınırlandırılması/tahdidi için yasal bir dayanağa gerek bulunmaz.⁴⁷³ Zira burada anayasal hakkın sınırlandırılması değil, kapsamın tahdidi söz konusudur. Anayasal sınırlar ile anayasal hakkın kapsamı tahdit edilerek, tahdit edilen davranış, menfaat, pozisyon ve durum, en başından anayasal hakkın kapsamı içinde değerlendirilemeyecektir.⁴⁷⁴ Anayasal hakların, sınır-lama klostlarına göre sınırlandırılmasında, yasa koyucunun bir takdir alanı bulunurken, anayasa koyucu tarafından belirlendiğinden anayasal sınırlarda yasa koyucunun bir

⁴⁶⁹ Juliane Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschraken", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 871.

⁴⁷⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 246; Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", s. 357; Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **Anayasa Yargısı**, C. 19, Sayı 1, 2002, pp. 233-266, s. 236.

⁴⁷¹ Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschraken", s. 871.

⁴⁷² Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 246; Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschraken", s. 871.

⁴⁷³ Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschraken", s. 871; Karl August Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, Berlin, Walter de Gruyter, 1968, s. 6; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 328-329. Aksi yönde bkz. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 344. Alman Anayasası'nın ilk dönemlerinde Friedrich Klein ise açıklayıcı niteliğe sahip olsa da yasal bir dayanağın olması gerektiğini ileri sürer. Bkz. Hermann von Mangoldt - Friedrich Klein, **Das Bonner Grundgesetz**, 2. Auflage, Berlin, Franz Wahlen, 1955, s. 129. Guckelberger ise genel olarak anayasal sınırların yasayla daha somutlaştırılarak uygulanması gerektiğini belirtir. Bununla birlikte, yasal dayanağın yokluğunda, bu tür tahditlere başvurma eylemsizliğe tercih edildiği durumlarda anayasal sınırların doğrudan yürütme ve yargı organları tarafından kullanılabilmesini dile getirir. Bkz. Annette Guckelberger, "Verfassungsunmittelbare Schranken", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 27-28.

⁴⁷⁴ Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", s. 357-358.

takdir alanı bulunamaz.⁴⁷⁵ Burada, anayasal hakların kendi norm metinlerinden kaynaklanan anayasal sınırlar ile diğer anayasa maddelerinden kaynaklanan anayasal sınırlar arasında bir ayırım yapılır.⁴⁷⁶ Anayasal hakların norm metinlerinden kaynaklanan anayasal sınırlar, yalnızca ilgili anayasal hak bakımından geçerli iken, diğer anayasa maddelerinden kaynaklanan anayasal sınırların genel olarak bütün anayasal haklara uygulanma ihtimali vardır. Bu anlamda, genel anayasal sınırlar ve özel anayasal sınırlar ayrımı yapılabilir.⁴⁷⁷ Genel anayasal sınırlar için en büyük örnek hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.⁴⁷⁸ Alman Anayasası, Türk Anayasası ve AİHS'in pozitif metninde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı, öngördüğü koşullar ve usuller gerçekleştiğinde, hak sahibinin ilgili davranışını, menfaatini, durumunu ve pozisyonunu ilgili anayasal hakların kapsamından dışlamaktadır. Özel anayasal sınırlar için verilebilecek en büyük örnek ise toplanma özgürlüğüdür. Alman Anayasası, Türk Anayasası ve AİHS'de toplanma özgürlüğü, barışçıl, silahsız ve saldırısız toplanmayı güvence altına alır. Bu tip anayasal sınırlar, yalnızca ilgili davranışı, menfaati, alanı, hukuki pozisyonu ve durumu söz konusu anayasal hakkın kapsamından dışlamakla kalmaz, aynı zamanda genel olarak bütün anayasal hakların kapsamından bu davranışı, menfaati, alanı, hukuki pozisyonu ve durumu dışlar ve tahdit eder.⁴⁷⁹

Özel anayasal sınırlar, anayasal hakların norm metinlerin belirtilen negatif ve pozitif niteliklerle ortaya çıkar. Anayasal hakların kapsamı, anayasal hak norm metinlerinde belirtilen tipiklikte/niteliklerde (*Tatbestandsmerkmale*) ortaya çıkar.⁴⁸⁰ Bu tür

⁴⁷⁵ Bkz. Halil İbrahim Kılıç, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özü", **Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 33; Krş. Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 83-86. Aksi yönde bkz. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 331.

⁴⁷⁶ Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken", s. 872.

⁴⁷⁷ Bkz. Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", s. 362, 372 vd.

⁴⁷⁸ Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", s. 373 vd.; Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 60 vd.; Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. by Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 47.

⁴⁷⁹ Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", Rn. 12.

⁴⁸⁰ Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 65. Uygun, tipiklik/nitelik özellikleri ile anayasal sınırları birbirinden ayırır. Uygun'a göre, anayasal sınırlar, bir yasak öngörür. Bu bağlamda, tipiklik/nitelik özelliklerini anayasal sınırlar kapsamına dahil etmez. Ancak bu aslında anayasal sınırların dar bir yorumunu ifade eder. Zira Uygun'un anayasal sınırlarında, yalnızca anayasal yasaklar yer alır. Krş. Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", s. 359-361. Benzer yönde bkz. Guckelberger, "Verfassungsunmittelbare Schranken", Rn. 10. Nitekim Uygun daha sonraki eserinde ise anayasal sınırlar terimini kullanmamıştır. Uygun, burada anayasal yasaklar ile anayasal güvenceden yoksunluğu birbirinden ayırmıştır.

nitelikler, anayasal hakların korumasını tetikleyen tipikliğin bir tanımını ve bir parçasını oluşturur.⁴⁸¹ Genel olarak bunlar, bir kişinin veya davranışın varlığı, tipikliği oluşturan ve bu nedenle tipikliğin/kapsamın pozitif tipikliği/nitelikleri olarak da tanımlanabilen belirli özellikleridir.⁴⁸² Ancak bu pozitif tipikliğin/niteliklerin yanı sıra, bazen bir olgunun varlığının inkar edilmesiyle belirlenen ve bu nedenle tipikliğin negatif unsurları olarak kabul edilmesi gereken nitelikler de vardır.⁴⁸³ Negatif ve pozitif olup olmadığına bakılmaksızın, bütün nitelikler, anayasal hakların kapsamını tahdit eder.⁴⁸⁴ Sözgelimi sığınma hakkının tipikliği, Alman Anayasası Madde 16a'da Avrupa Toplulukları'na üye bir ülkeden gelmeme, Almanya'ya güvenli bir üçüncü ülkeden giriş yapmama negatif nitelikleri ve siyasi nedenlerle kovuşturmayla uğrama pozitif niteliği ile belirlenmiştir.⁴⁸⁵ Zorla çalıştırma yasağı, Alman Anayasası Madde 12/2'de, çalıştırılan işin herkese eşit olarak yüklenen genel kamu hizmeti mükellefiyetlerinden olmama negatif niteliği ile belirlenmiştir. Benzer şekilde zorla çalıştırma yasağı, Türk Anayasası Madde 18/2'de ve AİHS Madde 4/3'te belirli iş ve hizmetler (askerlik hizmeti, olağan vatandaşlık yükümlülükleri) tipikliğin negatif unsurları olarak belirlenmiştir. Bunlara ek olarak, toplanma özgürlüğü, Alman Anayasası Madde 8/1'de barışçıl ve silahsız, Türk Anayasası

Bkz. Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 59 vd. Uygun özel anayasal sınır olarak ifade ettiğimiz hususu, anayasal güvenceden yoksunluk olarak ele almıştır. Nitekim anayasal güvenceden yoksunluk da anayasal sınırlar ile aynı hukuki sonucu doğurur. Bkz. Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 83-86. İnceoğlu ise bunun için "anayasadaki norm alanının pozitifleştirilmiş sınırları" terimini kullanmıştır. Bkz. İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 48-49. Bu çalışmada, biz anayasal sınırların tipiklik/nitelik özelliklerini kapsadığını kabul ediyoruz. Benzer yönde bkz. Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018, s. 444-445; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 326; Ergün Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin, 2018, s. 112-113; Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, 15. Baskı, Ankara, İmaj, 2012, s. 56-57; Meltem Dikmen Caniklioğlu, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", **Prof. Dr. Mahmut Tefvik Bırsel'e Armağan**, Ed. by Hakan Pekcanitez, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2001, s. 487; Arda Atakan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırlarını Oluşturan Ölçütler", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 20-21; Kılıç, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özünü", s. 33. Nitekim Gözler, anayasal sınırlama yöntemlerini açıkça sınır koyma ve sınırlı bir şekilde tanıma olarak ikiye ayırır. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 329-330. Bu çalışmada, "açıkça sınır koyma", anayasal yasaklara karşılık gelirken, "sınırlı bir şekilde tanıma", tipiklik/nitelik özelliklerini ifade eder.

⁴⁸¹ Hermes, "Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalt", s. 343.

⁴⁸² Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 65.

⁴⁸³ Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 65.

⁴⁸⁴ Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 20.

⁴⁸⁵ Peter M. Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 1159-1160; Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 65-66.

Madde 34'te silahlı ve saldırısız ve AİHS Madde 11'de barışçıl pozitif veya negatif tipiklik nitelikleri ile güvence altına alınmıştır.⁴⁸⁶ Bilgi edinme hakkı, Alman Anayasası Madde 5/1'de, genel olarak erişilebilen kaynaklar ile tahdit edilirken, vicdani ret hakkının uygulanması ise Madde 4/3'te, yalnızca silahlı olan askerlik hizmeti ile tahdit edilmiştir.⁴⁸⁷ Bu pozitif ve negatif nitelikler, anayasal hakkın korumasını tetikleyen tipikliğin bir unsurunu/parçasını oluşturur. Bu sebeple, yasa kayıtlarına/sınırlama klostlarına bağlı olarak gerçekleştirilen sınırlamalardan farklı olarak, hakkın kapsamını ve hakkın korumasını tetikleyen tipikliği belirleyerek tahdit ederler.⁴⁸⁸

Anayasal sınırlar her durumda kendisini açık bir şekilde göstermez. Bazen bir ifadenin yasa kaydı mı yoksa anayasal sınır mı olduğu açık değildir. Dolayısıyla bunlar arasında keskin bir ayırım yapmak mümkün gözükmemektedir.⁴⁸⁹ Bu hususu açıklığa kavuşturacak kriterlerden birisi soyut-somut sınır ayırımıdır.⁴⁹⁰ Bir anayasal hak için öngörülen bir yasak ne kadar soyut olursa, o ölçüde olağan sınırlama rejimine, ne kadar somut olursa, o ölçüde anayasal sınıra yaklaşmaktadır.⁴⁹¹ Norm metinlerin yorumunda belirlenecek olan bu hususta, belirleyici en önemli kriter, genel-geçerliktir. İlgili sınırlamanın dengelemeye ihtiyaç duymadan her durumda geçerli olabilecek, diğer bir deyişle tipikleştirilebilecek bir nitelik olup olmadığı burada incelenir. Eğer söz konusu ibare/nitelik, oldukça soyut bir anlam ifade ediyorsa ve bu sebeple her somut vakada ayrı ayrı değerlendirilmesi ve dengelenmesi gerekiyorsa, bu durumda, söz konusu ibare bir anayasal sınır değil, bir yasa kaydını ifade eder. Ancak bu nitelik, somut ve her vakada geçerli olan bir istisnayı/tipikliği ifade ediyorsa, bu durumda bir anayasal sınır söz konusudur.⁴⁹² Sözgelimi, Türk Anayasası Madde 27/2'de belirtilen

⁴⁸⁶ Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", s. 66; Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 21-22.

⁴⁸⁷ Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 20-21.

⁴⁸⁸ Hermes, "Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten", s. 343.

⁴⁸⁹ Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 22-24. Aksi yönde bkz. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 331.

⁴⁹⁰ Bu ayrımı Tanör yapmaktadır. Bkz. Bülent Tanör, **Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul, BDS Yayınları, 1994, s. 200-220. Aynı yönde bkz. Atakan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler", s. 21-22; Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", s. 236-237. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 331.

⁴⁹¹ Krş. Tanör, **Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu**, s. 200.

⁴⁹² Doktrinde Uygun, soyut ve somut anayasal sınır ayırımı yapar. Burada somut ve açık kavramlarla ifade edilen anayasal sınırların doğrudan uygulanabileceği kabul edilir. Soyut anayasal sınırların ise ancak somutlaştırılarak uygulanabileceği ifade edilir. Bkz. Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", s. 364 vd. Benzer yönde bkz. Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**,

bilim ve sanatı yayma hakkının Anayasanın ilk üç maddesini değiştirilmesini amaçlamadığı ifadesinin bir anayasal sınır olup olmadığı ilk bakışta belirsiz gibi gözükmektedir. Ancak nadir uygulanabilir ve oldukça somut bir istisna olduğundan anayasanın değiştirilemez maddelerini değiştirilmesi amacıyla bilim ve sanatı yayma hakkının kullanımının anayasal sınır olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Benzer bir belirsizlik ise örgütlenme özgürlüğünün sınırını ifade eden Alman Anayasası Madde 9/2 için geçerlidir.⁴⁹³ Buna göre, ceza yasalarına aykırı amacı ve faaliyeti olan, anayasal düzene ve uluslararası barış/anlaşma düşüncesine aykırı olan örgütlenmelerin/derneklerin yasaklanacağı öngörülmüştür. Bazı yazarlar, Madde 9/2'deki ifadeleri anayasal sınır olarak kabul ederken, bazı yazarlar bir sınırlama kaydı olarak kabul etmiştir. Doktrindeki baskın görüş⁴⁹⁴ ve yakın dönemdeki içtihatlar⁴⁹⁵, Madde 9/2'nin nitelikli bir yasa kaydı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, anayasal düzene aykırı olan dernekler, yasaklanana kadar Madde 9/1'in korumasından yararlanır.⁴⁹⁶ Nitekim Madde 9/2'nin nitelikli yasa kaydı olarak kabul edilmesi, hukuki kesinliğe ve öngörülebilirliğe hizmet eder. Bu ilkeler uyarınca ve yasaya dayanılarak yasaklanan bir dernek, Madde 9/2 anlamında yasaklanmış sayılmamalıdır. Madde 9/2'nin doğrudan anayasal bir sınır olarak uygulanması ise hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Bu durumda, münferit bir olayda bir derneğin yasaklanmış sayılıp sayılmayacağını veya henüz Alman Anayasası Madde 9/2'deki kriterleri karşılayıp karşılamadığını belirlemek zor olacaktır.⁴⁹⁷ Derneğin Madde 9/2'deki yasaklama kriterlerinden birini yerine getirdiği tespit edilirse, ölçülülük ilkesine uygun olarak yasaklanmalıdır.⁴⁹⁸

İstanbul, Beta, 2019, s. 145-146. Biz ise somut ve doğrudan uygulanabilen kavramların anayasal sınırlar içerisinde yer aldığını, ancak somutlaştırılması gereken ve bu sebeple her vakada farklı bir şekilde uygulanabilecek soyut sınırların ise bir anayasal sınır değil, genel sınırlama rejimi içerisinde yer aldığını kabul ediyoruz. Bu bağlamda, soyut ve somut anayasal sınır ayrımını reddediyoruz. Farklı gerekçelerle benzer yönde bkz. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 330-331.

⁴⁹³ Sachs, "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", s. 23-24.

⁴⁹⁴ Wolfram Höfling, "Art. 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 450-451; Hans D. Jarass, "Art. 9", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 291; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 490-491. Aksi yönde bkz. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 42 vd.

⁴⁹⁵ BVerfGE 149, 160 (193-196) - Vereinsverbote [2018].

⁴⁹⁶ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 490-491.

⁴⁹⁷ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 490-491. Krş. Michael Kemper, "Art. 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 957 vd.

⁴⁹⁸ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 490-491.

Anayasal yasaklar da anayasal sınırların içerisinde yer alır. Anayasal yasaklar, anayasal haklara özneleri ve konuları bakımından anayasada belirli olarak yasaklama hükmü getiren anayasa normlarıdır.⁴⁹⁹ Sözgelimi Alman Anayasası Madde 5/3'te, bilim özgürlüğü için getirilen, "eğitim özgürlüğünün anayasaya sadakati/itaati ortadan kaldıramaz" yasağı, bilim özgürlüğünün kapsamından anayasaya sadakati/itaati ortadan kaldıran eğitimi tahdit eder. Aynı husus, anayasanın değiştirilemez maddelerini değiştirme amacını yasaklayan Türk Anayasası Madde 27/2 için de geçerlidir.⁵⁰⁰

1.3.1.3. Negatif Özgürlük ve Pozitif Özgürlük

Negatif özgürlük ve pozitif özgürlük terimleri, bu çalışmada Isaiah Berlin'in kullanıldığı anlamda kullanılmamaktadır.⁵⁰¹ Burada pozitif özgürlük, kişinin hakkın kapsamı içerisinde yapabileceklerini ifade ederken, negatif özgürlük, kişinin hakkın kapsamı içerisinde yapmaktan kaçınabileceklerini ifade eder. Sözgelimi kişinin düşüncesini ifade etme özgürlüğü, bir pozitif özgürlük iken, kişinin düşüncesini ifade etmeme özgürlüğü, bir negatif özgürlüktür.⁵⁰² Negatif özgürlük bireyin "bir şeyden" kaçınmaya hakkı olduğunu ifade ederken, pozitif özgürlük bireyin "bir şeye" hakkı olduğunu ifade eder. Negatif özgürlükte özgürlüğün konusu, hareket alternatiflerine sahip olmaktır. Pozitif özgürlükte ise özgürlüğün konusu, bir harekettir. Pozitif özgürlük, makul veya gerekli olanı yapmaktan oluşur. Negatif özgürlük ise ne yapılmasına ilişkin bireyin sahip olduğu olasılıktan oluşur.⁵⁰³ Negatif özgürlüğün sınırlanması, hareket alternatifleri arasındaki seçim özgürlüğünün sınırlanması ile gerçekleşir. Pozitif özgürlüğün

⁴⁹⁹ Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 59.

⁵⁰⁰ Benzer yönde bkz. Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 445.

⁵⁰¹ Bkz. Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", **Liberty**, Ed. by Henry Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 169 vd. Berlin'in bahsettiği anlamda negatif ve pozitif özgürlük yaklaşımları, bu çalışmada devletin yükümlülükleri üzerinden negatif edim yükümlülüğü ve pozitif edim yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Bölüm 1.3.1.4.**

⁵⁰² *BVerfGE 93, 1 (22-23)* - Kruzifix [1995]. Ayrıca bkz. Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 116-117; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 58; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 80; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 122-123; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 102; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 85; Werner Heun, "Freiheit und Gleichheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 446 vd.; Detlef Merten, "Negative Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 743; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 358; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 97-98; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 110-111; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 493-496; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 115; Gallwas, **Grundrechte**, s. 21; von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", s. 18; Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 270.

⁵⁰³ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 78-79.

sınırlanması ise bireyin makul şeyler elde etmesini sağlayan hareketin gerçekleştirilmesi zorlaştırılarak veya tamamen engellenerek ortaya çıkar.⁵⁰⁴ Dolayısıyla, burada negatif ve pozitif özgürlük, tamamen devletin negatif statü haklarının içeriğini ifade eder. Bu bağlamda negatif özgürlük anlayışının, negatif statü hakları için kurucu niteliği bulunmaktadır. Negatif özgürlük, bireysel özerkliğin ve pozitif özgürlüğün gelişimini mümkün kılar. Ancak bu negatif statü haklarının negatif özgürlüğe indirgenebileceği anlamına gelmez.⁵⁰⁵

Bununla beraber bütün anayasal hakların, negatif özgürlük içeriğini kapsayıp kapsamadığı hususunda doktrinde bir birlik yoktur. Kimi yazarlar anayasal haklarda pozitif özgürlüğün, negatif özgürlüğe bir üstünlüğü veya önceliği olmadığını savunurken⁵⁰⁶, kimi yazarlar da negatif özgürlüğü yalnızca pozitif özgürlüğün bir tamamlayıcısı veyahut bir uzantısı olduğunu, diğer bir deyişle negatif özgürlüğün mevcudiyetinin kabulü için ona karşılık gelen bir pozitif özgürlüğün olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁰⁷ Burada ikinci görüşün, yani pozitif özgürlüğü tamamlayan bir negatif özgürlük yaklaşımının, mahkemeler tarafından kabul edildiği görülmektedir.

Gerçekten de anayasal hakların birçoğu lafzi olarak pozitif bir şekilde düzenlenmiştir. Norm metinleri genel olarak bireyin neler yapabileceğini (ifade etme, örgütlenme, toplanma vs.) ortaya koyar. Dolayısıyla doğrudan bu hakların kapsamında negatif özgürlüğün bulunduğu lafzi yorumla ortaya konamaz. Bununla beraber, gerek tarihsel gerekse teleolojik yorum yöntemlerine dayanarak hakkın belirli hareket alanlarının negatif karşılığının bulunduğu da kabul edilebilir.⁵⁰⁸

Tamamlama görüşüne örnek olarak örgütlenme özgürlüğü gösterilebilir. Örgütlenme özgürlüğünde bireyin özel bir derneği kurma hakkının negatif karşılığı olarak bir derneğe üye olmama veya bir dernekten kaçınma hakkı mevcuttur. Ancak bireyin kamusal örgüt kurma hakkı olmadığı için kamusal bir örgütlenmeye üye olma zorunluluğundan kaçınma hakkı bulunmamaktadır.⁵⁰⁹ Dolayısıyla genel olarak anayasal

⁵⁰⁴ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 79.

⁵⁰⁵ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 289.

⁵⁰⁶ Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 122-123; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 97-98. Bununla birlikte Sachs, Alman Anayasası Madde 4/3'te düzenlenen vicdani ret hakkı gibi devletin belirli etkilerine karşı güvence altına alınan negatif özgürlük haklarının, pozitif özgürlük haklarını kapsamadığını belirtir. Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 123.

⁵⁰⁷ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 493-496; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 80.

⁵⁰⁸ Bkz. *BVerfG, 1 BvR 1806/98*, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 07. Dezember 2001, para. 28-34.

⁵⁰⁹ *BVerfGE 10, 89 (102)* - (Großer) Erftverband [1959]; *BVerfG, 1 BvR 2084/05*, Beschluss

haklarda negatif özgürlük, pozitif özgürlük kadar kapsamlı değildir ve ancak pozitif özgürlüğün temeliyle anayasal hakkın kapsamında olabilir.⁵¹⁰

1.3.1.4. Devletin Negatif ve Pozitif Edim Yükümlülüğü

Liberal⁵¹¹ ve refah devletinin⁵¹² anayasal hak teorisinin anayasal sistemler tarafından benimsenmesi sonucunda devlet bir yandan negatif edim yükümlülüğüyle, diğer yandan pozitif edim yükümlülüğü ile yüklenmektedir. Kurumsal hak teorisi⁵¹³ ise hem negatif hem de pozitif edim yükümlülüklerini destekler. Bu bağlamda, devletin negatif edim yükümlülüğünü (1.3.1.4.1.) ve pozitif edim yükümlülüğünü (1.3.1.4.2.) incelemek gerekir.

1.3.1.4.1. Negatif Edim Yükümlülüğü

Öncelikle devletin negatif edim yükümlülüğünü doğuran negatif statü hakları/liberal haklar (*Abwehrrechte*) ile pozitif edim yükümlülüğünü doğuran pozitif statü/koruma hakları/sosyal ve ekonomik haklar (*Leistungsrechte*) arasında bir ayırım yapmak gerekir. Negatif statü hakları ile pozitif statü hakları birbirinden ayıran maddi kriterde, söz konusu anayasal hakların devletten önce oluşan doğal haklardan olup olmadığı incelenir. Buna göre, bir anayasal hak, devletten önce oluşan haklar arasında yer alıyorsa negatif statü hakkıdır; ancak bir anayasal hak devlet ile oluşan diğer anayasal pozisyonlara dahilse, bu anayasal hakkın koruma hakkı/sosyal ve ekonomik hak olduğunu gösterir.⁵¹⁴ Eğer anayasal haklar, pozitif hukuk belgelerinde yer alıyorsa, bu durumda, söz konusu pozitifleştirmenin anayasal hak bakımından kurucu/açıklayıcı olup olmadığında bakılır.⁵¹⁵ Şekli kritere göre ise ilgili hakkın neyi talep ettiğine bakılır. Negatif statü hakları, devletten kaçınmayı/müdahale etmemeyi talep ederken, koruma

der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. Dezember 2006, para. 30; *BVerfG*, 1 BvR 1759/91, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Januar 2001, para. 23; *BVerfG*, 1 BvR 1806/98, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 07. Dezember 2001, para. 28-34; *BVerwG*, *Anwaltsblatt* 1999, 358-360, (359). Ayrıca bkz. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 495-496; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 80; Ralf Jahn, "Wirtschaftskammer statt Staat: Zur Verfassungsmäßigkeit der IHK-Pflichtmitgliedschaft - *BVerfG*, *NVwZ* 2002, 335", **Juristische Schulung**, 2002, pp. 434-438, s. 435.

⁵¹⁰ *BVerfG*, 1 BvR 1806/98, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 07. Dezember 2001, para. 34; *BVerwG*, *Anwaltsblatt* 1999, 358-360, (359).

⁵¹¹ Bkz. **Bölüm 1.2.2.**

⁵¹² Bkz. **Bölüm 1.2.3.**

⁵¹³ Bkz. **Bölüm 1.2.4.**

⁵¹⁴ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 288; Georg Jellinek, **Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte**, 2. Auflage, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, s. 57 vd.; Lübbecke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 82 vd.

⁵¹⁵ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 288-289.

hakları/sosyal ve ekonomik haklar, devletten pozitif fiil/eylem talep eder.⁵¹⁶

Devlete yüklenen negatif edim yükümlülüğü, devletin bir hakkın kapsamına müdahalesinden, diğer bir deyişle hakkın kapsamına giren davranışlara, hukuki pozisyonlara ve konulara dokunmasından veya olumsuz etkisinden kaçınmasını gerektirir.⁵¹⁷ Bu bağlamda, yalnızca (i) imperatif, (ii) hukuki formda (yasa, idari düzenleme, yargı kararı), (iii) doğrudan ve (iv) sınırlandırma amaçlı olan klasik sınırlandırmalar (*klassischer Eingriff*) değil, aynı zamanda (i) imperatif olmayan ve fakat belirli bir müdahale yoğunluğuna ulaşan (ii) hukuki formda olmayan/fiili olan, (iii) dolaylı olan ve/veya (iv) sınırlama amaçlı olmayan sınırlamalar (*Beeinträchtigung*) da negatif edim yükümlülüğüne tabidir.⁵¹⁸

Nitekim burada sınırlama kavramının kapsamına, “insan davranışını önemli derecede değiştiren bir etken” olarak tanımlanan “dürtme” (“*nudge*”) de girer.⁵¹⁹

⁵¹⁶ Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 19; Jarass, “Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, s. 354; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 296.

⁵¹⁷ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 250-252; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 128-129; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 95-96; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 59; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 43 vd.; Sachs, “Vorbemerkung zu Abschnitt I”, s. 56; Starck, “Artikel 1”, s. 104; Stern, “Einleitung”, s. 27.

⁵¹⁸ Alman anayasa hukuk literatüründe yapılan ayırmada, klasik sınırlama kavramı ile genişletilmiş sınırlama kavramı birbirinden ayrılır. Klasik sınırlamada, devletin negatif edim yükümlülüğü ile sorumlu olabilmesi için devletin müdahalesinin emredici olması (*Impertivität*), hukuki bir formda (*Rechtsakt*), hakkın kapsamına doğrudan (*Unmittelbarkeit*) ve sınırlama amacıyla (*Finalität*) müdahale etmesi gerekir. Günümüzdeki devlet yapısında, klasik sınırlama, oldukça sınırlı bir alanda uygulama imkânı bulabileceği için genişletilmiştir. Buna göre, emredici olmakla birlikte belirli bir müdahale yoğunluğuna ulaşan (*Intensität*), fiili müdahale teşkil eden (*faktische Beeinträchtigung*), devlete atfedilebilir (*Zurechenbarkeit*) ve sınırlandırma amacı ile olmamakla birlikte sınırlandırma etkisinin öngörülebilir olduğu (*Vorhersehbarkeit*) müdahaleler ile de devlet negatif edim yükümlülüğü kapsamında sorumludur. Bkz. *BVerwGE* 87, 37 (41-42) - Warnung vor Glykolwein [1990]; *BVerfGE* 79, 174 (201-202) - Straßenverkehrslärm [1988]; *BVerfGE* 105, 279 (299-300) - Osho [2002]; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 173 vd.; Stern, “Einleitung”, s. 67-69; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 411 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 224-228; Sachs, “Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit”, s. 83 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 130-138; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 297-302; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 64-65; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 87 vd.; von Münch - Kunig, “Vorbemerkungen zu den Art. 1-19”, s. 41-42; Sachs, “Vorbemerkung zu Abschnitt I”, s. 56-61; Bethge, “Der Grundrechtseingriff”, s. 38 vd.; Weber-Dürler, “Der Grundrechtseingriff”, s. 60 vd.; Peine, “Der Grundrechtseingriff”, s. 94 vd.; Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 26-27; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 129-132; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 85-88; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 101 vd.; Müller-Franken, “Vorbemerkung vor Art. 1”, s. 128-129; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 69-72; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 464-465; Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 1019-1020; Starck, “Artikel 1”, s. 138-139; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 184-186; Kluth, **Grundrechte**, s. 92-94.

⁵¹⁹ Richard H. Thaler - Cass R. Sunstein, **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**, New Haven, Yale University Press, 2008, s. 8. Dürtme konusunda ayrıca bkz. Hüdanur Aygüt, **Dürtmelerin (“Nudge”) İnsan Hakları Hukukuna Uygunluğu**,

Dürtme, bir yandan “kişinin seçme özgürlüğünün korunması”, diğer yandan “kişinin doğru yönde karar vermesi için bir istikamet verme girişimi” olarak anlaşılır.⁵²⁰ Dürtme bu bakımdan, herhangi bir tercihi yasaklamaksızın veya ekonomik teşviklerini önemli derecede değiştirmeksizin ya da insanları icbar etmeksizin, insanların davranışlarının öngörülen bir şekilde değiştiren seçim mimarisidir.⁵²¹ Dolayısıyla insan yarı bilinçli veya bilinçsiz olarak yönlendirilmektedir. Bu itibarla, dürtme, yumuşak liberal paternalizmi içerir.⁵²² FAYM, çiftlik vergisinin ödenmesini, emekliliğe hak kazanmak için bir ön koşul olarak belirlenmesini ve bu kurala istisna olarak zirai işletmesini devretmesini fiili bir etki olarak tanımlamıştır. Mahkeme, çiftçinin halen zirai işletmesini devredip devretmeme hususunda özgür olduğu ve fakat yalnızca zirai işletmesini devrederse emekliliğe hak kazanabileceği bu durumu/dürtmeyi, müdahalenin/sınırlamanın kapsamına sokmuştur.⁵²³

Negatif edim yükümlülüğü bakımından, devlet, bireyin özgürlüğüne meşru olmayan müdahaleden kaçınmalıdır.⁵²⁴ Negatif statü hakları, bireye kaçınma/müdahalenin men’i, eski hale iade ve tazmin taleplerini devlete karşı ileri sürme imkanını tanıır.⁵²⁵ Böylece, negatif statü hakları, kendi özünü belirlemeyi/kaderini tayin etmeyi ve özerk yaşamı mümkün kılmak için özel bir alanı devlet erişiminden korur.⁵²⁶ Dolayısıyla negatif statü hakları, devleti bireyin özgürlüğünden tamamen dışlayamaz ancak

İstanbul, On İki Levha, 2024, s. 7 vd.

⁵²⁰ Cass R. Sunstein, **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**, New Haven, Yale University Press, 2014, s. 17; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 227-228.

⁵²¹ Thaler - Sunstein, **Nudge**, s. 6; Sunstein, **Why Nudge?**, s. 20; Franziska Weber - Hans-Bernd Schäfer, “Nudging”, Ein Spross der Verhaltensökonomie: Überlegungen zum liberalen Paternalismus auf gesetzgeberischer Ebene”, **Der Staat**, Vol. 56, No. 4 (2017), pp. 561-592, s. 575-577.

⁵²² Gregor Kirchhof, “Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens”, **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2015, pp. 136-137, s. 136 vd.; Thaler - Sunstein, **Nudge**, s. 4 vd.; Sunstein, **Why Nudge?**, s. 25 vd.

⁵²³ **BVerfG, 1 BvR 97/14**, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2018, para. 75-76.

⁵²⁴ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 116; Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 33 vd.; Michael Sachs, “Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 558 vd.; Michael Sachs, “Abwehrrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 620 vd.; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 414-415, 435 vd.; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 100; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 29.

⁵²⁵ Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 100; Stern, “Einleitung”, s. 26.

⁵²⁶ Bkz. Hasso Hofmann, “Menschenrechtliche Autonomieansprüche: Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen”, **JuristenZeitung**, 47. Jahrg., Nr. 4, 21. Februar 1992, pp. 165-173, s. 165 vd.; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 100; Stern, “Einleitung”, s. 26; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 29.

devlete gerçekleştirdiği sınırlamalar bakımından yapısal olarak müdahalesini meşrulaştırma yükümlülüğü yükler.⁵²⁷ Negatif statü haklarına yapılan müdahaleler doğrudan ihlal oluşturmadiğundan, negatif statü haklarını negatif yetki normları olarak nitelemek yerinde değildir. Zira, anayasal haklar gerçek anlamda, statik-mekânsal bir alan oluşturmaz.⁵²⁸

Ancak negatif statü hakları devletin yalnızca kaçınma yükümlülüğünü tetikleyebilir. Bu bağlamda, negatif statü hakları, devletin ek niteliğindeki pozitif edim yükümlülükleri tetikleyebilir. Sözgelimi bir hak kullanımının yasaklanması ve idari izne tabi tutulması söz konusu olduğunda, kişi negatif statü haklarına dayanarak yasağın kaldırılmasını, izin veya muafiyet verilmesini talep edebilir. Aynı şekilde devletin pozitif edimiyle bireylerin anayasal hak pozisyonları veya anayasal hak kapsamındaki menfaatleri zarar görüyorsa, negatif statü hakları devletin tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurabilir.⁵²⁹

1.3.1.4.2. Pozitif Edim Yükümlülüğü

Devlet yalnızca kendisine biçilen kaçınma pozisyonu ile anayasal hakları gerçekleştiremez. Bireyin kendisi için öngörülen bir özgürlüğü kullanabilmesinin önünde devletin dışında engeller de söz konusu olur. Bireyin özgürlüğüne engel koyan devletten farklı sùjelerin ortaya çıkması ve bu sùjelerin etkinliğinin artması, devletin bireyi bu sùjelere karşı korumasını gerektirmiştir.⁵³⁰ Bu yüzden negatif edim yükümlülüğünün temel karşılığı olan liberal haklara/medeni ve siyasi haklara, pozitif edim yükümlülükleri bir uzantı olarak eklenmiştir. Devletin bu engelleri kaldırarak, bireyin özgürlüğünü modern toplum ve devlet yapısı içerisinde gerçekleştirmek zorunda olduğu kaçınılmazdır. Dolayısıyla burada birey, devlet ile özgürlüğe ulaşmaktadır. Bununla beraber, devletin sahip olduğu sınırlı kaynaklar dolayısıyla pozitif edim yükümlülüğü ile devletin özgürlüğün önündeki bütün engelleri kaldırması gerektiği düşünülemez. Pozitif edim yükümlülüğü, negatif edim yükümlülüğünden farklı olarak, devlete yüklenebilen, daha doğru bir deyişle devlete atfedilebilir olan devletin hareketsizliğini konu

⁵²⁷ Hofmann, "Menschenrechtliche Autonomieansprüche", s. 169, 171; Heun, "Freiheit und Gleichheit", s. 459-460; Bethge, "Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen", s. 117; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 102.

⁵²⁸ Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 26; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 449-450; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 103.

⁵²⁹ Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 42-43; Gallwas, **Grundrechte**, s. 23.

⁵³⁰ Benzer yönde bkz. Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 195.

edinir. Bunun sebeplerinden diğeri de pozitif edim yükümlölüklerinin, liberal hakların bir uzantısı olarak benimsenmesidir. Bu, her ne kadar pozitif edim yükümlölüğünden doğan hakları, negatif edim yükümlölüğünden doğan haklara karşı savunmasız olarak gösterse de, anayasal sistemin üzerinde temellendiğı sosyal toplumda bireylerin özgürlüğü için devlete olan ihtiyacın önemli ölçüde artması, bu ihtiyacın ölçüsüne göre pozitif edim yükümlölüğünden doğan hakların savunmasızlığını ortadan kaldırır.⁵³¹ Burada öncelikle pozitif edim yükümlölüklerin nasıl objektif hukuka dahil olduğunu belirlemek gerekir (1.3.1.4.2.1.). Sonrasında ise AİHS’de (1.3.1.4.2.2.) ve Alman anayasa jurisprudansında (1.3.1.4.2.3.) belirlenen pozitif yükümlölükleri incelemek gerekir. AYM büyük ölçüde Sözleşme organlarının içtihatlarını takip ettiğinden ayrıca Türk anayasal sistemi için bir belirleme yapılmayacaktır.

1.3.1.4.2.1. Pozitif Yükümlölüklerin Objektif Hukuka Dahil Olması

Devletin pozitif edim yükümlölüklerinin özellikle koruma yükümlölüğünün ne zaman doğacağı ve dolayısıyla anayasal hakların kapsamına girerek ne zaman anayasal hakların korumasını tetikleyeceği büyük bir önem arz eder. Alman anayasa hukuk doktrininde bu tartışma, özellikle objektif hukuktan doğan koruma yükümlölüğünün ne zaman devlete karşı ileri sürülebilen bir sübjektif hakka dönüştüğü hususunda cereyan eder.⁵³² Alexy, kendi teorisi çerçevesinde anayasal hak normları halihazırda ilke karakteri gösterdiğinden, bütün anayasal hak normlarından sübjektif koruma hakkı elde edilebileceğini ileri sürer.⁵³³ Diğer bir görüş de Scherzberg tarafından ileri sürülür. Scherzberg’e göre, anayasal hakların devlete negatif yükümlölük yükleyen klasik anlamı, anayasa metninden elde edilmez. Anayasal hakların içeriğı, daha ziyade özgürlüğün belirli bir şekilde kullanılan, tahsis edilen hakları ifade eder.⁵³⁴ Bu bağlamda, anayasal haklar, devlete negatif yükümlölüklerin yanı sıra pozitif yükümlölükler de yükleyen kapsamlı bir kişisel statüyü güvence altına alır. Dolayısıyla, bireylerin saldırılarına ve müdahalelerine karşı korunma hakkının, her anayasal hakkın içeriğinde olduğunu belirtir.⁵³⁵ Üçüncü görüş, ise sübjektif koruma hakkını, anayasal

⁵³¹ Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 30.

⁵³² Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 154 vd.

⁵³³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 413-414; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 303.

⁵³⁴ Arno Scherzberg, **Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“: Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde**, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, s. 214 vd.

⁵³⁵ Scherzberg, **Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“**, s. 216-219.

hakların sosyal devlet ilkesi ile yorumlanmasından elde edildiğini ileri sürer.⁵³⁶ Bu bakımdan sosyal devlete anayasal hakların gerçekleştirilmesi için gerekli bir çerçeve yaratma rolü tahsis edilmiştir.⁵³⁷

Son olarak belirtilmesi gereken görüş ise bizim de katıldığımız devletin garantör statüsü görüşüdür. Devletin bir hareketsizliğinden sorumlu olması, hareketsizliğin gerçekleştiği konuda devletin anayasal olarak garantör statüsünün tanınmasına bağlıdır.⁵³⁸ Yukarıda da ifade edildiği üzere⁵³⁹, devletin meşruiyeti, vatandaşlarının yaşamını, vücutlarını ve mallarını koruma yükümlülüğüne bağlıdır. Devlet bu koruma yükümlülüğünü yerine getirerek, şiddet tekeline elde eder. Zaten devletin bu geleneksel yükümlülüğü dolayısıyla, içtihatlarda devletin bireylerin yaşamını ve vücut bütünlüğünü koruma yükümlülükleri öncelikle türetilmiştir. Bununla birlikte, bu koruma yükümlülüğünün dar bir şekilde ele alınmaması gerekir.⁵⁴⁰ Burada, her bir anayasanın kabul ettiği insan imgesine (*Menschenbild*)⁵⁴¹ göre, anayasa devlet ile toplum arasındaki ilişkinin ana hatlarını çizer. Böylece ilgili toplumda, oluşan toplumsal insan için önemli olan ve bu sebeple de korunması gereken menfaatler, durumlar, pozisyonlar ve davranışlar belirlenir. Bu menfaatlerin, durumların, pozisyonların ve davranışların korunmaması, anayasal hakların gerçekleştirilmediği veya anayasal hakların gerçek bir güvence sağlamadığını ifade eder. Toplumsal insan için korunması gereken bu menfaatlerde, durumlarda, pozisyonlarda ve davranışlarda, devletin garantör statüsü ortaya çıkar.

Burada şüpheye mahal vermemek adına, negatif statü haklarından oluşan bir anayasal sistemde, bir pozitif edim yükümlülüğünün objektif hukuk içerisine girmesi ile objektif hukuk içerisine girmiş bir yükümlülüğün sübjektif bir hakka dönüşmesi arasında bir ayrım yaptığımızı belirtmek gerekir. Negatif statü haklarından oluşan bir anayasal sistemde, bir pozitif edim yükümlülüğünün objektif hukuk içerisine girebilmesi için devletin garantör statüsünün mevcudiyeti gerekir. Bu gerçekleşirse ilgili pozitif

⁵³⁶ Konrad Hesse, "Bedeutung der Grundrechte", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, s. 140 vd.

⁵³⁷ Herbert Bethge, "Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 24, No. 3, 1985, pp. 351-382, s. 370.

⁵³⁸ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 307; Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 72, 91; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 161 vd.

⁵³⁹ Bkz. **Bölüm 1.2.3.**

⁵⁴⁰ Krş. Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 163 vd.

⁵⁴¹ Bkz. **Bölüm 2.2.2.**

edim yükümlülüğü objektif hukuk kapsamında değerlendirilir. Objektif hukuk kapsamındaki bir pozitif edim yükümlülüğü ise kendiliğinden bir sübjektif hakka dönüşür.

Öncelikle norm metninde doğrudan ve açık bir şekilde öngörülen devletin pozitif edim yükümlülükleri ile devlet sorumludur. Sözgelimi Türk Anayasası Madde 28/2'de ifade edilen devletin "basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri" alması yükümlülüğü bu anlamda bir pozitif yükümlülüktür.⁵⁴² Alman Anayasası Madde 1/1'de bütün kamu makamları, insan onuruna saygı gösterme ve insan onurunu koruma ile yükümlü tutulmuştur. Bunun sonucunda, FAYM, insan onurunun insanın varlığı için gerekli asgari ihtiyaçlarının yerine getirilmesini de kapsadığına karar vermiştir.⁵⁴³ Aynı şekilde Alman Anayasası Madde 3/2'de düzenlenen kadın ile erkek arasındaki eşitlik hakkı, Madde 6/1'de düzenlenen evlilik ve ailenin korunması hakkı, Madde 6/4'te düzenlenen annelik hakları, Madde 6/5'te düzenlenen evlilik dışı çocuğun korunması hakkında devlete açıkça pozitif edim yükümlülükleri yüklenmiştir. FAYM, Alman Anayasası Madde 5/1'de düzenlenen basın özgürlüğü hakkının⁵⁴⁴, Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğünün⁵⁴⁵ ve Madde 7/4'te düzenlenen özel okul özgürlüğünün⁵⁴⁶ pozitif edim yükümlülükleri içerdiğini belirlemiştir.

Devlete atfedilebilir bir pozitif edim yükümlülüğü bakımından öne çıkan konulardan birisi de bireyin yaşam güvenliği ve vücut bütünlüğüdür. Bireyin devlet tarafından korunması ihtiyacının en yoğunlaştığı alanlardan birisi olan bireyin yaşamının ve vücut bütünlüğünün devlet-dışı süjelerden veya doğadan gelebilecek tehlikelere karşı korunması gerekliliği devletin bu konudaki garantör statüsünü ortaya koyar.⁵⁴⁷ FAYM, gerek insan dışı bir etmen dolayısıyla⁵⁴⁸ gerekse diğer insanlar tarafından⁵⁴⁹ kişinin yaşamının ve vücut bütünlüğünün tehlikeye atılması durumunda devletin koruma/pozitif edim yükümlülüğünün doğduğunu ifade eder. Burada özellikle kişinin yaşamına

⁵⁴² *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2014/11028, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 56.

⁵⁴³ Bkz. *BVerfGE 82, 60* (83 vd.) - Steuerfreies Existenzminimum [1990]; *BVerfGE 99, 216, (233)* - Familienlastenausgleich II [1998]; *BVerfGE 125, 175* (221 vd.) - Hartz IV [2010]; *BVerfGE 132, 134* (159 vd.) - Asylbewerberleistungsgesetz [2012]; *BVerfGE 137, 34* (72 vd.) - Existenzsichernder Regelbedarf [2014].

⁵⁴⁴ *BVerfGE 80, 124* (133) - Postzeitungsdienst [1989].

⁵⁴⁵ *BVerfGE 36, 321* (331) - Schallplatten [1974].

⁵⁴⁶ *BVerfGE 75, 40* (65-66) - Privatschulfinanzierung I [1987].

⁵⁴⁷ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 308.

⁵⁴⁸ *BVerfGE 49, 89* (140-144) - Kalkar I [1978]; *BVerfGE 53, 30* (57 vd.) - Mülheim-Kärlich [1979]; *BVerfGE 56, 54* (73 vd.) - Fluglärm [1981].

⁵⁴⁹ *BVerfGE 39, 1* (42 vd.) - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; *BVerfGE 46, 160* (164 vd.) - Schleyer [1977]; *BVerfGE 88, 203* (251 vd.) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

Sözleşme haklarından doğan negatif yükümlülükleri, Sözleşme sisteminde birincil sıraya koyarken, pozitif yükümlülükleri ikinci plana yerleştirmiştir.⁵⁵⁷ Dolayısıyla AİHM'in temel işi negatif yükümlülüklerin yerine getirilmesini incelemek iken, pozitif yükümlülüklerde Mahkeme bu "konfor alanı"ndan çıkmaktadır.⁵⁵⁸

AİHM'e göre, "bir pozitif yükümlülüğün mevcut olup olmadığını belirlerken, toplumun genel yararı ile bireyin yararı arasındaki kurulması gerekli adil dengeye dikkat edilmelidir."⁵⁵⁹ Ancak Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu kriter, kendi uyguladığı hak sınırlama dogmatığı ile çelişki oluşturmaktadır. Zira bu kriter bir hakkın kapsamına yapılan bir müdahale tespit edildikten sonra hakkın sınırlanması bakımından Taraf Devletin yerine getirmesi gerekli olan bir dengedir. Bununla birlikte bu kriter şu şekilde AİHS sisteminde belirlenen sınırlama dogmatığı içerisinde anlamlı hale getirilebilir: Kriterde yer alan "*dikkat edilmeli*" lafzı⁵⁶⁰ ile aslında, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda hem hakkın kapsamı hem de sınırlama için iki defa dengeleme yapılması gerektiği anlaşılmaz.⁵⁶¹ Bununla beraber, negatif yükümlülüklerin devlete atfedilebilirliği kendinden menkul iken, bir uzantı olarak ana yapıya eklenen pozitif yükümlülüklerin devlete atfedilebilirliği ayrı bir gerekçelendirmeyi içermesi gerekir.⁵⁶² Bu kriter,

23 July 1968, para. B.3.

⁵⁵⁷ Bu, özellikle AİHM'in kararlarında negatif yükümlülüklerin temel ve fakat pozitif yükümlülüklerin norm metinlerinden belirlenebileceği yönündeki ifadelerinden ortaya çıkmaktadır. Bkz. *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, para. 31; *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*, App. No. 16354/06, GC Judgment of 13 July 2012, para. 50; *Redfearn v. the United Kingdom*, App. No. 47335/06, Judgment of 6 November 2012, para. 42; *Iulian Popescu v. Romania*, App. No. 24999/04, Judgment of 4 September 2013, para. 33; *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para. 143; *Valsamis v. Greece*, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996, para. 27.

⁵⁵⁸ Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, s. 214-215.

⁵⁵⁹ *Özgür Gündem v. Turkey*, App. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, para. 43; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, App. No. 9310/81, Judgment of 24 January 1990, para. 41; *Karhuvaara and Itälehti v. Finland*, App. No. 53678/00, Judgment of 16 November 2004, para. 42; *Palomo Sánchez and Others v. Spain*, App. No. 28955/06 and 3 others, GC Judgment of 12 September 2011, para. 63; *Remuszko v. Poland*, App. No. 1562/10, Judgment of 16 July 2013, para. 63.

⁵⁶⁰ Nitekim AİHM, hakka yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelerken uyguladığı "adil denge" testinde, "toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarının korunmasının gereklilikleri arasında bir denge oluşup oluşmadığını belirlemesi gerektiğini" belirtmiştir. Bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 September 1982, para. 69. Dolayısıyla Sözleşme'ye içkin olan adil dengeye dikkat etmek ile Sözleşme'ye içkin olan adil dengenin oluşup oluşmadığını belirlemek niteliksel olarak ayrı iki hususu ifade etmelidir.

⁵⁶¹ Pozitif yükümlülüklerde AİHM içtihatları uyarınca hem hakkın kapsamında hem de müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde olmak üzere 2 defa dengeleme yapılacağına ilişkin görüş için bkz. Christoffersen, *Fair Balance*, s. 106.

⁵⁶² Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, s. 216-217.

özellikle günümüzde modern devlet içerisinde bulunan bireyin yaşadığı sosyal toplumda ihtiyaç duyduğu devlet tarafından gerçekleştirilmesi gereken koruma yükümlülüğü ile yorumlanabilir. Bireyin duyduğu bu ihtiyaç karşısında ilgili yükümlülük devlete atfedilebilir hale gelir. Böyle bir ihtiyacın dikkate alınmaması Sözleşme'nin hak korumasını etkisiz hale getirebilir. Bu bakımdan, AİHM tarafından kabul edilen etkililik ilkesi, pozitif yükümlülüklerin temel belirleyicisidir.⁵⁶³ Bu husus, Alman Anayasası bakımından da geçerlidir. Devletin bir pozitif yükümlülüğünün mevcudiyeti, vakaya konu olan menfaatin toplumsal insan için önemine ve bunun anayasanın değerler sistemi içerisinde bir yere karşılık gelip gelmediğine bağlıdır.⁵⁶⁴ Böyle bir korumaya ilgili toplumun içerisinde yaşayan genel birey portresinde bir ihtiyaç olarak ortaya çıkması, devletin pozitif edim yükümlülüğünü doğurur. Nitekim kanaatimizce, bahsedilen bu ihtiyaç, AİHM'in içtihatlarında "doğrudan ve yakın bağlantı" veya "asgari şiddet eşiği"ne karşılık gelmektedir. Mahkeme'ye göre, AİHS Madde 8 ve P1-1 bağlamında, devletin pozitif yükümlülüğünün kabul edilebilmesi için devletin hareketsizliğinin bireyin özel yaşamı⁵⁶⁵ veya mülkiyet⁵⁶⁶ hakkında doğrudan ve yakın bir bağ kurması gerekmektedir. Aynı şekilde, AİHM, sözelimi çevresel vakalarda, pozitif yükümlülüğünün mevcudiyeti için gürültünün asgari bir şiddet eşiğine ulaşması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶⁷ Dolayısıyla AİHS sisteminde, mevcut/kabul edilen sosyal olguya göre yorumlanarak pozitif yükümlülükler, Sözleşme haklarının kapsamına dahil edilmektedir.

AİHM, bireyler arası ilişkide devletin önleme/maddi yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için bireyin ilgili hakkının ihlali tehlikesinin (i) somut ve yakın olması ve (ii) bu tehlikenin kamu makamları tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekliliği lazımdır.⁵⁶⁸

Pozitif edim yükümlülüğü, gerek refah devletinin hak teorisi gerekse de kurumsal hak teorisi çerçevesinde, bu maddi yükümlülüklerin yanı sıra devlete bir de usuli

⁵⁶³ Aynı yönde bkz. Dimitris Xenos, **The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights**, Oxon, Routledge, 2012, s. 91; Malu Bejier, **The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations**, Cambridge, Intersentia, 2017, s. 63-64.

⁵⁶⁴ Krş. *BVerfGE 39, 1 (42)* - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 123.

⁵⁶⁵ *Botta v. Italy*, App. No. 21439/93, Judgment of 24 February 1998, para. 34.

⁵⁶⁶ *Budayeva and Others v. Russia*, App. No. 15339/02 and 4 others, Judgment of 29 September 2008, para. 172.

⁵⁶⁷ *Mileva and Others v. Bulgaria*, App. No. 43449/02; 21475/04, Judgment of 25 November 2010, para. 90.

⁵⁶⁸ *Osman v. the United Kingdom*, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 116.

yükümlülükler⁵⁶⁹ yükler. Her bir anayasal hakkın, devlete yüklediği bir usuli yükümlülük vardır.⁵⁷⁰ Bu bağlamda, usuli statüden doğan bir birey ile devlet ilişkisi oluşmuştur.⁵⁷¹

AİHS sistemi bağlamında usuli yükümlülükler, ihlalden önceki (*ex ante*) ve sonraki (*ex post*) usuli yükümlülükler olarak ikiye ayrılabilir.⁵⁷² İhlalden önceki yükümlülüklerden ilki bireyin anayasal haklarının kapsamına giren konuların başka bir birey tarafından ihlal edilmesini engellemek veya bireyi caydırmak için devletin etkili yasaları çıkarması ve bu yasaların da uygulamayla, diğer bir deyişle idari ve yargısal pratikle desteklemesidir.⁵⁷³ Kötü muamele, öldürme veya çocuk istismarı gibi ağır nitelikli

⁵⁶⁹ Pozitif usuli yükümlülükler ile pozitif maddi yükümlülüklerin birbirinden ayrılması doktrinde Akandji-Kombe ve Stoyanova tarafından “önleme ve kanun yolu” temelinde gerçekleştirilmiştir. Buna göre, önleme fonksiyonu taşıyan yükümlülükler pozitif maddi yükümlülük iken, kanun yolunun düzenlenmesi fonksiyonu taşıyan yükümlülükler pozitif usuli yükümlülük olarak ifade edilmektedir. Bkz. Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 16; Vladislava Stoyanova, **Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 329-330. Bununla birlikte, yapılan bu ayrımın temelini, Lavrysen, yeterli bulmamaktadır. Birçok vakadan örnek gösteren Lavrysen, pozitif maddi yükümlülükler ile pozitif usuli yükümlülüklerin birbirlerine olan bağımlılık yapısından dolayı, bu temele dayanarak yapılan bir ayrımın tam bir ayırıştırma sağlamadığını ileri sürmüştür. Bkz. Lavrysen, **Human Rights in a Positive State**, s. 50 vd. Bu bağlamda Lavrysen, May’in yaptığı ayrımın AİHM’in vaka hukukuna daha uygun düştüğünü belirtir. May’e göre, maddi haklar, özellikle insani iyiliği ve amacı teşvik etmeyi hedeflerken, usuli haklar, özellikle resmi/formel bir adaleti amaçlamaktadır. Bkz. Larry May, **Global Justice and Due Process**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s. 48. Ancak May’in yaptığı bu ayrım oldukça geniş terimlerle yapılmış ve oldukça geniş bir çerçevede yapılmış olan bir ayrımdır. Dolayısıyla bu ayrım, sadece AİHM’in söz konusu yükümlülüğü nasıl isimlendirdiğine göre uyum sağlayacak niteliktedir. Bu yüzden anayasal hakların yapısını belirli ölçüde göz ardı etme riski mevcuttur. Bu çalışmada, bu pozitif yükümlülüklerin birbirlerine olan bağımlılığı ve zaman zaman aralarında ayrımın silikleştiği de kabul edilerek, pozitif maddi yükümlülüklerin, temel olarak, anayasal hakların ihlalin önlenmesi için alınması gerekli olan önlemleri ifade ettiği, diğer yandan ise pozitif usuli yükümlülüklerin, temel olarak, bir anayasal hakkın uygun bir şekilde uygulanabilmesini ve hakkın ihlali söz konusu olduğunda uygun karşılığın verilmesini sağlayan yasal ve idari düzenlemeleri ve idari ve yargısal pratiği ifade ettiği kabul edilecektir. Bkz. Akandji-Kombe, **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, s. 16; Stoyanova, **Human Trafficking and Slavery Reconsidered**, s. 329-330. Ayrıca bkz. Öneriyıldız v. Turkey, App. No. 48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, para. 89-95.

⁵⁷⁰ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 462-463; Eva Brems, “Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights”, **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 138.

⁵⁷¹ Häberle, “Grundrechte im Leistungsstaat”, s. 52; Häberle, “Fundamental Rights in the Welfare State”, s. 27.

⁵⁷² Bu yönde bir ayrım için bkz. Brems, “Procedural Protection”, s. 138; Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 127 vd. Lavrysen ise farklı bir sınıflandırma yapar: i) soruşturma yükümlülükleri, ii) etkili kanun yoluna erişim ve iii) dikkatli karar alma süreci. Bkz. Lavrysen, **Human Rights in a Positive State**, s. 61 vd.

⁵⁷³ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 27;

fiillerin yanı sıra, AİHM, AİHS Madde 8 bakımından, hakimın itibarının korunmasında keyfiliği engelleyecek güvencelerin oluşturulması⁵⁷⁴, çocuğun velayeti ve bakımı ile ilgili kararlarda ebeveynlerin karar verme sürecine katılmasını sağlayacak usullerin oluşturulması⁵⁷⁵ ve kişinin kendi kişisel verilerine ulaşabilmesi için usullerin oluşturulması⁵⁷⁶ gerektiğini belirtmiştir. Aynı şekilde Mahkeme, sözelimi, AİHS Madde 9 bakımından bireyin dini özgürlüğünü kullanabilmesi ve dini şiddete karşı korunması için gerekli önlemlerin alınması⁵⁷⁷ ve vicdani ret için etkili ve erişilebilir bir düzenleme yapılması gerektiğini⁵⁷⁸, Madde 10 bakımından, yazar ve gazeteciler için etkin bir koruma sistemi oluşturulması gerektiğini⁵⁷⁹, P1-1 bakımından, bireyin mülkiyetinden yararlanması için gerekli yargısal güvencelerin tanınması gerektiğini⁵⁸⁰ ifade etmiştir.⁵⁸¹ Ayrıca belirtmek gerekir ki pozitif yükümlülüklerin yapısı gereği, devletin kaçınma eylemi yerine bir harekette bulunması söz konusu olduğundan, bu pozitif yükümlülüğün yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir.

AİHM ayrıca *ex ante* olarak kanun/başvuru yolunun belirlenmesi yükümlülüğünü de devlete yüklemiştir.⁵⁸² AİHM, anayasal hakları etkileyen önlemlerin, bu önlemlerin gerekçelerini gözden geçirmeye yetkili bağımsız bir organ önünde bir tür

Mahmut Kaya v. Turkey, App. No. 22535/93, Judgment of 28 March 2000, para. 115; *M.C. v. Bulgaria*, App. No. 39272/98, Judgment of 4 December 2003, para. 150; *Nachova and Others v. Bulgaria*, App. No. 43577/98; 43579/98, GC Judgment of 6 July 2005, para. 160; *Beganović v. Croatia*, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009, para. 71; *O’Keeffe v. Ireland*, App. No. 35810/09, GC Judgment of 28 January 2014, para. 148. Ayrıca bkz. *BVerfGE* 39, 1 (45) - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; *BVerfGE* 88, 203 (256 vd.) - Schwangerschaftsabbruch II [1993]; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 128-129.

⁵⁷⁴ *Özpınar v. Turkey*, App. No. 20999/04, Judgment of 19 October 2010, para. 78; *Mitkus v. Latvia*, App. No. 7259/03, Judgment of 2 October 2012, para. 125.

⁵⁷⁵ *Venema v. the Netherlands*, App. No. 36731/97, Judgment of 17 December 2002, para. 91 vd.

⁵⁷⁶ *Joanna Szulc v. Poland*, App. No. 43932/08, Judgment of 13 November 2012, para. 85-86.

⁵⁷⁷ *Begheluri and Others v. Georgia*, App. No. 28490/02, Judgment of 7 October 2014, para. 165.

⁵⁷⁸ *Savda v. Turkey*, App. No. 42730/05, Judgment of 12 June 2012, para. 98-99.

⁵⁷⁹ *Dink v. Turkey*, App. No. 2668/07 and 4 others, Judgment of 14 September 2010, para. 137; *Khadija Ismayilova v. Azerbaijan*, App. No. 65286/13; 57270/14, Judgment of 10 January 2019, para. 158.

⁵⁸⁰ *Zehentner v. Austria*, App. No. 20082/02, Judgment of 16 July 2009, para. 73 vd.; *Zagrebačka Banka D.D. v. Croatia*, App. No. 39544/05, Judgment of 12 December 2013, para. 213 vd.

⁵⁸¹ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 128-129.

⁵⁸² Lavrysen, **Human Rights in a Positive State**, s. 66 vd.; Brems, “Procedural Protection”, s. 145.

prosedüre tabi olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁸³

İhlalden önceki yükümlülükler bir diğer örnek ise devlete yüklenen denetim ve kontrol yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, özellikle devletin kısmen elini çektiği sağlık gibi alanlarda ortaya çıkabilmektedir. AİHM, bu alanlardaki yükümlülükleri özel kişilerin yerine getirmesi ile devletin yükümlülüklerinin sona ermediğini, devletin, sözleşimi özel psikiyatri kurumlarını denetim ve kontrol etme yükümlülüğünün bulunduğu dile getirmiştir.⁵⁸⁴ Bununla birlikte devletin denetim ve kontrol yükümlülüğü buna da sınırlı değildir. Ezcümle, bir ifadenin yayınlanmadan veya umuma arz edilmeden önce yapılan bir sınırlama/yasaklama gibi ağır müdahalelerin söz konusu olduğu durumlarda, devletin bu yasaklar üzerinde sıkı bir kontrol ve iktidarın keyfi kullanımını engellemek için etkili bir yargısal kontrol yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁸⁵ Aynı şekilde Mahkeme, gizli dinleme gibi önlemlerde, önlemi uygulayan kurumdan bağımsız bir kurum/organ tarafından denetim yapma yükümlülüğünü öngörmüştür.⁵⁸⁶

İhlalden sonraki usuli yükümlülük ise etkili soruşturma yapma yükümlülüğüdür. Bu usuli yükümlülük, sadece AİHS Madde 2 ve Madde 3 ile sınırlı kalmamış ve bireylerin yaşadığı ağır olgulara göre diğer Sözleşme hükümlerinin de bir boyutu olmuştur. Buna göre, devletlerin etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında, i) soruşturmanın bağımsızlığını⁵⁸⁷, ii) soruşturmanın tarafsızlığını⁵⁸⁸, iii) soruşturmanın etkililiğini, diğer bir deyişle olguların/gerçeklerin ortaya çıkarılmasına ve sorumluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına yol açabilecek nitelikte olmasını⁵⁸⁹, iv)

⁵⁸³ *Tysiāc v. Poland*, App. No. 5410/03, Judgment of 20 March 2007, para. 117; *Kaushal and Others v. Bulgaria*, App. No. 1537/08, Judgment of 2 September 2010, para. 29.

⁵⁸⁴ *Storck v. Germany*, App. No. 61603/00, Judgment of 16 June 2005, para. 103. Ayrıca bkz. *Van der Mussele v. Belgium*, App. No. 23 November 1983, para. 28-30; *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, App. No. 13134/87, Judgment of 15 March 1993, para. 27-28; *Woś v. Poland*, App. No. 22860/02, Decision of 1 March 2005, para. 60.

⁵⁸⁵ *Ekin Association v. France*, App. No. 39288/98, Judgment of 17 July 2001, para. 58; *Ahmet Yıldırım v. Turkey*, App. No. 3111/10, Judgment of 18 December 2012, para. 64.

⁵⁸⁶ *Savovi v. Bulgaria*, App. No. 7222/05, Judgment of 27 November 2012, para. 57.

⁵⁸⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App. No. 23458/02, GC Judgment of 24 March 2011, para. 300 (Madde 2); *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 39630/09, GC Judgment of 13 December 2012, para. 184 (Madde 3); *Beganović v. Croatia*, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009, para. 75 (Madde 3); *C.N. v. the United Kingdom*, App. No. 42349/08, Judgment of 13 November 2012, para. 69 (Madde 4).

⁵⁸⁸ *Beganović v. Croatia*, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009, para. 75 (Madde 3).

⁵⁸⁹ *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App. No. 23458/02, GC Judgment of 24 March 2011, para. 301 (Madde 2); *Ramsahai and Others v. the Netherlands*, App. No. 52391/99, GC Judgment of 15 May 2007, para. 324 (Madde 2); *C.A.S. and C.S. v. Romania*, App. No. 26692/05, Judgment of 20 March 2012, para. 70 (Madde 3); *C.N. v. the United Kingdom*, App. No. 42349/08, Judgment of 13 November 2012, para. 69 (Madde 4); *Çelik and İmret v. Turkey*, App. No. 44093/98, Judgment of 26 October 2004, para. 54 (Madde 13); *M.C. v. Bulgaria*, App. No. 39272/98,

soruşturmanın makul/özenli ve hızlı olmasını⁵⁹⁰, v) mağdurun veya mağdur yakınlarının soruşturmaya etkili bir şekilde katılmasını⁵⁹¹, vi) soruşturmada kamunun denetiminin olmasını⁵⁹², vii) soruşturmada kamu makamlarının olayla ilgili delilleri güvence altına almak için atabileceği bütün makul adımları atmasını⁵⁹³ sağlaması gerekir.

Hem ihlalden önceki aşamaya hem de ihlalden sonraki aşamaya uzanan genel bir usuli yükümlülükten de bahsedilebilir. Buna özen ilkesi veyahut genel usul yükümlülüğü adı verilebilir. Buna göre, bir devlet herhangi bir hakka müdahale ederken veya hak çatışmalarında bir dengeleme kurarken, AİHM'in öngördüğü standartlar, ulusal mahkemelerin/makamların gerekçelerinde yerini almalı, diğer bir deyişle ulusal makamlar gerekli özeni göstermelidir. Burada AİHM, özellikle ulusal mahkemelerin müdahale gerekçelerinin ilgili sınırlama klozu bağlamında "yerinde ve yeterli" olması gerektiğini belirtir.⁵⁹⁴ Devlet, ulusal makamların uyguladığı standartların Sözleşme

Judgment of 4 December 2003, para. 152-153 (Madde 8); *Craxi v. Italy* (No. 2), App. No. 25337/94, Judgment of 17 July 2003, para. 75 (Madde 8); *Özgür Gündem v. Turkey*, App. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, para. 44-45 (Madde 10); *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, App. No. 74989/01, Judgment of 20 October 2005, para. 43 (Madde 11); *97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia*, App. No. 71156/01, Judgment of 3 May 2007, para. 133-134 (Madde 9); *Nachova and Others v. Bulgaria*, App. No. 43577/98; 43579/98, GC Judgment of 6 July 2005, para. 160 (Madde 14).

⁵⁹⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App. No. 23458/02, GC Judgment of 24 March 2011, para. 305 (Madde 2); *O'Keeffe v. Ireland*, App. No. 35810/09, GC Judgment of 28 January 2014, para. 172 (Madde 3); *Beganović v. Croatia*, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009, para. 75 (Madde 3); *C.A.S. and C.S. v. Romania*, App. No. 26692/05, Judgment of 20 March 2012, para. 70 (Madde 3); *Çelik and İmret v. Turkey*, App. No. 44093/98, Judgment of 26 October 2004, para. 54 (Madde 13); *Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, App. No. 42942/02, Judgment of 8 April 2008, para. 63 (Madde 2-3); *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 39630/09, GC Judgment of 13 December 2012, para. 183 (Madde 3); *C.N. v. the United Kingdom*, App. No. 42349/08, Judgment of 13 November 2012, para. 69 (Madde 4).

⁵⁹¹ *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App. No. 23458/02, GC Judgment of 24 March 2011, para. 303 (Madde 2); *O'Keeffe v. Ireland*, App. No. 35810/09, GC Judgment of 28 January 2014, para. 172 (Madde 3); *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 39630/09, GC Judgment of 13 December 2012, para. 185 (Madde 3); *C.N. v. the United Kingdom*, App. No. 42349/08, Judgment of 13 November 2012, para. 69 (Madde 4).

⁵⁹² *Beganović v. Croatia*, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009, para. 75 (Madde 3); *Çelik and İmret v. Turkey*, App. No. 44093/98, Judgment of 26 October 2004, para. 55 (Madde 13).

⁵⁹³ *Beganović v. Croatia*, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009, para. 75 (Madde 3); *C.A.S. and C.S. v. Romania*, App. No. 26692/05, Judgment of 20 March 2012, para. 70 (Madde 3); *Ramsahai and Others v. the Netherlands*, App. No. 52391/99, GC Judgment of 15 May 2007, para. 324 (Madde 2); *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 39630/09, GC Judgment of 13 December 2012, para. 183 (Madde 3); *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App. No. 23458/02, GC Judgment of 24 March 2011, para. 301 (Madde 2); *Nachova and Others v. Bulgaria*, App. No. 43577/98; 43579/98, GC Judgment of 6 July 2005, para. 160 (Madde 14).

⁵⁹⁴ *Wemhoff v. Germany*, App. No. 2122/64, Report of the Commission of 1 April 1966, para. 12; *Stögmüller v. Austria*, App. No. 1602/62, Judgment of 10 November 1969, para. 4;

hakları ile uyumlu olduğu ve kararlarını, ilgili olguların kabul edilebilir bir değerlendirme temelinde verdikleri hususunda AİHM'i ikna etmelidir.⁵⁹⁵ Aynı şekilde, usuli güvenceler yalnızca AİHS Madde 5, Madde 6, Madde 13 vd. bağlamında uygulanmaktadır. Sözgelimi bir yargılama söz konusu olduğunda, AİHM, yalnızca Madde 6 bakımından değil yargılamaya konu olan ilgili hakkın usuli boyutu bağlamında da inceleme yapabilmektedir.⁵⁹⁶ Bu itibarla, açık usuli yükümlülükler öngören Sözleşme hükümleri⁵⁹⁷, diğer Sözleşme haklarının usuli boyutunu oluşturmaktadır.⁵⁹⁸

1.3.1.4.2.3. Alman Anayasal Sisteminde Pozitif Yükümlülükler

Alman anayasal sisteminde, AİHS Madde 6 gibi kapsamlı ve açık usuli güvenceler öngören bir madde bulunmamaktadır. Bu bağlamda, FAYM, Alman Anayasası Madde 19/4 (etkili başvuru yolu hakkı), Madde 101 (kanuni hakim ilkesi), Madde 103 (dinlenilme hakkı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, *ne bis in idem* ilkesi) ve Madde 104'te (kişi özgürlüğü güvenceleri) düzenlenen açık usuli güvencelerin yanı sıra, Alman Anayasası Madde 20/3'te düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve Madde 2/1'de düzenlenen genel fiil özgürlüğüne dayanarak adil yargılanma usuli güvencelerini içti-hatla belirlemiştir.⁵⁹⁹ Bütün yargılamaların ve bütün hak sınırlamalarının, adil

Handyside v. the United Kingdom, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 50; *Buzadji v. the Republic of Moldova*, App. No. 23755/07, GC Judgment of 5 July 2016, para. 92-102; *Janowski v. Poland*, App. No. 25716/94, GC Judgment of 21 January 1999, para. 30; *Paradiso and Campanelli v. Italy*, App. No. 25358/12, GC Judgment of 24 January 2017, para. 179; *Parrillo v. Italy*, App. No. 46479/11, GC Judgment of 27 August 2015, para. 168; *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, App. No. 62649/10, GC Judgment of 26 April 2016, para. 105; *Navalnyy v. Russia*, App. No. 29580/12 and 4 others, GC Judgment of 15 November 2018, para. 128-129.

⁵⁹⁵ *Mamère v. France*, App. No. 12697/03, Judgment of 7 November 2006, para. 19; *Hertel v. Switzerland*, App. No. 25181/94, Judgment of 25 August 1998, para. 46; *Gablishvili v. Russia*, App. No. 39428/12, Judgment of 26 June 2014, para. 48; *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, App. No. 77703/01, Judgment of 14 June 2007, para. 138; *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98, GC Judgment of 17 February 2004, para. 96.

⁵⁹⁶ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Judgment of 25 July 2002, para. 96; *Bărbulescu v. Romania*, App. No. 61496/08, GC Judgment of 5 September 2017, para. 121; *Dyagilev v. Russia*, App. No. 49972/16, Judgment of 10 March 2020, para. 82; *Karácsony and Others v. Hungary*, App. No. 42461/13; 44357/13, GC Judgment of 17 May 2016, para. 133-136; *Novikova and Others v. Russia*, App. No. 25501/07 and 4 others, Judgment of 26 April 2016, para. 187.

⁵⁹⁷ Nitekim bir ayrıma göre usuli yükümlülükler, açık ve zımni usuli yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Açık usuli yükümlülükler, AİHS Madde 5, Madde 6 ve Madde 13 gibi açık usuli yükümlülükler öngören maddeleri ifade eder. Zımni usuli yükümlülükler ise maddi Sözleşme hükümlerinin usuli doğasından türetilen yükümlülükleri ifade eder. Bkz. Brems, "Procedural Protection", s. 137-138; Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, s.57-59.

⁵⁹⁸ Brems, "Procedural Protection", s. 138.

⁵⁹⁹ *BVerfGE* 38, 105 (115-116) - Rechtsbeistand [1974]; *BVerfGE* 109, 13 (34) - Auslieferungslist [2003]; *BVerfGE* 113, 29 (47) - Anwaltsdaten [2005]; *BVerfG*, 2 BvR 52/02, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08. Dezember 2004, para. 35 vd.

yargılanma usuli güvencelerini karşılaması gerekir.⁶⁰⁰ Bu bağlamda, Alman anayasal sisteminde de her anayasal hakkın usuli boyutu bulunmaktadır.

FAYM, anayasal hakların usuli boyutunda, etkili bir adli yönetim öngörür. Buna göre, anayasal hakların kapsamına giren konularda, diğer bireylerden kaynaklanan tehlikelere karşı, etkili bir ceza soruşturması yapılması ve suçla mücadele edilmesi gerekir.⁶⁰¹ Aynı şekilde, ceza yargılamalarında, suçluların cezalandırılması ve masumların beraati için mümkün olan en iyi şekilde gerçeğin belirlenmesi de gerekir.⁶⁰²

Bunların yanı sıra atom enerji santraline karşı yapılan bir anayasa şikâyetinde, FAYM, Alman Anayasası Madde 2/2'de güvence altına alınan yaşam hakkının ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının, sadece maddi değil usuli bir korumayı da gerektirdiğine karar vermiştir. Bu bağlamda, Atom Yasası ile atom enerji santrali ruhsatının, oluşabilecek tehlike ve risklere karşı bilim ve teknolojiye göre önlemlerinin alınması şartıyla verilmesi, ruhsatın verilmesinin resmi ruhsat prosedürüne bağlı olması, bu prosedürde ruhsat gerekliliklerinin re'sen denetlenmesi ve bu santralden etkilenebilecek kişilere bu prosedüre katılma imkanı tanınması, Mahkeme tarafından bir usuli güvence olarak belirlenmiştir.⁶⁰³ Nitekim kişisel verilerle ilgili yapılan bir anayasa şikâyetinde, FAYM, kişisel verilere yönelen müdahalelerde, Madde 2/1 ve Madde 1/1'den türetilen kişilik hakkının, yasamaya usuli güvenceler oluşturma yükümlülüğü yüklediğini belirlemiştir. Buna göre, yasama organı, elde edilen bilgileri açıklama, kişiyi bilgilendirme, bilgileri silme yükümlülüğünü ve kullanma yasağını, bir usuli güvence olarak düzenlemelidir.⁶⁰⁴ "Halife Devleti" isimli dini örgütün yasaklanmasını inceleyen kararda, Mahkeme, din özgürlüğünün ve ayrıca ölçülülük ilkesinin, bir dini örgütün yasaklanması söz konusu olduğunda, hak sahiplerine etkili usuli güvenceler sağlaması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰⁵ Başka bir kararda, FAYM, Madde 14'te düzenlenen mülkiyet hakkının aynı zamanda usuli bir boyutunun bulunduğunu ve mülkiyet hakkına yapılan her müdahalenin Madde 14'ten doğan etkili bir hukuki korumayı

⁶⁰⁰ BVerfGE 109, 13 (34) - Auslieferungslist [2003]; BVerfG, 2 BvR 52/02, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08. Dezember 2004, para. 35.

⁶⁰¹ BVerfGE 34, 238 (248-249) - Tonband [1973]; BVerfGE 19, 342 (347) - Wencker [1965]; BVerfGE 20, 45 (49) - Kommando 1005 [1966].

⁶⁰² BVerfGE 34, 238 (248-249) - Tonband [1973]; BVerfGE 32, 373 (380-381) - Ärztliche Schweigepflicht [1972].

⁶⁰³ BVerfGE 53, 30 (58-60) - Mülheim-Kärlich [1979].

⁶⁰⁴ BVerfGE 113, 29 (57-58) - Anwaltsdaten [2005].

⁶⁰⁵ BVerfG, 1 BvR 536/03, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 02. Oktober 2003, para. 20.

gerektirdiğini dile getirmiştir. Bu bağlamda, ipotekli olan taşınmaz malın haczinde, alacaklının nakdi alacağının tutarı bağlamında haciz gibi müdahalenin uygulanabileceği ve borçlunun da en azından taşınmaz malın ölçüsüz bir şekilde israf edilmesine karşı hukuki bir koruma elde edebileceği ifade edilmiştir.⁶⁰⁶

Dolayısıyla açıkça görülmektedir ki Alman anayasal sisteminin, anayasal hakların kullanılmasını sağlayan etkili yasaların çıkarılması, denetim ve kontrol, etkili soruşturma usuli yükümlülüklerini ve genel bir usul yükümlülüğünü, AİHS sistemindeki kadar sistematik olmasa da kapsadığı görülmektedir. FAYM, anayasal hakların usuli güvenceler oluşturma hususunda gerekliliği, anayasal hakka müdahale tipi ve yoğunluğuna ve anayasal hakkın, sonraki yargısal denetiminin anayasal hakkı ne ölçüde güvence altına alacağına bağlıdır.⁶⁰⁷ Bu bağlamda, özellikle müdahalenin yoğunluğu, ağırlığı arttıkça, kamu makamlarının bireye daha fazla usuli güvenceler tanınması gerekmektedir. Bu da aslında yukarıda ifade edilen, modern devlet içerisindeki bireyin yaşadığı sosyal toplumda ihtiyaç duyduğu devlet tarafından gerçekleştirilmesi gereken koruma yükümlülüğüne karşılık gelir.

Burada, devletin pozitif edim yükümlülüğünü doğuran anayasal hakları genel olarak tasnif etmek yerinde olacaktır. Pozitif statü hakları, koruma hakları (*Schutzrechte*), sosyal anayasal haklar (*soziale Grundrechte*) ve usuli haklar (*grundrechtlichen Rechte auf Organisation und Verfahren*) olarak üçe ayrılır.⁶⁰⁸ Koruma hakları, diğer özel kişiler veya uluslararası hukukun diğer öznelerinden (yabancı bir devlet) kaynaklanan tehditlere karşı hukuki (anayasal) olarak korunan bir değeri koruyan hakları ifade eder. Koruma haklarının devlete karşı meydana getirdiği talebin konusu, korumanın fiilen nasıl sağlanabileceğine ve devletin koruma araçlarını kullanması ile hangi anayasal hak ve değerlerin olumsuz etkileneceğine bağlıdır.⁶⁰⁹ Koruma

⁶⁰⁶ BVerfGE 46, 325 (334-335) - Zwangsversteigerung II [1977].

⁶⁰⁷ BVerfGE 84, 34 (46-47) - Gerichtliche Prüfungskontrolle [1991].

⁶⁰⁸ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 369 vd.; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 405; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 296.

⁶⁰⁹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 299, 369; Starck, "Artikel 1", s. 110-111; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 112; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 40. Alman anayasa hukuk doktrininde koruma haklarının bir subjektif hak teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Borowski bu konuda 3 tez saymıştır. Buna göre, ilk tezde koruma haklarının objektif hukuk pozisyonları olduğu savunulmuştur (Bkz. Rudolf Steinberg, "Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1984, pp. 457-464, s. 460). İkinci tezde, koruma hakları genel olarak bir objektif hukuk pozisyonudur, ancak bazı bariz vakalarda, koruma hakları bir subjektif hak sağlar (Bkz. Winfried Brohm, "Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung: Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes", **JuristenZeitung**, 49. Jahrg., Nr. 5, 4. März 1994, pp. 213-220, s. 218; Dietrich Rauschning, "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen**

hakkının var olup olmadığı ve içeriğinin ne olduğu, olası tehlikelerin türüne, yakınlığına ve boyutuna, anayasal olarak korunan hukuki menfaatin türüne ve derecesine ve mevcut düzenlemelere bağlıdır.⁶¹⁰ Alman anayasa hukuk doktrinde koruma haklarının, anayasal hakların yeni bir yorumu değil, liberal gelenekteki anayasal hakların fonksiyonun yeniden keşfi olduğu vurgulanır.⁶¹¹ Bu bağlamda, koruma haklarının ve negatif statü haklarının konularının benzer olduğu ve bu bakımdan koruma hakları ile negatif statü haklarının, farklı tehlikelere karşı aynı hak konusunu koruyan ve birbirlerini tamamlayan güvenceler olduğu kabul edilmektedir.⁶¹²

Sosyal anayasal haklar, gerçek/fili özgürlüğün güvence altına alınmasını hedefler. Bir kişi, hukuki bir özgürlüğü olsa bile, bu özgürlüğü kullanabilecek fiili koşullara sahip olmayabilir. Bir kişinin hukuki özgürlüğünü kullanmasında önemli bir menfaat olduğunda, bireye kesin/nihai bir pozisyonu talep etme hakkı doğar.⁶¹³ Sosyal anayasal haklar, kişiye, kişinin hukuki ve fiili özgürlüğüne olanak tanıyan ekonomik ve sosyal

Staatsrechtslehrer, Vol. 39, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, s. 183; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 172). Üçüncü tezde ise koruma haklarının içeriği genişledikçe, koruma haklarının subjektif bir hak haline geldiği savunulur (Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, 184. Bd., H. 3, 1984, pp. 201-246, s. 227; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 411-414; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 301-303; Robert Alexy, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", **Der Staat**, Vol. 29, No. 1, 1990, pp. 49-68, s. 61; Isensee, **Das Grundrecht auf Sicherheit**, s. 51-52; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 503, 567; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 346; Klein, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", s. 1637; Georg Hermes, "Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1990, pp. 1764-1768, s. 1765; Wahl - Rainer Wahl - Johannes Masing, "Schutz durch Eingriff", **JuristenZeitung**, 45. Jahrg., Nr. 12, 15. Juni 1990, pp. 553-563, s. 562). Bkz. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 374.

⁶¹⁰ BVerfGE 49, 89 (142) - Kalkar I [1978]; BVerfGE 56, 54 (78) - Fluglärm [1981]; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 370.

⁶¹¹ Josef Isensee, "Verfassung ohne soziale Grundrechte: Ein Wesenszug des Grundgesetzes", **Der Staat**, Vol. 19, No. 3, 1980, pp. 367-384, s. 374; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 414; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 303; Wahl - Masing, "Schutz durch Eingriff", s. 560; Jarass, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", s. 351; Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 949; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 370-371; Bethge, "Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung", s. 133-134. Aksi yönde bkz. Katz, **Staatsrecht**, s. 280.

⁶¹² Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 87-88; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 516; Isensee, **Das Grundrecht auf Sicherheit**, s. 33; Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 944, 949; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 19-20; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 371-372. Krş. Peter Preu, "Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten: Überlegungen aus Anlaß des Gentechnikanlagen-Beschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, JZ 1990, 88", **JuristenZeitung**, 46. Jahrg., Nr. 6, 15. März 1991, pp. 265-271, s. 267.

⁶¹³ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 418; Starck, "Artikel 1", s. 107-108.

talep hakları tanır.⁶¹⁴ Sosyal anayasal haklar lehine olan argümanların, iki tezin birleşiminden oluştuğu ifade edilmektedir.⁶¹⁵ Birinci tezde fiili özgürlüğe sahip olmayan kişi bakımından hukuki özgürlüğün değersiz olduğu dile getirilmiştir.⁶¹⁶ Buna göre, özgürlük, yalnızca özgürlüğü kullanmak için gerekli koşullara ve şartlara sahip olanlar için geçerlidir.⁶¹⁷ İkinci tezde ise endüstriyel toplumun bireye dayattığı yaşam alanı ile ilgilidir. Buna göre, modern endüstriyel toplumlarda, vatandaşların büyük bir çoğunluğu, kendi yaşam alanlarındaki kontrolü büyük ölçüde kaybetmiştir⁶¹⁸ ve bunun için devletin pozitif bir fiiline ihtiyaç duymaktadır.⁶¹⁹ Sosyal haklar, negatif statü

⁶¹⁴ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 418. Borowski sosyal anayasal hakların subjektif bir hak teşkil edip etmediği hususunda da Alman doktrininde üç farklı görüş/tez savunulduğunu belirtir. Buna göre, ilk görüşte sosyal anayasal haklar, açık sınırlamaları olmadan yalnızca objektif hukuk pozisyonudur (Peter Badura, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", **Der Staat**, Vol. 14, No. 1, 1975, pp. 17-48, s. 27-28; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 80, 117-118; Walter Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte: Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, s. 122; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 97-98). İkinci görüşte, sosyal anayasal haklar, temelde objektif hukuk pozisyonunu ifade ederken, bariz vakalarda subjektif hak karakterini kazanır (Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 259; Brohm, "Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung", s. 216, 218; Erhard Denninger, "Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 659-660; Jörg Paul Müller, "Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte: Rechtsvergleichende Bemerkungen aus Schweizer Sicht", **Der Staat**, Vol. 29, No. 1, 1990, pp. 33-48, s. 41-42; Dietrich Murswiek, "Grundrechte als Teilhaberechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 592 vd.). Üçüncü görüşte ise sosyal anayasal hakların içeriği genişledikçe, sosyal anayasal hakların subjektif bir hak haline geldiği savunulur (Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 454 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 335 vd.; Hans D. Jarass, "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 639-640). Bkz. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 426.

⁶¹⁵ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 458-459; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 337-338.

⁶¹⁶ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 458-459; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 337-338; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 418; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1536; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 283; *BVerfGE* 33, 303 (331) - numerus clausus I [1972]; *BVerfGE* 90, 107 (115) - Waldorfschule/Bayern [1994].

⁶¹⁷ Stein, **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. III, s. 104.

⁶¹⁸ Ernst Forsthooff, **Verfassungsprobleme des Sozialstaats**, 2. Auflage, Münster, Aschen-dorffsche Verlagsbuchhandlung, 1954, s. 6.

⁶¹⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, s. 159-160; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat", **State, Society and Liberty**, Ed. by Ernst-Wolfgang

haklarından/liberal haklardan yorumla elde edilebildiği ölçüde tam anlamıyla bağlayıcı bir sübjektif hak haline gelir. Bu bakımdan, sosyal haklar, çoğunlukla yasama organının belirlediği ölçüde bağlayıcılık kazanmakta ve yalnızca anayasa altı mevzuat ile benimsenen sosyal politikaya uygun bir şekilde bir sübjektif hakka dönüşebilmektedir.⁶²⁰ Çalışma hakkı, büyük ölçüde devletin iş yerleri/çalışma alanları üzerindeki tasarrufuna bağlıyken, konut hakkı da büyük ölçüde konut endüstrisine bağlıdır.⁶²¹ Dolayısıyla sosyal haklar büyük ölçüde, anayasanın ve anayasal hakların ön koşullarına⁶²² bağlıdır.

Anayasal hakların değişen toplumsal gerçeklikte işlevlerini yerine getirebilmesi için anayasal hakların maddi hukuki pozisyonları, örgütsel ve usuli desteğe ve bazı alanlarda açık, çoğulcu ve dolayısıyla özgürlüğü teşvik eden bir örgütlenmeye ihtiyaç duyar.⁶²³ Usuli haklar, anayasal hakların etkili bir şekilde uygulanmasını ve anayasal haklara uygun usuli düzenlemelerin yapılmasını öngören ve bunlara ilişkin standartları belirleyen haklardır.⁶²⁴ Usuli haklar, geniş anlamda belirli bir sonuç üretilirken, uyulması gereken kurallar sistemini ifade eder. Eğer bir sonuç usuli hükümlere göre elde edildiyse, usuli hakların yerine getirildiği kabul edilir. Ancak, bu sonuç, usuli kurallara aykırı bir şekilde elde edildiyse, bu durumda, usuli hakların yerine getirilmediği kabul edilir.⁶²⁵ Kural olarak, usuli hakların incelenmesinde maddi kriterler bir rol oynamaz. Usuli anayasal haklar, belirli usuli normların oluşturulması ve uygulanmasını talep eder. Gerekli usuller, usuli standartlara uygun olarak yerine getirilirse, elde edilen sonuç da anayasal haklara uygun olacaktır.⁶²⁶ Usuli haklar, öncelikle devletten

Böckenförde, New York, Berg, 1991, s. 61-62; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 459; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 338.

⁶²⁰ Starck, "Artikel 1", s. 108-109.

⁶²¹ Starck, "Artikel 1", s. 108.

⁶²² Bkz. **Bölüm 2.2.3.**

⁶²³ Katz, **Staatsrecht**, s. 275-276.

⁶²⁴ BVerfGE 69, 315 (355) - Brokdorf [1985]. Aynı yönde bkz. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 21; Denninger, "Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung", s. 633; Starck, "Artikel 1", s. 112 vd.; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 164-165; Badura, **Staatsrecht**, s. 131-132.

⁶²⁵ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 431; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 316; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 299.

⁶²⁶ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 444-445; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 326-327; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 299. FAYM, genel olarak usuli hakları, bir sübjektif hak olarak tanımlamıştır. Bkz. BVerfGE 24, 367 (401) - Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]; BVerfGE 35, 348 (361) - Armenrecht juristischer Personen [1973]; BVerfGE 37, 132 (141, 148) - Vergleichsmiete I [1974]; BVerfGE 39, 276 (294) - ZVS [1975]; BVerfGE 45, 297 (322) - Öffentliche Last [1977]; BVerfGE 46, 325 (334) - Zwangsversteigerung II [1977]; BVerfGE 49, 220 (225) - Zwangsversteigerung III [1978]; BVerfGE 49, 244

belirli özel hukuk normları çıkarmayı talep etme hakkı verir. Böylece, devlet belirli özel hukuk normları çıkararak, özel hukuk eylemlerine ve özel hukuk pozisyonlarına ve bu pozisyonların değiştirilmesine ve kaldırılmasına imkân verir (sözgelimi sözleşme yapma, taşınır/taşınmaz mal devri vs.). Usuli haklar, bu normların oluşturulma gerekliliği ve bu normların belirli bir içeriğe sahip olması gerekliliği ile ilgilidir.⁶²⁷ Usuli haklar, aynı zamanda bir yargılanma usulü ve idari usul de öngörür. Bu tip usuli haklar, çoğunlukla etkili hukuki koruma hakkını ifade eder. Bu bağlamda, bir müdahaleden etkilenen hak sahibinin maddi bir hakkını koruyan usulleri ifade eder.⁶²⁸ Etkili hukuki koruma hakkı, yalnızca hukuk devleti ilkesi veya adil yargılanma haklarından değil, aynı zamanda maddi anayasal hakların kendisinden doğar.⁶²⁹ Bu bağlamda, devletin anayasal hakların kapsadığı hukuki pozisyonları değersizleştirmeyen usuller ile anayasal hakları yapılandırması gerekir.⁶³⁰ Usuli haklar, belirli yapıların örgütlenmesini de ilgilendirir. Buna göre, örgütlenme hakkı olarak (*grundrechtlichen Rechte auf Organisation im engeren Sinne*) da adlandırılan bu hakta, belirli amaçlar için çok sayıda kişinin iş birliği düzenlenir. Burada organize bir yapı oluşturulur.⁶³¹ Organizasyon kavramı, hem organize edilen bu yapının kendisi hem de organize yapının iç düzeni için kullanılır.⁶³² Bu organize yapı oluşturma gerekliliği, genel olarak eğitim hukuku ve

(251) - Vergleichsmiete II [1978]; *BVerfGE* 52, 380 (389) - Schweigender Prüfling [1979]; *BVerfGE* 86, 288 (317-318) - Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe [1992]. Bu konuda ayrıca bkz. Dieter Lorenz, "Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 105, No. 4, 1980, pp. 623-649 s. 625 vd.; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 431 vd.; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 317 vd.; Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 986.

⁶²⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 441-442; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 324; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, s. 462.

⁶²⁸ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 116-117; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, s. 444-445; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 326-327; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, s. 450.

⁶²⁹ *BVerfGE* 24, 367 (401) - Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]; *BVerfGE* 35, 348 (361) - Armenrecht juristischer Personen [1973]; *BVerfGE* 52, 380 (389) - Schweigender Prüfling [1979]; *BVerfGE* 86, 288 (317-318) - Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe [1992]; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, s. 450; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 116-117; Stern, "Einleitung", s. 41; Kloepfer, *Verfassungsrecht II*, s. 33-34. AİHS bakımından bkz. *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, App. No. 24699/94, Judgment of 28 June 2001, para. 45-47; *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para. 143.

⁶³⁰ *BVerfGE* 63, 131 (143) - Gegendarstellung [1983]; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 21; Jarass, "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", s. 646.

⁶³¹ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, s. 454.

⁶³² Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 960; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, s. 454.

yayın hukuku gibi alanlarda oluşur.⁶³³

Anayasal hakların bir gerekliliği olan anayasa altı usul normları, bireylerin anayasal hak pozisyonlarına saygı gösterilmesine ve bu pozisyonların korunmasına hizmet eder. Anayasa altı usul normlarının ihlali, anayasal hakların ihlaline yol açabilir. Diğer taraftan anayasal haklara saygı gösterme ve anayasal hakları koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, anayasa altı usul normlarının kendisi anayasal hakları ihlal edebilir. Bu koruma ve saygı gösterme yükümlülüğü yeterli ölçüde dikkate alınmadığında, anayasa altı normlar yine anayasal hakların ihlaline yol açabilir.⁶³⁴

Anayasal hakların usulü boyutunun birincil amacı, anayasal haklarının maddi pozisyonlarının değersizleşmesini önlemektir.⁶³⁵ Bu sebeple, anayasal hakların usuli boyutu, maddi anayasal hak pozisyonlarının hudut karakoluna benzetilmiş ve destekleyici bir fonksiyonunun olduğu⁶³⁶ ifade edilmiştir.⁶³⁷ Anayasal hakların usuli boyutu, bu nedenle hem negatif hem de pozitif edim yükümlülüğünü destekleyebilir.⁶³⁸ Netice itibarıyla anayasal hakların usul boyutu (*status activus processualis*)⁶³⁹, anayasal hakların maddi boyutu için büyük önem arz eder. Anayasal hakların usuli boyutunun önemi gösteren beş etkisi şu şekilde sıralanabilir:⁶⁴⁰

- i) Anayasal hakların kullanımı, belirli bir organize yapıya ve usule bağlıdır.⁶⁴¹
- ii) Anayasal haklar bu usul hukuku üzerinden etkili hale gelir.⁶⁴²
- iii) Organize yapı ve usul, anayasal hakların doğrudan uygulanması ve

⁶³³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 446; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 328.

⁶³⁴ Gallwas, **Grundrechte**, s. 79-80.

⁶³⁵ BVerfGE 63, 131 (143) - Gegendarstellung [1983]; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 116; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 34.

⁶³⁶ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 22.

⁶³⁷ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 116.

⁶³⁸ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 117. Krş. Stern, "Einleitung", s. 41.

⁶³⁹ Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", s. 86; Häberle, "Fundamental Rights in the Welfare State", s. 66.

⁶⁴⁰ Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 95-96; Stern, "Einleitung", s. 39; Eberhard Schmidt-Aßmann, "Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 994 vd.

⁶⁴¹ Örnek olarak bkz. BVerfGE 2, 225 (230) - Petitionsbescheid [1953]; BVerfGE 13, 54 (90) - Neugliederung Hessen [1961]; BVerfGE 28, 243 (259) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; BVerfGE 48, 127 (166-167) - Wehrpflichtnovelle [1978]; BVerfGE 60, 253 (294 vd.) - Anwaltsverschulden [1982].

⁶⁴² Örnek olarak bkz. BVerfGE 85, 386 (399) - Fangschaltungen [1992]; BVerfGE 106, 28 (48) - Mithörrorrichtung [2002]; BVerfGE 113, 29 (57) - Anwaltsdaten [2005].

devletin bütün organlarını bağlayıcı bir etki doğurması için bir araçtır.⁶⁴³

- iv) Organize yapı ve usuli düzenlemeler, aynı zamanda, çatışan anayasal hakların⁶⁴⁴ pratik uyuşumu veya olabildiğince dikkatli/ölçülü bir uyumlulaştırma için bir araçtır.⁶⁴⁵
- v) Anayasal hakların usuli boyutu, devlete belirli usuli düzenleme yapma ve katılma yükümlülükleri yükleyebilir.⁶⁴⁶

1.3.2. Düzenleme-Sınırlama Ayrımı

Doktrindeki bir ayrıma göre, devletin her müdahalesi anayasal hakları sınırlandırmaz. Klasik ayrıma göre, düzenleme (*Ausgestaltung*), anayasal hakkın maddi içeriğini sınırlamadan, anayasal hakkın kapsamının belirlendiği yasama faaliyetidir. Düzenleme ile yasama organı, anayasal hakların hak sahipleri tarafından kullanımını sağlamak ve anayasal hakları temellendirmektedir. Böylece anayasal hak sahipleri, bir özel özerk alan elde etmektedir.⁶⁴⁷ Geniş anlamıyla sınırlama (*Beeinträchtigung*) ise bir anayasal hakkın kapsamında hak sahibinin hareket alanını ve hukuki pozisyonunu daraltan veya hareket alanına ve hukuki pozisyonuna dokunan

⁶⁴³ Örnek olarak bkz. *BVerfGE* 35, 79 (115) - Hochschul-Urteil [1972]; *BVerfGE* 43, 242 (267) - Universitätsgesetz Hamburg [1977]; *BVerfGE* 57, 295 (320-321) - 3. Rundfunkentscheidung [1981]; *BVerfGE* 73, 118 (152-153) - 4. Rundfunkentscheidung [1986].

⁶⁴⁴ Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.2.**

⁶⁴⁵ Örnek olarak bkz. *BVerfGE* 46, 325 (334-335) - Zwangsversteigerung II [1977]; *BVerfGE* 50, 290 (368) - Mitbestimmung [1979]; *BVerfGE* 58, 233 (247) - Deutscher Arbeitnehmerverband [1981].

⁶⁴⁶ Örnek olarak bkz. *BVerfGE* 35, 79 (114-115) - Hochschul-Urteil [1972]; *BVerfGE* 111, 191 (217) - Notarkassen [2004].

⁶⁴⁷ Christian Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, s. 16, 46; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 60-61; Stern, "Einleitung", s. 70-72; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 128-129; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 250-254; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96; Josef Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 291; Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 264-267; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 89; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 1008; Hoffmann-Riem, "Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch", s. 209; Starck, "Artikel 1", s. 147; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 29; Hans D. Jarass, "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 110, No. 3, 1985, pp. 363-397, s. 391-392; Silke Ruck, "Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 117, No. 4, 1992, pp. 543-566, s. 543 vd. Krş. Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, s. 78-83; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 18-24; Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", s. 268.

yasaları/müdahaleleri ifade eder.⁶⁴⁸ Bu ayrımın temel önemi, yasama organının bir düzenleme yaptığı kabul edildiğinde, düzenlemeyi, sınırlama oluşturan yasa gibi meşrulaştırmak zorunda olmamasında yatmaktadır. Diğer bir deyişle, yasama organı bir düzenleme yaptığında bu yasanın, sözgelimi ölçülülük ilkesine uyması gerekliliği ortadan kalkmaktadır.⁶⁴⁹

Bununla birlikte düzenleme-sınırlama ayrımına bağlanan bu sonuç yerinde değildir. Böyle bir ayrıma bağlanan bu sonuç, soyut norm denetiminde bir anlam ifade etse de, yasaların uygulanması bağlamında bir anlamsızlık teşkil eder. Zira düzenleme olarak belirlenen yasanın anayasal hakkı sınırlandıracak şekilde uygulanması ve hatta en başından çok katı şartlar öngörmesi, bu düzenlemenin bir sınırlamaya yol açabileceğini gösterir. Sınırlama kabul edilmeyen bir düzenlemenin anayasal hakkın

⁶⁴⁸ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 59; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 128; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 253-254; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 19-20; Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 265-267. Lenz'e göre ise anayasal hakların kapsamında gerçekleşen özel hukuk eylemleri düzenlemeyi ifade ederken, anayasal hakların kapsamındaki zarar verici kamu hukuk eylemleri sınırlamayı ifade eder. Bkz. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 130-137. Degenhart ise sınırlamanın temel fonksiyonunun, çatışan anayasal hakların kapsamındaki davranışların, kolektif menfaatlerin ve bireysel menfaatlerin birbirine uyumlulaştırılması olduğunu belirtir. Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 265.

⁶⁴⁹ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 29-30; Kokott, "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschränken", s. 872 vd.; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 89; Guckelberger, "Schranken der Grundrechte", Rn. 12; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 119-120. Lenz düzenlemeler için bir ölçülülük incelemesini kabul etmese de, düzenlemeler için bir makullük incelemesi öngörür. Makullük incelemesi devletin kendisine bırakılan geniş takdir alanını aşıp aşmaması ile ilgilidir. Çatışan menfaatler bakımından, bir dengeleme yapıldığından bahsedilemediğinde veya çatışan menfaatlardan birisini hiç dikkate almadığında, devlet bu geniş takdir alanını aşmış ve makullük incelemesini geçememiş sayılacaktır. Bkz. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 141-145, 186; Jarass ise burada bir elverişlilik ve makullük incelemesini gerekli görür. Bunlar tam anlamıyla bir ölçülülük testini içermez ancak tamamen elverişsiz veya makul olmayan düzenlemelerin anayasa aykırı olacaklarını ileri sürer. Nitekim, Jarass'a göre, başka bir kamu yararının ortaya çıkması durumunda, burada tam anlamıyla bir ölçülülük testi yapmak gerekir. Bkz. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 29-30. Bumke, sınırlama ve düzenleme bakımından farklı gereklilikler öngörür. Bumke'ye göre, sınırlama söz konusu olduğunda, yeni yasanın hukuki güveni koruyup korumadığı ve uygun bir geçiş sağlayıp sağlamadığı incelenir. Düzenleme söz konusu olduğunda ise yeni mülkiyet düzeninin özel fayda ile mülkiyetin sosyal yükümlülüğü arasında bir denge oluşturup oluşturmadığı incelenir. Dolayısıyla düzenleme ve sınırlamanın anayasal haklar sınırlama kategorisi yardımıyla ayrılmayacağını ileri sürmüştür. Anayasal haklara dezavantajlı olduğu düşünülen bir müdahale, anayasal haklara müdahale teşkil edebilir, ama teşkil etmesi gerekmez. Bunun yerine tamamen hakkın yapılanmasını sağlayan bir düzenleme teşkil edebilir. Dolayısıyla sınırlama ile düzenleme birbirinden bağımsızdır ve fakat birbirini tamamen dışlamaz. Bumke aynı zamanda düzenlemelerin şekli ve maddi anayasal gerekliliklerle bağlı olduğunu ileri sürer. Bkz. Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten**, s. 47-48, 50-52. von Münch/Mager ise bir düzenlemenin fonksiyonel ve elverişli olması gerektiğini belirtir. Bkz. von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 32.

kullanımını oldukça zorlaştırma tehlikesi bulunduğundan⁶⁵⁰, kurumsal olmayan bir anayasal hakka kayıt düşen her yasanın olası bir şekilde sınırlama teşkil edebileceği kabul edilecektir.⁶⁵¹ Dolayısıyla anayasal hakların kullanımını sağlayan usuli düzenlemelerin anayasal hakları sınırlama etkisi olabilmektedir. Sözgelimi, Alman Anayasası, Madde 8’de düzenlenen toplanma özgürlüğü, bildirim veya izin zorunluluğu olmadan güvence altına alınmıştır. Ancak 24.07.1953 tarihli Toplanma ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (*Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)*), Madde 14’te yetkili makama 48 saat önceden bildirim yapma zorunluluğu öngörülmüştür. Bu bağlamda, aslında bu yasa hükmünün, hakkı sınırlandıran değil düzenleyen bir norm teşkil etmesi gerekir. Yani burada bildirimin amacının toplanmayı engellemek değil, güvence altına almak olması gerekir.⁶⁵² Fakat düzenleyicileri bulunmayan ve anlık olarak gelişen spontane toplanmaların ve hızlı toplanmaların, 48 saat önceden bildirim zorunluluğuna tabi tutulması, toplanma özgürlüğüne bir sınırlama teşkil eder.⁶⁵³ Bu yüzden, düzenleme-sınırlama ayırımına bağlı olarak, düzenlemelerin uygulanmasında, meşrulaştırılma zorunluluğunun bulunmadığının kabulü yerinde değildir. Sonuç olarak, düzenlemelerin uygulanması bakımından, düzenlemeler, ölçülülük ilkesi ile bağlıdır.⁶⁵⁴

Düzenleme ve sınırlama ayırımı özellikle kurumsal haklar açısından ayrı bir önem arz eder.⁶⁵⁵ Mülkiyet, evlilik, sözleşme ve dernek, yalnızca belirli bir hukuk sistemine uygun olarak var olan varlıklardır/kurumlardır. Bu tür varlıkları oluşturmak için, hukuk sisteminin ilgili kurallara sahip olması gerekir. Bu kurallar, bu varlıkların

⁶⁵⁰ Sözgelimi bir sinema filminin ticari kullanıma sunulmasının oldukça zor koşullara bağlı olması, ifade veya sanat özgürlüğüne müdahale ederken, bir siyasi parti kurmanın şartlarının oldukça zorlaştırılması, dernek özgürlüğüne veya toplanma özgürlüğüne müdahale teşkil eder.

⁶⁵¹ Aynı yönde bkz. Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 223; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 16-17. Aksi yönde görüş için bkz. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 253-254. Bu görüşün temellerini Schmitt’te bulmak mümkündür. Bkz. Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten”, s. 208 vd.; Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164 vd.

⁶⁵² Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 97.

⁶⁵³ *BVerfGE* 69, 315 (349-352) - Brokdorf [1985]; *BVerfGE* 85, 69 (74-75) - Eilversammlungen [1991].

⁶⁵⁴ *BVerfGE* 50, 290, (355) - Mitbestimmung [1979]; *BVerfGE* 99, 341 (352-353) - Testierausschluß Taubstummer [1999]. Benzer yönde bkz. Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten**, s. 50-52. Aksi yönde görüş için bkz. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 252-253.

⁶⁵⁵ Jarass, “Funktionen und Dimensionen der Grundrechte”, s. 647-648; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 51-53, 92; Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, “Die Ausgestaltung von Grundrechten”, **JuristenZeitung**, 77. Jahrg., No. 20, 21. Oktober 2022, pp. 961-970, s. 962 vd.; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 183; Kluth, **Grundrechte**, s. 94-95.

yaratılmasına ilişkin koşulların yanı sıra bu varlıklara ilişkin hak ve görevleri de belirlemelidir.⁶⁵⁶ Bu anayasal hakların içeriklerinin büyük ölçüde yasa tarafından oluşturulduğu dikkate alındığında, bir yasanın kurumsal anayasal hakların kullanımına olumsuz bir etkisi olsa bile, bu yasanın bir sınırlama değil, bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵⁷ Bununla beraber, sınırlama-düzenleme ayrımı oldukça az bir pratik öneme sahiptir.⁶⁵⁸ Özellikle kurumsal anayasal haklar dışındaki anayasal haklarda, sınırlama ile düzenlemenin birbirinden ayrılması mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda, kurumsal anayasal haklar dışındaki anayasal haklarda, her yasa/düzenleme, sınırlamaların uymak zorunda olduğu anayasal gerekliliklerle, özellikle de ölçülülük ilkesi ile bağlıdır.⁶⁵⁹

Kurumsal anayasal haklar çerçevesinde, Kingreen/Poscher'in düzenleme-sınırlama ayrımı kriterleri benimsenebilir. Kingreen/Poscher, iç ve dış düzenlemeyi birbirinden ayırır. Düzenleme, bir [kurumsal] hakkın anayasa altı mevzuattaki önceki yapısını değiştirmeyi veya tamamlamayı amaçlıyorsa, içsel bir amaç güder ve bu sebeple bir iç düzenlemedir. Bu durumda, düzenlemenin anayasal hakkın düzenleme gerekliliklerini yerine getirip getirmediği incelenmelidir. Bu gereklilikleri yerine getirmeyen iç düzenlemeler, anayasaya aykırı düzenlemelerdir. Ancak anayasal hakların bu şekilde yapılanması dışında bir amaç güden düzenlemeler, korunan anayasal hakla ilgili olmadıkları ve fakat anayasal hak korumasının konusu olmayan kamu yararı veya kamu güvenliği gibi başka amaçlara hizmet ettikleri için bir sınırlamadır.⁶⁶⁰

Kurumsal anayasal haklar bakımından her halükârda, yasamanın getirdiği bir düzenlemede, sözcilimi taşınmaz mülkiyetinin belirli şartlar sağlandığında 20 yıllık

⁶⁵⁶ Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten**, s. 17.

⁶⁵⁷ BVerfGE 57, 295 (321) - 3. Rundfunkentscheidung [1981]; BVerfGE 73, 118 (166) - 4. Rundfunkentscheidung [1986]; Matthias Herdegen, "Art. 1 Abs. 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 23; Starck, "Artikel 1", s. 148; Alexy, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", s. 49 vd.; Peine, "Der Grundrechtseingriff", s. 110; Bethge, "Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung", s. 150; Karl-Heinz Ladeur, "Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen der Flexibilisierung des Tarifvertragssystems", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 131, No. 4, 2006, pp. 643-667, s. 650-651; Wolfgang Hoffmann-Riem, "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 130, No. 1, 2005, pp. 5-70, s. 53.

⁶⁵⁸ Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 60; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 793.

⁶⁵⁹ Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 1009.

⁶⁶⁰ Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 52-53, 92; Kingreen - Poscher, "Die Ausgestaltung von Grundrechten", s. 963.

zamanaşımı ile kazanılmasının (olağanüstü zamanaşımı) düzenlenmesinde, bireyin menfaati ile hukuki güvenliğinin ve aleniyetin sağladığı kamu yararı arasında oluşturulan dengede kurumun özüne dokunmaması ve dolayısıyla kurumun özünün korunması gerekmektedir. Nitekim buradaki süre şartı 10 yıla, 5 yıla veya 1 yıla indirildiğinde farklı sonuçlar oluşacak ve kurumun özüne dokunulabilecektir. Bu bağlamda 10 yıllık bir sürenin belirlenmesi, kurumun özüne dokunmazken, 1 yıllık sürenin belirlenmesi kurumun özüne dokunabilir.⁶⁶¹ Dolayısıyla diğer anayasal haklarda olduğu gibi kurumsal anayasal hakların yasama organı tarafından “düzenlenmesi” de sınırsız değildir.⁶⁶² Bu itibarla, yasa koyucu, kurumsal anayasal hakları düzenlerken de hakkın özüne dokunmama zorunluğu bulunmakta ve bu itibarla her “düzenlemede”, amaç-amaç ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.⁶⁶³ Burada özellikle düzenleme yapılan ilgili anayasal hakkın konusunun yapısı önem arz eder.⁶⁶⁴ Kurumsal anayasal hakların düzenlenmesinde, yasanın aynı zamanda kurumsal anayasal hakların kapsamını belirlemesinden dolayı, yasa koyucunun takdir alanı daha geniştir⁶⁶⁵ ve fakat yasanın oluşturduğu kamusal yararların veya bireysel yararların amaç-araç ilişkisi çerçevesinde dikkate alınması daha yerinde olacaktır. Yasa koyucu, her halükârda, kurumsal anayasal hakkın özüne müdahale edemez.⁶⁶⁶ Bununla birlikte, kurumsal anayasal haklar ile ilgili özellikle bu kurumları koruyan yasaların bir sınırlama değil bir düzenleme olduğundan ve bu bağlamda bir içkin sınırlama kategorisi⁶⁶⁷ teşkil ettiğinden bahsedilebilir.

⁶⁶¹ Bu konuda krş. *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom*, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, para. 75 vd.

⁶⁶² Michael Nierhaus, “Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers? Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 116, No. 1, 1991, pp. 72-111, s. 76 vd.

⁶⁶³ Krş. *BVerfGE* 97, 228 (267-268) - Kurzberichterstattung [1998]; Herdegen, “Art. 1 Abs. 3”, s. 24; Peine, “Der Grundrechtseingriff”, s. 110; Degenhart, “Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung”, s. 286-287. Aksi yönde bkz. Hermes, “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, s. 345.

⁶⁶⁴ *BVerfGE* 105, 313 (345) - Lebenspartnerschaftsgesetz [2002]; Herdegen, “Art. 1 Abs. 3”, s. 24.

⁶⁶⁵ *BVerfGE* 146, 71 (121) - Tarifeinheitsgesetz [2017]; Degenhart, “Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung”, s. 284; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 113-114. Degenhart, bir düzenlemenin bir anayasal hakkı sınırlayıcı etkisi varsa, düzenleme bir sınırlamaya yaklaştıkça, yasamaya verilen düzenleme yetkisinin daraldığını belirtir. Bkz. Degenhart, “Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung”, s. 290.

⁶⁶⁶ *BVerfGE* 52, 1 (31) - Kleingarten [1979]; *BVerfG*, 1 BvR 351/91, Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 1994, para. 59; Peine, “Der Grundrechtseingriff”, s. 110.

⁶⁶⁷ Bkz. **Bölüm 2.3.4.**

1.3.3. Yasaklanan Alan

Yasaklanan alan, devletin müdahale edemeyeceği “alanı” ifade eder. Ancak burada alan terimi dolayısıyla yasaklanan alan ile mutlak hakkın özü teorisi karıştırılmamalıdır. Yasaklanan alan tabiriyle devletin ilgili anayasal gerekliliklere uymadan gerçekleştirdiği müdahaleler ifade edilir. Dolayısıyla, mutlak yaklaşımla ele alınan hakkın özünden farklı olarak somut bir alanı değil kurgusal/metaforik bir alanı ifade eder.⁶⁶⁸ Sözgelimi bir anayasal hakkı sınırlandırırken devletin yerine getirmesi gereken en önemli maddi gereklilik, ölçülülük ilkesine uymasındır. Ölçüsüz olan bir müdahale, devletin yasaklanan alanına denk düşer ve bu yüzden anayasal hakkın ihlali gerçekleşmiş olur. Aynı şekilde, yasayla sınırlama usuli gerekliliğine uymayan bir müdahale de yasaklanan alanda yer alır ve hakkın ihlaline yol açar. Bundan sonraki bölümde, kısaca maddi gereklilikleri ele almak yerinde olacaktır.

1.4. DEVLETİN MÜDAHALESİNİN VEYA HAREKETSİZ KALMASININ MEŞRULAŞTIRILMASI

Anayasal hakkın sınırlandırılması olarak sınıflandırılan devletin her müdahalesinin veya hareketsiz kalmasının, devlet tarafından meşrulaştırılması gerekir. Bu meşrulaştırma ise sınırlama için belirlenen anayasal gereklilikler ile gerçekleşir. Devlet bir anayasal hakkı sınırlandırırken yerine getirmesi zorunluluğu bulunan anayasal gereklilikler, usuli ve maddi anayasal gereklilikler olarak ikiye ayrılabilir. Bu çalışmada, yalnızca maddi anayasal gereklilikler incelenecektir. Bu bağlamda, birçok anayasal sistemde kabul gören ölçülülük ilkesi (1.4.1.) ve hakkın özüne müdahale yasağı (1.4.2.) tetkik edilecektir. Akabinde ise Alman anayasa hukuk doktrinin ve FAYM’ın kararlarında belirli bir şekilde yer alan pratik uyum ilkesi (1.4.3.) ortaya konacaktır.

1.4.1. Ölçülülük İlkesi

İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa hukukunun küreselleşmesi, ulus-devletin sınırlarını aşması⁶⁶⁹ ve yüksek mahkeme hakimlerinin verdikleri kararlar ile

⁶⁶⁸ Hillgruber, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff”, s. 982-983. Ayrıca bkz. Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte**, s. 26; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 449-450; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 103; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 84; Marcel Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1991, s. 25-26, 225-226.

⁶⁶⁹ Cohen-Eliye - Porat, “American Balancing and German Proportionality”, s. 263; Moshe Cohen-Eliya - Iddo Porat, “The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism”, **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Ed. by Vicki C. Jackson - Mark Tushnet, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 103-104; Choudry,

bir diyaloga girmesi⁶⁷⁰ sonucunda, modern anayasal hak teorisi oluşmuştur.⁶⁷¹ “Amerikan istisnacılığı” (*exceptionalism*) bir kenara bırakılırsa⁶⁷², özellikle Avrupa

“Globalization in Search of Justification”, s. 820 vd.; Karolina Milewicz, “Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework”, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 16, Issue 2, pp. 413-436, s. 413 vd.; Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, **Virginia Law Review**, Vol. 83, No. 4, 1997, pp. 771-797, s. 772 vd.; David S. Law, “Generic Constitutional Law”, **Minnesota Law Review**, Vol. 89, 2005, pp. 652-742, s. 659 vd.; Christine E. J. Schwöbel, “Situating the Debate on Global Constitutionalism”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 611-635, s. 611-613; Kai Möller, **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 1; Ran Hirschl, **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 2 vd.; Michael Rosenfeld - András Sajó, “Introduction”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. by Michael Rosenfeld - András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 13-15.

⁶⁷⁰ Cohen-Eliye - Porat, “American Balancing and German Proportionality”, s. 263; Anne-Marie Slaughter, “Judicial Globalization”, **Virginia Journal of International Law**, Vol. 40, 2000, pp. 1103-1124, s. 1116-1120; Anne-Marie Slaughter, “A Global Community of Courts”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 44, No. 1, 2003, pp. 191-219, s. 191 vd.

⁶⁷¹ Lorraine E. Weinrib, “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, **The Migration of Constitutional Ideas**, Ed. by Sujit Choudry, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s. 84 vd.; Cohen-Eliye - Porat, “American Balancing and German Proportionality”, s. 263; Barak, **Proportionality**, s. 19.

⁶⁷² Burada, “Amerikan istisnacılığı” terimi, Amerikan anayasa hukukunda, Avrupa merkezli olarak yayılan bu küresel anayasa hukukundan farklı bir yaklaşım benimsenmesini ifade eder. Bkz. Weinrib, “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, s. 87-88; Stephen Gardbaum, “The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism”, **Michigan Law Review**, Vol. 107, No.3, pp. 391-466, s. 395; Michael Ignatieff, “Introduction: American Exceptionalism and Human Rights”, **American Exceptionalism and Human Rights**, Ed. by Michael Ignatieff, Princeton, Princeton University Press, 2005, s. 3 vd. Daha geniş anlamda kullanılan “Amerikan istisnacılığı” terimi için bkz. Seymour Martin Lipset, **American Exceptionalism: A Double-Edged Sword**, New York, W. W. Norton & Company, 1996; Steven G. Calabresi, ““A Shining City on a Hill”: American Exceptionalism and the Supreme Court’s Practice of Relying on Foreign Law”, **Boston University Law Review**, Vol. 86, 2006, pp. 1335-1416. Bununla birlikte Yowell, Amerikan Yüksek Mahkeme’nin ölçülülük adı altında olmasa bile benzer araçları kullanan bir dengeleme testi uyguladığını iddia eder. Ona göre, Mahkeme’nin i) asgari inceleme/rasyonel temel görüşü (bu incelemede, devletin meşru amaçla rasyonel şekilde bağlı bir önlem alması gerekir. Bkz. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)), ii) orta düzeyli inceleme (bu incelemede, devletin, önemli bir devlet menfaatine katkıda bulunduğu bir önlem alması gerekir. Bkz. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)) ve iii) sıkı incelemeden (bu incelemede, devletin önleminin, meşru amaca biçilmiş kaftan/zorunlu olması (*narrowly tailored*) ve zorunlu devlet menfaatini geliştirmesi gerekir. Bkz. *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)) oluşan üçlü inceleme modelinin, belirli ölçüde ölçülülük testine karşılık geldiğini ifade eder. Paul Yowell, **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**, Oxford, Hart Publishing, 2018, s. 21-23. Aynı yönde bkz. Erwin Chemerinsky, **Constitutional Law: Principles and Policies**, 6. Edition, New York, Wolters Kluwer, 2019, s. 586-590; E. Thomas Sullivan - Richard S. Frase, **Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions**, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 53 vd. Ancak Amerikan anayasal hak dogmatığı ölçülülük ilkesi üzerinde değil hakların rolü üzerinde temellenir. Bu sebeple, Alman Anayasası’nın aksine Amerikan Anayasası’nda bir *ad hoc* dengelemenin benimsenmesi anayasal hakların bağlayıcılığını kuvvetlendirmez ve fakat görelileştirir. Yukarıda sayılan testler, farklı özgürlüklere yönelik farklı sınırlama biçimleri için farklı gereklilikler oluşturur ve daha belirli kurallar temelinde incelenir. Bu testler aynı zamanda devletin izlediği amaçlar ile kullandığı araçları farklı düzeylerde incelemeye tabi tutma şeklindeki

dengeleme biçimlerine de dayanmaktadır. Dengeleme ile anayasal hakların görelileştirilmesinin aksine, dengelemeye dayanıklı anayasal haklar kavramı burada meydana gelir (Frederick Schauer, "A Comment on the Structure of Rights", **Georgia Law Review**, Vol. 27, No. 2, 1993, pp. 415-434, s. 428 vd.). Bkz. Ralf Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 166-167. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi *ad hoc*, menfaat veya değer dengelemesini değil, tanısal/olgusal/kategorik dengelemeyi kullanabilmektedir. Yüksek Mahkeme, sözgelimi basın özgürlüğü vakalarında, doğru olgusal ifadeler, yanlış olgusal ifadeler ve kasıtlı yanlış ifadeler arasında bir ayrım yapar. Buna göre, kasıtlı yanlış ifadeler, Birinci Değişiklik'te belirtilen anayasal haktan yararlanamazken, doğru olgusal ifadeler ile olgusal yanlış ifadeler anayasal hakkın korumasından yararlanabilmektedir. Bkz. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). Ayrıca bkz. Frederick Schauer, "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect", **Boston University Law Review**, Vol. 58, 1978, pp. 685-732, s. 706-707. Aynı şekilde, kısıktıcı ifadelerin, Birinci Değişiklik'te yer alan ifade özgürlüğünden yararlanıp yararlanamayacağı hususu da bu şekilde belirlenmiştir. Yüksek Mahkeme, ilk olarak 1942 yılındaki vakada (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)), zarar veren ifadelerin, herhangi bir düşünce ifadesinin temel bir parçası olmadığını ve bu ifadelerden oldukça düşük bir sosyal değer elde edilebileceğini belirterek, bu ifadeleri ifade özürüllüğünün kapsamından çıkarmıştır. 1949 yılındaki diğer bir vakada (*Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949)), açık ve yakın tehlike ortaya koyan ifadeler, hakkın korumasından dışlanırken, tartışmaya ve huzursuzluğa sebep olan ifadeler hakkın korumasına dahil edilmiştir. *Texas v. Johnson* vakasında (*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)), doğrudan kişisel bir hakaret veya şiddete tahrik içeren ifadeleri kısıktıcı ifade olarak tanımlayarak, bayrak yakma fiilinin bir kısıktıcı ifade olmadığı ve ifade özgürlüğü hakkında yararlanabileceği sonucuna ulaşmıştır. 1992 yılındaki bir vakada (*R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)) ise Yüksek Mahkeme, bir ifade, kısıktıcı bir ifade olarak kabul edilse bile ifade özgürlüğünün sınırlanması, ayrımcı bir bakış açısına dayanıyorsa Birinci Değişiklik tarafından korunur. Mahkeme, burada ilgili anayasal hakkın mantığı çerçevesinde belirli kurallar belirleyerek (Richard H. Pildes, "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", **Hastings Law Journal**, Vol. 45, No. 4, 1994, pp. 711-751, s. 711-712), somut bir vaka özelinde değil ve fakat genel olarak hangi ifadelerin anayasal hakkın korumasından yararlanacağı ve dolayısıyla izin verme hukuki sonucunu doğuracağını ve hangisinin anayasal hakkın korumasından yararlanamayacağını ve dolayısıyla yasaklama sonucunu doğuracağını ortaya koyar. Bu bağlamda, tanısal/olgusal/kategorik dengelemenin, *ad hoc* dengelemeden ayrıldığı en önemli husus, tanısal/olgusal/kategorik dengeleme, vaka özelinde bir dengeleme yapmaz. Bu dengeleme ile oluşturulan kurallar, sonraki vakalara uygulanabilir. Bu bağlamda, Yüksek Mahkeme, hangi fiilin ilgili anayasal hakkın korumasından yararlanacağına yönelik bir dengeleme yapar ve bu dengeleme ile belirlediği kuralları, sonraki vakalara da aynı şekilde uygular. Dolayısıyla Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin özellikle ifade özgürlüğüne ilişkin vakalarda, üçüncü yol olarak tanısal/olgusal/kategorik dengelemeyi uyguladığı ifade edilmektedir. Bkz. Melville B. Nimmer, "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", **California Law Review**, Vol. 56, No. 4, 1968, pp. 935-967, s. 942 vd.; Norman T. Deutsch, "Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of "Definitional Balancing" as a Methodology for Determining the "Visible Boundaries of the First Amendment""", **Akron Law Review**, Vol. 39, No. 2, 2006, pp. 483-539, 489 vd.; John Hart Ely, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", **Harvard Law Review**, Vol. 88, No. 7, 1975, pp. 1482-1508, s. 1500-1502; Louis Henkin, "Infallibility under Law: Constitutional Balancing", **Columbia Law Review**, Vol. 78, No. 5, 1978, pp. 1022-1049, s. 1027-1028; T. Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", **The Yale Law Journal**, Vol. 96, No. 5, 1987, pp. 943-1005, s. 948; Kathleen M. Sullivan, "Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing", **University of Colorado Law Review**, Vol. 63, No. 2, 1992, pp. 293-318, s. 294 vd.; Donald P. Kommers - John E. Finn - Gary J. Jacobsohn, **American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes**, Vol. II, 3. Edition, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers,

merkezinde hakların iki kademeli olduğu ve bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin veya ölçülülük ilkesinin önemli unsurlarının ya da ölçülülük ilkesinin farklı versiyonlarının veya en azından dengelemenin maddi bir kriter olarak bu iki kademeyi birbirinden ayırt ettiği kabul edilmektedir.⁶⁷³ Gerçekten de 20. yüzyılın başında, anayasal hakların

2010, s. 392-393; Noah Feldman - Kathleen Sullivan, **Constitutional Law**, 20. Edition, New York, Foundation Press, 2019, s. 945-946, 1010; András Sajó, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Ed. by András Sajó, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, s. 68; Olivier De Schutter - Françoise Tulkens, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 196-197; Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 173 vd.; Hazar, **İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması**, s. 72 vd.; Necdet Umut Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, Ankara, Adalet, 2023, s. 323-325. Nitekim bu inceleme kategorileri, büyük ölçüde vakanın sonucunu da belirlemektedir. Bkz. Sullivan, "Post-Liberal Judging", s. 296; Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 138 vd., 155 vd. Sonuç olarak, Amerikan anayasal hak sistemi, Avrupa merkezinde gelişen modern anayasal hak teorisi bakımından bir istisnayı teşkil eder. Bkz. Weinrib, "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism", s. 84 vd.; Cohen-Eliye - Porat, "American Balancing and German Proportionality", s. 264 vd.; Möller, **The Global Model of Constitutional Rights**, s. 17-20. Krş. Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 97 vd.; Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", s. 963 vd.; Sullivan - Frase, **Proportionality Principles in American Law**, s. 53 vd.; Barak, **Proportionality**, s. 206-208. Bununla beraber, *ad hoc* dengelemenin kullanıldığı sistemlerde, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kullandığı gibi olmasa da, diğer bir deyişle menfaat/değer dengelemesine destek olacak şekilde tanısıl/olgusal/kategorik dengeleme metodu kullanılmaktadır. Sözgelimi FAYM, ifadenin gerçekleştirildiği zamanda olgu isnadının/iddiasının doğru olmadığı tartışmasızsa, bu ifadenin, ifade (düşünceyi ifade) özgürlüğü hakkında yararlanamayacağını ve fakat söylendiği zamanda değil sonradan doğru olmadığı anlaşılabilen olgu isnadının/iddiasının, ifade özgürlüğü hakkında yararlanabileceğini belirtir. Zira söylemin gerçekleştiği zamanda, doğruluk çoğunlukla belirsizdir ve bir tartışma veya yargısal bir süreçten sonra belirlenebilir. Sonradan doğru olmadığı belirlenen ifadelerin yaptırıma uğraması, iletişim sürecine oldukça zarar verir ve yalnızca risksiz, reddedilemeyen doğruların/gerçeklerin ifade edilmesine ve dahası ifade özgürlüğünün kullanılmasında caydırıcı etkiye yol açar. Bu bağlamda, doğru olgu isnadı burada en büyük değere sahipken, yanlış olgu isnadı daha az değere sahiptir. Doğru olmadığı kesin olarak bilinen olgu isnadı ise ifade özgürlüğü hakkının korumasından hiç yararlanamaz. Bkz. BVerfGE 99, 185 (1997) - Scientology [1998]; Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 39. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2023, s. 195-196. Amerikan istisnacılığı hukuk kültürü ve geleneği üzerinden de temellendirilebilir. Kural hukuk modeli ve olay hukuk modeli, yapılan bu geleneksel ayrımlardan birisini oluşturmaktadır. Bkz. Edgar Bodenheimer, "Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", **Georgia Law Review**, Vol. 11, No. 5, 1977, pp. 1143-1172, s. 1143-1144. Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 151 vd. Özellikle Kıta Avrupası kural hukuk modelini benimsemiştir. Ancak bu kural hukuk modeline sonradan olay hukuk modeli de eklenerek hibrit bir model oluşmuştur. Amerikan hukuk sisteminde böyle bir eklenme gerçekleşt(e)miştir.

⁶⁷³ Barak, **Proportionality**, s. 131 vd. 180 vd.; Möller, **The Global Model of Constitutional Rights**, s. 13-15; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 68 vd.; Sajó, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", s. 68; Cohen-Eliye - Porat, "American Balancing and German Proportionality", s. 263-264; Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 2; Johannes Saurer, "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", **Der Staat**, Vol. 51, No.

bağlayıcılığı ile ilgili olan sorunun ve anayasal hakların uygulanmasının ve kaderinin yalnızca yasama organına, yani belirli bir dönemde parlamentoda oluşan çoğunluğa bırakılması ile oluşan sorunların çözümü olarak, anayasal haklara müdahale eden devletin, müdahalesini meşrulaştırma yükümlülüğü sunulmuştur. Devletin müdahalesini meşrulaştırma aracı olarak da ölçülülük ilkesi (*proportionality / Verhältnismäßigkeit / Übermaßverbot / Angemessenheit / Zumutbarkeit*) öngörülmüştür.⁶⁷⁴ Tarihsel kökeni 18. yüzyıla dayanan ve Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nin kolluk hukukunda uygulaması ile vücut bulan⁶⁷⁵ ölçülülük ilkesi, anayasal haklar bağlamında ilk olarak

1, 2012, pp. 3-33, s. 5 vd.; Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Bir Anayasal İlke midir?", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sayı 1, 2017, pp. 1-74, s. 17 vd.

⁶⁷⁴ Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 160 vd.

⁶⁷⁵ Ölçülülük ilkesinin tarihsel gelişimi için bkz. Carl Gottlieb Svarez, **Vorträge über Recht und Staat**, Wiesbaden, Springer, 1960, s. 40; Robert von Mohl, **Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**, Bd. I, 2. Auflage, Tübingen, H. Laupp'schen Buchhandlung, 1944, s. 31, 39; Barak, **Proportionality**, s. 175 vd.; Oliver Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, s. 39 vd. Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 61 vd.; Cohen-Eliye - Porat, "American Balancing and German Proportionality", s. 271 vd.; Detlef Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 521-525; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 765 vd.; Ölçülülük ilkesi, en başından itibaren orantılılık testini içeren bir üçlü test olarak uygulanmaz. Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nin 19. yüzyılda uyguladığı ölçülülük testi, idarenin seçtiği amaç ve araçların hukuka uygunluğu ve amaç ile araç arasında oluşan elverişlilik ve gereklilik denetimini içerir. Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 116. Prusya Yüksek İdare Mahkemesi, ölçülülük ilkesini idare hukukuna ve özellikle de kolluk hukukuna dahil etmesi ve en azından bir dereceye kadar dogmatik bir şekilde yapılandırması söz konusu olsa da, ölçülülük ilkesinin anayasa hukukuna dahil edilmesinde bu tarihsel alt yapı bahsedildiği kadar büyük bir rol oynamaz. FAYM, ölçülülük ilkesini anayasa hukukuna dahil ederken, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'ne değil, ölçülülük ilkesinin unsurlarına halihazırda atıfta bulunan i) Alman Federal İdare Mahkemesi'nin (BVerwG, **NJW**, 1955, pp. 1532-1534, s. 1533 - Zulassung von Rechtsbeiständen, Bedürfnisprüfung; BVerwG, **NJW**, 1957, pp. 356-358, s. 356-357 - Apothekenrecht, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung) ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGHSt 4, 375 (377) - Impfgesetz [1953]) öz güvencesine ilişkin yorumlarına, ii) Bavyera Anayasa Mahkemesi'nin anayasal hak sınırlamalarının "kesinlikle gerekli" olması gerektiği yönündeki içtihadına (BayVerfGH, **VerwRspr**, 1957, pp. 129-147, s. 134-135) ve iii) Weimar döneminde İmparatorluk Mahkemesi'nin zaman zaman devlet başkanı tarafından çıkarılan olağanüstü hâl kararnamelerine uyguladığı gereklilik testine yönelik içtihadına (Sözelimi bkz. RGZ 112, 1 (4 vd.) - Erlass von Rechtsverordnungen in Preußen) atıfta bulunmuştur (BVerfGE 7, 377 (411 vd.) - Apotheken-Urteil [1958]). Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin unsurlarının Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nin kolluk hukukuna ilişkin içtihadı yoluyla Alman idare hukuku geleneğinde zaten yerleşik olması da bir rol oynamış olabilir. Hem Prusya Yüksek İdare Mahkemesi'nin hem de FAYM'ın ölçülülük ilkesine başvurma sebebi ise benzerdir. Prusya Yüksek İdare Mahkemesi, kolluğun yasal yükümlülüğünü daha etkili hale getirmek için ölçülülük ilkesine başvururken, FAYM anayasal hakları ve bunun devletin erklerine yüklediği yükümlülüğü etkili hale getirmek için ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Bkz. Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 165-166.

1958 yılında, FAYM tarafından *Eczane* kararında uygulanmaya başlamıştır.⁶⁷⁶ Ölçülülük ilkesinin belirli unsurları, 1960 yılı ve sonrasında AİHM'in kararlarında uygulanmıştır.⁶⁷⁷ 1986 yılında, *R. v. Oakes* kararıyla Kanada Yüksek Mahkemesi, ölçülülük ilkesini uygulamaya başlamıştır.⁶⁷⁸ Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ise ölçülülük ilkesinin ilk olarak 1989 yılında yer aldığı görülmektedir.⁶⁷⁹ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini 1995 yılında uygulamaya başlamıştır.⁶⁸⁰ Ölçülülük ilkesinin uygulamasının Avrupa'ya, Asya'ya⁶⁸¹, Latin Amerika'ya⁶⁸², Avustralya'ya, Yeni Zelanda'ya ve İsrail'e yayıldığı görülmektedir.⁶⁸³ Bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin temel prensiplerinden biri olduğu da ileri sürülmüştür.⁶⁸⁴

⁶⁷⁶ BVerfGE 7, 377 (406 vd.) - Apotheken-Urteil [1958]. Burada aslında FAYM, ölçülülük ilkesinin temellerini teşkil eden iki farklı teori geliştirdiğini belirtmek gerekir. Bunlardan birincisi meslek özgürlüğü hakkı için geliştirdiği katman teorisi (Stufentheorie) (bkz. BVerfGE 7, 377 (405) - Apotheken-Urteil [1958]). İkincisi ise ifade özgürlüğü hakkı için geliştirdiği karşılıklı etki teorisi (Wechselwirkungstheorie) (bkz. BVerfGE 12, 113 (124-125) - Schmid-Spiegel [1961]). Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 799-803; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 560-562; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1067-1068; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 145; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 209, 283 vd.; Katz, **Staatsrecht**, s. 303; Kluth, **Grundrechte**, s. 120. Bu bakımdan, FAYM'ın üç alt ilkeden oluşan ölçülülük ilkesini esas olarak 70'li yıllarda belirlemesi söz konusudur. Sözgelimi bkz. BVerfGE 30, 292 (316) - Erdölbevorratung [1971]; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 775.

⁶⁷⁷ *Lawless v. Ireland (No.3)*, App. No. 332/57, Judgment of 01 July 1961, para. 36-38; *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 5; *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 49, 58; *Barford v. Denmark*, App. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989, para. 29; *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 October 1982, para. 69.

⁶⁷⁸ *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin ölçülülük uygulaması için bkz. Uygun, "Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi", s. 319 vd.

⁶⁷⁹ AYM, E.1988/50, K.1989/27, Karar Tarihi 23.06.1989.

⁶⁸⁰ *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] (3) SA 391, para. 94 vd.

⁶⁸¹ Ölçülülük ilkesinin Asya'da kullanımı için bkz. Po Jen Yap (Ed.), **Proportionality in Asia**, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

⁶⁸² Ölçülülük ilkesinin özellikle Brezilya'da kullanımı için bkz. João Andrade Neto, **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**, Cham, Springer, 2018.

⁶⁸³ Barak, **Proportionality**, s. 181 vd.; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 68 vd.; Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 158-159; Saurer, "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", s. 8 vd.; Matthias Klatt - Moritz Meister, "Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip", **Der Staat**, Vol. 51, No. 1, 2012, pp. 159-188, s. 160-161; Jamal Greene, "Rights as Trumps?", **Harvard Law Review**, Vol. 132, No. 1, 2018, pp. 28-132, s. 58-59; Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük", s. 17 vd.

⁶⁸⁴ David M. Beatty, **The Ultimate Rule of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 160 vd. Beatty'nin yaklaşımının eleştirisi için bkz. Vicki C. Jackson, "Being Proportional about Proportionality", **Constitutional Commentary**, Vol. 21, 2004, pp. 803-859.

FAYM, kararlarında ölçölülük ilkesini, anayasal düzeyde olan⁶⁸⁵ anayasal bir ilke haline getirirken⁶⁸⁶, bir yandan Anayasa Madde 20/3'te yer alan hukuk devleti ilkesine dayanmıştır. Buna göre hukuk devleti ilkesi, ölçölülük ilkesinin dikkate alınmasını gerektirir.⁶⁸⁷ Diğer yandan Mahkeme, ölçölülük ilkesini anayasal hakların yapısı ile temellendirir.⁶⁸⁸ Nihayetinde Mahkeme, ölçölülük ilkesinin anayasal düzeyde olan bir ilke olduğunu kabul etmiştir.⁶⁸⁹ Ölçölülük ilkesi, anayasa mahkemeleri ve AİHM kararlarından doğan türev anayasal normlara dahil olur. Bu bağlamda, anayasal hak normları ile sınırlama normları, anayasal hak normları ile anayasal hak normları ve anayasal hak normları ile diğer anayasal değerler arasındaki çatışmaları ve uyumsuzlukları çözen temel kriter haline gelir.

Bu itibarla, ölçölülük ilkesi, bu çalışma kapsamında karşılaştırmalı olarak incelenecek Alman ve Türk anayasal sisteminde ve AİHS sisteminde, anayasal hakların sınırlandırılmasında, devletin yerine getirmesi muktezi temel maddi gerekliliktir.

⁶⁸⁵ FAYM'ın ölçölülük ilkesini anayasal düzeyde bir ilke olarak benimsediği kararlar için bkz. *BVerfGE* 30, 173 (199) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 35, 382 (401) - Ausländerausweisung [1973]; *BVerfGE* 70, 297 (311) - Fortdauer der Unterbringung [1985]; *BVerfGE* 118, 212 (231) - Revisionsgrenzen bei Rechtsfolgenzumessung [2007].

⁶⁸⁶ FAYM'ın ölçölülük ilkesini bir anayasal ilke olarak nitelendirdiği kararlar için bkz. *BVerfGE* 20, 45 (49) - Kommando 1005 [1966]; *BVerfGE* 26, 228 (239) - Sorsum [1969]; *BVerfGE* 37, 57 (66) - Haftbefehl in Berlin [1974]; *BVerfGE* 51, 193 (221) - Schloßberg [1979]; *BVerfGE* 52, 1 (29, 36) - Kleingarten [1979]; *BVerfGE* 70, 191 (200) - Fischereibezirke [1985]; *BVerfGE* 78, 38 (50) - Gemeinsamer Familienname [1988].

⁶⁸⁷ Bkz. *BVerfGE* 17, 306 (313-314) - Mitfahrzentrale [1964]; *BVerfGE* 23, 127 (133-134) - Zeugen Jehovas [1968]; *BVerfGE* 27, 1 (8) - Mikrozensus [1969]; *BVerfGE* 30, 250 (263) - Absicherungsgesetz [1971]; *BVerfGE* 35, 382 (400) - Ausländerausweisung [1973]; *BVerfGE* 38, 348 (368) - Zweckentfremdung von Wohnraum [1975]; *BVerfGE* 49, 24 (58) - Kontaktsperre-Gesetz [1978]; *BVerfGE* 69, 1 (35) - Kriegsdienstverweigerung II [1985]; *BVerfGE* 76, 256 (359) - Beamtenversorgung [1987]; *BVerfGE* 92, 277 (325) - DDR-Spione [1995]. Bununla birlikte Merten, ölçölülük ilkesini hukuk devleti ilkesi ile temellendirilmesini eleştirir. Buna göre, şekli hukuk devleti yasanın üstünlüğünü ifade eder. Bu anlamda, hukuk devleti ilkesinden bir maddi kriter olarak ölçölülük ilkesi elde edilemez. Hukuk devleti ilkesi, maddi bir hukuk düşüncesi ilkesi olarak tanımlandığında ise bu kavram şekilsiz ve belirsiz hale gelir. Bkz. Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 536-537. Merten'e benzer şekilde, Gözler de ölçölülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinde elde edilemeyeceğini belirtir. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 367.

⁶⁸⁸ Bkz. *BVerfGE* 9, 338 (346) - Hebammenaltersgrenze [1959]; *BVerfGE* 16, 147 (173) - Werkfernverkehr [1963]; *BVerfGE* 19, 342 (348-349) - Wencker [1965]; *BVerfGE* 65, 1 (44) - Volkszählung [1983]; *BVerfGE* 76, 1 (50-51) - Familiennachzug [1987]; *BVerfGE* 117, 71 (119) - Strafrestaussatzung [2006]. Bununla birlikte doktrinde, ölçölülük ilkesinin bütün anayasal haklar için değil, yalnızca sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar için geçerli olduğunu ileri süren görüş de vardır. Bkz. Frank Raue, "Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 131, No. 1, 2006, pp. 79-116, s. 114.

⁶⁸⁹ Bkz. *BVerfGE* 19, 342 (348-349) - Wencker [1965]; *BVerfGE* 65, 1 (44) - Volkszählung [1983].

Bununla birlikte, bu anayasal sistemlerde ölçülülük ilkesi aynı şekilde uygulanmaz. Aynı şekilde ölçülülük ilkesinin uygulanması, bu çalışma kapsamında incelenen anayasal sistemlerde, negatif edim ve pozitif edim yükümlülüğüne göre değişmektedir. Bu bakımdan, ölçülülük ilkesinin öncelikle negatif edim yükümlülüğünde uygulanması (1.4.1.1.), sonrasında pozitif edim yükümlülüğünde uygulanması (1.4.1.2.) incelenecek olup, ölçülülük ilkesinin temel özellikleri ilk bölümde incelenecektir. Bu hususlardan sonra ise ölçülülük ilkesinin pratik ve dogmatik sorunları ele alınacaktır (1.4.1.3.).

1.4.1.1. Negatif Edim Yükümlülüğünde Ölçülülük İlkesi

Temel olarak devletin kullandığı araç ile devletin hedeflediği amaç arasındaki ilişkiyi inceleyen ölçülülük ilkesi, üç alt-ilkeden oluşur: i) elverişlilik ilkesi (*suitability/Geeignetheit*) (1.4.1.1.2.), ii) gereklilik ilkesi (*necessity/Erforderlichkeit*) (1.4.1.1.3.) ve iii) orantılılık ilkesi (*proportionality in the narrow sense/Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) (1.4.1.1.4.). Ancak bu üçlü yapıya, amaç ve araçların meşruluğunun (1.4.1.1.1.) eklenmesi yerinde olur.⁶⁹⁰ Her ne kadar,

⁶⁹⁰ Ölçülülük ilkesinin üç alt-ilkeden oluştuğu yönünde bkz. Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 453-455; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 71-74; Stern, “Übermaßverbot und Abwägungsgebot”, s. 775; Stern, “Einleitung”, s. 64; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 255 vd.; Starck, “Artikel 1”, s. 143-144; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 475; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 142; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 192-195; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 217-218; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 356-363; Hans D. Jarass, “Art. 20”, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 523-524; Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 33; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 49-51; Hopfau, “Einleitung”, s. 84; Andreas Voßkuhle, “Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Juristische Schulung**, 2007, pp. 429-431, s. 430; Hans Hofmann, “Art. 20”, **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 944-945; Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 55 vd.; Jürgen Schwabe, **Grundkurs Staatsrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1991, s. 78-80; Ebehard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 98, No. 4, 1973, pp. 568-616, s. 571 vd.; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 128 vd.; Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 16-17; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 100-104; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 66-69; Stein - Frank, **Staatsrecht**, s. 241 vd.; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 69-70; Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, **University of Toronto Law Journal**, Vol. 57, 2007, pp. 383-397, s. 387-388; Moshe Cohen-Eliya - Iddo Porat, **Proportionality and Constitutional Culture**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 17-18; Steven Greer, **The European Convention on Human Rights: Achievement, Problems and Prospects**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s. 205; Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 26-39; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 112-117; Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, s. 93-94; Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 161-162; O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul, Beta, 2000, s. 163-

166; Erdoğan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, s. 348-354; Semih Batur Kaya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 193-198. Ölçülülük ilkesi her ne kadar temel olarak 3 alt ilkeden oluşsa da, bazı yazarlar bu ölçülülük ilkesine bir de meşru amaç alt-ilkesini ekler. Bunun için bkz. Bernhard Schlink, "Proportionality (1)", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. by Michel Rosenfeld - András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 722 vd.; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 102 vd.; Kloepper, **Verfassungsrecht II**, s. 101; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 115; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 131-132; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1053 vd.; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 60-68; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 28-33; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 75-76; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 66; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 65-68; Barak, **Proportionality**, s. 245 vd.; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 8-9; Grant Huscroft - Bradley W. Miller - Grégoire Webber, "Introduction", **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning**, Ed. by Grant Huscroft - Bradley W. Miller - Grégoire Webber, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, s. 2; Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 65, No. 1, 2006, pp. 174-207, s. 181; Benedikt Pirker, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study**, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2013, s. 15 vd.; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 36 vd. Merten ise ölçülülük incelemesinin 5 unsurdan oluştuğunu belirtir: i) sınırlama amacının ve aracının anayasal meşruluğu, ii) sınırlama aracının elverişliliği, iii) sınırlama aracının gerekliliği, iv) sınırlama amacının ve sınırlama aracının orantıllığı, v) makullük (*Zumutbarkeit*). Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 546 vd. Burada ortaya çıkan makullük incelemesi, Merten'e göre, FAYM'ın kararlarındaki ölçülülük ilkesinin bağımsız bir unsurudur (Bu kararlar için bkz. *BVerfGE* 32, 54 - Betriebsbetretungsrecht [1971]; *BVerfGE* 69, 209 (218) - Steuerberaterprüfung [1985]; *BVerfGE* 77, 1 (44) - Neue Heimat [1987]; *BVerfGE* 94, 268 (289-290) - Wissenschaftliches Personal [1996]; *BVerfGE* 95, 193 (217) - DDR-Hochschullehrer [1997]; *BVerfGE* 109, 64 (85-86) - Mutterschaftsgeld II [2003]; *BVerfGE* 110, 177 (195) - Freizügigkeit von Spätaussiedlern [2004]; *BVerfG*, 2 BvF 4/05, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2008, para. 72). Makullük incelemesi, ölçülülük ilkesini somut bireysel/vaka perspektifinden ele alan ve araç ile amaç arasındaki dengelemeyi düzelten bir anlama sahiptir. Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 558-559. Lerche ise aşırılık yasağının gereklilik ve orantıllık ilkelerinden meydana geldiğini belirtir. Bkz. Peter Lerche, **Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit**, Köln, Heymann, 1961, s. 21. Lerche'ye benzer şekilde von der Pfordten, meşru amaç ve araç testini ve elverişlilik testini ölçülülük ilkesi içerisinde görmez. Zira bu kriterler, aslında eylemlerin rasyonelliğinden kaynaklanmaktadır. Bkz. Dietmar von der Pfordten, "Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 269 vd.; Reimer ise ölçülülük ilkesinin 7 alt-ilkeden oluştuğunu savunur. Bunlar, i) meşru amacın takip edilmesi, ii) meşru aracın takip edilmesi, iii) elverişlilik, iv) gereklilik, v) orantıllık, vi) makullük (*Zumutbarkeit*) ve vii) takip edilen amaç bakımından alınan önlemin bağdaşıklığıdır/tutarlılığıdır (Folgerichtigkeit). Philipp Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 63 vd. Alman anayasa hukuk doktrininde ölçülülük incelemesinde beliren makullük (*Zumutbarkeit*) kriteri, aslında hukukun diğer dallarında kullanılan bir kriteri ifade eder. Buna göre, kişinin normal şartlar altında, niteliksel ve niceliksel görüşler çerçevesinde yargılamaya muhatap kişilerin kişisel-bireysel menfaatlerinin objektif bir gözlemcinin haksızlık olarak göreceği talepleri ileri sürmesi durumunda, makullük kriterinin uygulanması gerekmektedir. Bkz. Rüdiger Konradin Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab: Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, s. 26 vd., 42 vd. Burada makullük, tasımlamaya elverişli olmayan ve fakat vaka bakımından belirleyici veçhelerin/bakış açılarının değer odaklı bir şekilde ağırlıklandırılmasını ifade eden bir

bu üçlü yapıya eklenen amaçların ve araçların meşruluğu incelemesinin ölçülülük öncesi bir inceleme olması gerektiği ileri sürülse de⁶⁹¹, bu inceleme büyük ölçüde ölçülülük ilkesinin amaç-araç incelemesine dayanmaktadır.

Ölçülülük ilkesinde yalnızca amaç ile araç arasındaki ilişki değil, aynı zamanda amacın yerine getirilme derecesi ve sınırlama yoğunluğu da incelenir.⁶⁹² Bir yandan araçlar ve amaçlar arasındaki ilişkiye, diğer yandan amaçlara ne ölçüde ulaşıldığına ve hakların ne ölçüde zedelendiğine uygulanan kriterler, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterleridir. Elverişlilik kriteri, yalnızca araç ve amaç arasındaki ilişkiyle ilgiliyken, gereklilik kriteri hem alternatif araçlar ile amaç arasındaki ilişkiyi hem de bunların etkilenen haklarla karşılaştırmalı ilişkisini dikkate alır. Son olarak orantılılık kriteri amaca ulaşma derecesi ile kişinin hukuki pozisyonunun zarar görme derecesi arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Normatif bir standart olarak ölçülülük ilkesi aynı zamanda araç ve amacın meşruiyetini de varsayar.⁶⁹³ Sınırlamanın yoğunluğu, bütün ölçülülük kriterlerini daha sıkı bir denetime zorlar ve bu bağlamda kamu makamlarına bırakılan takdir de daralır. Amanın yerine getirilme derecesinin düşük olması ise müdahalenin ölçülülük testinden geçme ihtimalini düşürür.⁶⁹⁴

1.4.1.1.1. Amaç ve Araçların Meşruiyeti

Anayasal haklara yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı incelemesi geleneksel olarak elverişlilik testi ile başlar. Ancak ölçülülük ilkesi bir amaç-araç incelemesini ifade eder. Bu bakımdan, öncelikle seçilen amaç ve araçların meşruiyetinin incelenmesi gerekir. Devlet bir anayasal hakka müdahale ederken meşru bir amaca dayanmalıdır. Bazı anayasal haklar, devletin belirli amaçları izlemesini yasaklarken,

kriterdir. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesi amaç-araç ilişkisi temelli bir incelemeyi gerektirirken, makullük kriteri, kişi temelli somut menfaatleri incelemeyi gerektirir. Bkz. Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 57-58, 122-123. FAYM birçok kararında, bu kriteri orantılılıktan ayrı bir kriter olarak değerlendirmiş ve adalet ve hakkaniyet temelli bir figür olarak kullanmıştır. Buna göre, bazı düzenlemeler anayasaya uygun bulunmakla birlikte istisnai olarak adalete ve hakkaniyete aykırı olabilir. Bkz. Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 76 vd., 82, 83 vd. Bununla birlikte FAYM'in kararlarında ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri ile benzer anlamlarda kullanılan makullük kriterinin, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden ayırt edilemeyeceğinin veyahut en azından ölçülülük ilkesinin içerisinde eridiğini kabul etmek gerekir. Krş. Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 89 vd.

⁶⁹¹ Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 56-57.

⁶⁹² Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 170-171.

⁶⁹³ Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 171.

⁶⁹⁴ Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 171-172.

bazıları ise devleti belirli amaçları izlemeye mecbur bırakır.⁶⁹⁵ Meşru amaç testi bu anlamda yalnızca negatif olarak uygulanamaz.⁶⁹⁶ Diğer bir deyişle, meşru amaç testi, yalnızca anayasal normlar tarafından yasaklanan bir amacın takip edilmemesi gerekliliğini değil; aynı zamanda meşru amaçların anayasal olarak zorunlu kılınıp kılınmadığını veya izin verilip verilmediğini inceler.

Burada bir yandan yasaklanan amaç ile meşru amaçlar arasında bir ayırım yapılmaktadır. Yasaklanan amaçlar, anayasanın yorumlanması ile elde edilen ve bu sebeple devletin bu amacı takip etmesini engelleyen bir amaç yasağını ifade eder. Devletin bazı amaçları takip etmesi anayasa uyarınca yasaklanmıştır. Devletin bu yasaklanan amaçları takip ettiğinin tespit edilmesi durumunda, devletin amaç testini geçemediğine karar verilmesi gerekir. Sözelimi, devletin, özgür demokratik temel düzeni kaldırma amacını takip etmesi Alman Anayasası Madde 21/2 uyarınca yasaklanmıştır. Aynı şekilde devletin, ırk ayrımını uygulama amacı, Alman Anayasası Madde 3/3 uyarınca yasaklanmıştır.⁶⁹⁷ Her koşulda müdahalesi yasaklanmış olan mutlak hakları ihlal etmeyi amaçlayan bir müdahale de yasaklanmıştır. Bu bağlamda, AİHS Madde 3 ve Türk Anayasası Madde 17 uyarınca işkenceyi amaçlayan müdahaleler meşru amaç olarak kabul edilemez.⁶⁹⁸ Bu bakımdan yasaklanan amaçlar, mutlak negatif amaçlar olarak adlandırılmıştır.⁶⁹⁹ Borowski, meşru amaçları da mutlak pozitif amaçlar ve görece pozitif amaçlar olarak ikiye ayırmıştır. Mutlak pozitif amaçlar, devletin anayasa uyarınca takip etme gerekliliği olan amaçları ifade eder. Bu bağlamda, pozitif

⁶⁹⁵ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 317-318.

⁶⁹⁶ Reimer'a göre ilke olarak kamu yararı meşru olmak zorunda olduğundan, meşru amaç incelemesi, yalnızca negatif anlamda, yani yasaklanan hiçbir amacın takip edilmemesini gerektirir. Bu bağlamda, meşruiyet yalnızca yasallığı ifade etmektedir. Bkz. Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", s. 63-64. Benzer yönde bkz. Ingke Goeckenjan, "Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Überfällige Inventur oder Irrweg?", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 197. Ancak bu görüş kanaatimce eksik veya yanlış ifade barındırmaktadır. Meşru amaç testinin yalnızca anayasada yasaklanan hiçbir amacın takip edilmemesi gerektirdiğine ilişkin sav basit yasa kaydına tabi olan anayasal haklar için geçerli olabilir. Bu husus da tartışmasız değildir. Zira anayasal hakların sınırlamalarının her halükârda ilgili anayasaya dayanması gerekir. Bkz. Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 495; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 60-62; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 8.

⁶⁹⁷ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 256; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 547-550; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 777.

⁶⁹⁸ Schlink, "Proportionality (1)", s. 722.

⁶⁹⁹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 256; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1055.

edim yükümlölükleri, mutlak pozitif amaçlar arasında yer alır. Göreli pozitif amaçlar ise yasama organının takip etme gerekliliğı olmayan ve fakat takip etmesine anayasada izin verilen amaçları ifade eder.⁷⁰⁰ Bu bağlamda, somut⁷⁰¹ ve soyut⁷⁰² yasa kaydına tabi olan anayasal hakların sınırlandırılmasında, sınırlama klooda takip edilmesi gerekli amaçlar belirtilmişse, devlete yalnızca bu özel amaçları takip ederek bu anayasal hakları sınırlama yetkisi verilmiştir. Yalnızca yasa kaydına bağı olan bir anayasal hak⁷⁰³ söz konusu olduğunda, anayasal olarak meşru bir kamu yararına hizmet ettiğı sürece devlet/yasama organı, meşru amacı belirlemede özgürdür. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında⁷⁰⁴, diğeri bir deyişle (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakların anayasal değerlerle sınırlandırılmasında, devletin/yasama organının anayasa maddelerinde somutlaşan ve bir yükümlölüğü yerine getirmesini iktiza eden anayasal amacı takip etmesi gerekir.⁷⁰⁵ Dolayısıyla, sınırlama kayıtlarına göre anayasal hakların sınırlandırılmalarına ilişkin dogmatikler/sınırlama şemaları belirlenir ve buna bağı olarak meşru amaç incelemesi gerçekleştirilir.⁷⁰⁶

Eğer bir sınırlamada birden fazla meşru amaç tespit edilirse, her meşru amaç için ayrı ayrı ölçölülük incelemesinin yapılması gerekir. Ölçölülük ilkesinin alt testleri ile belirlenen bu meşru amaçlar elenebilir. Sözelimi herhangi bir vakada üç meşru amaç belirlendiğinde, devletin sınırlama için seçtiğı araç bu amaçlardan birine hiçbir katkı sağlamıyorsa, bu amaç bakımından yapılan inceleme elverişlilik testinde sona erer. İkinci amacın gerçekleştirilmesi için söz konusu sınırlama aracına alternatif daha az sınırlayan ve en azından aynı derecede etkili olan bir araç söz konusuysa, bu amaç için yapılan inceleme de gereklilik ilkesinde sona erer. Eğer üçüncü amaç bu iki aşamayı geçerse, yalnızca bu amaç çerçevesinde bir dengeleme söz konusu olabilir.⁷⁰⁷

Ölçölülük ilkesinin bir diğeri gerekliliğı ise amacı gerçekleştirmek için başvuru- lan araçların meşruiyetidir. Meşru amaç testinin aksine meşru araç testi yalnızca negatif anlamda yapılan bir inceleme teşkil eder. Yani burada devletin bir anayasal hakkı

⁷⁰⁰ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 256.

⁷⁰¹ Bkz. **Bölüm 1.1.2.1.**

⁷⁰² Bkz. **Bölüm 1.1.2.2.**

⁷⁰³ Bkz. **Bölüm 1.1.2.4.**

⁷⁰⁴ Bkz. **Bölüm 1.1.2.5. ve Bölüm 2.3.6.**

⁷⁰⁵ Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1054, 1056; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 101-102; Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 155-156.

⁷⁰⁶ Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", s. 64.

⁷⁰⁷ Michael, "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept", s. 50.

sınırlandırırken anayasada yasaklanan bir aracı kullanıp kullanmadığı denetlenir.⁷⁰⁸ Bu bakımdan sözgelimi Alman Anayasası Madde 5/1'de ve Türk Anayasası Madde 28/1'de belirtilen sansür yasağı bir araç sınırlamasıdır.

Aslında, amaç ve araçların meşru olması gerektiği gerçeği, yasama organını idare ve yargıya göre çok daha az sınırlamaktadır. Yasama organı anayasa tarafından sadece belirli amaçları takip etmesi ve belirli araçları kullanması konusunda engellenir. Bununla birlikte, ilke olarak hangi amaçları izlemek ve hangi araçları kullanmak istediğine karar vermekte özgürdür. Öte yandan, idareye halihazırda yasama organının yasayla hangi amaçla ve nasıl sınırlama yapabileceği belirtildiğinden, idarenin izleyeceği amaçlar zaten verilidir ve yargı organı, belirli bir vaka için verilen yasadan bir çözüm bulmakla yükümlüdür.⁷⁰⁹

1.4.1.1.2. Elverişlilik

Bu aşamadan sonra devletin aldığı önlemin izlediği meşru amaca elverişli olup olmadığı incelenir. Burada, elverişlilik ilkesi, devletin kullandığı aracın/araçların gerçekleştirmek istediği amaca/sonuca yardım edebilmesini ve katkıda bulunabilmesini ifade eder. Devlet tarafından alınan önlemin gerçekleştirilmek istenen amacı tamamen gerçekleştirmesi gerekmez.⁷¹⁰ Yasama organı bakımından, çıkarılan yasaların, gerçekleştirilmek istenen amaç için soyut bir olasılık sağlaması yeterlidir. Devletin

⁷⁰⁸ Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", s. 65-66; Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, s. 23. Sağlam, araç yasaklarını hakkın özünün bir parçası olarak görür. Ona göre anayasa metninde belirlenen araç yasakları, pozitifleşmiş öz unsurlardır. Bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 158.

⁷⁰⁹ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 319.

⁷¹⁰ *BVerfGE 138, 136* (189) - Erbschaftsteuer [2014]; *BVerfGE 100, 313* (373) - Telekommunikationsüberwachung I [1999]; *BVerfGE 130, 151* (187-188) - Zuordnung dynamischer IP-Adressen [2012]; Schlink, "Proportionality (1)", s. 723; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 776-777; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 453; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 257; Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 56; Starck, "Artikel 1", s. 143; Stern, "Einleitung", s. 64; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 553; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1056-1057; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 102; Jarass, "Art. 20", s. 523; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 193; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 142; Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", s. 571-572; Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 69-70; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 61; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 30; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 66; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 72; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 103; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 117; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 129; Kay Windthorst, "Art. 20", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Chrisoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 342-343; Schwabe, **Grundkurs Staatsrecht**, s. 78; Kluth, **Grundrechte**, s. 121; Pirker, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review**, s. 26-27; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 37; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, s. 26-27.

burada aldığı önlemin açık bir şekilde veya başından beri etkisiz olması, diğer bir deyişle hiç etkili olmaması durumunda, devlet, elverişlilik testini geçemez.⁷¹¹ Elverişlilik ilkesini oldukça kısıtlı bir şekilde ele alan mahkemeler, devletin ancak “objektif olarak elverişli olmayan”⁷¹² veya “tamamen/kesin olarak elverişli olmayan”⁷¹³ önlemlerini, elverişlilik ilkesine aykırı bulur.⁷¹⁴ Bu bağlamda, elverişlilik testi, daha ziyade elverişsiz önlemleri eleyen negatif bir kriteri ifade eder.⁷¹⁵ Nitekim, mahkemeler nadiren, yasama organının önleminin elverişlilik ilkesini ihlal ettiğini bulgulamıştır.⁷¹⁶ Elverişlilik ilkesi, kendisini “siyasi olmayan” rasyonel bir denetim olarak ortaya koyar. Elverişlilik testi, seçilen araçların hedeflenen amaca katkısı bakımından, ampirik olarak tespit edilebilen olguların karşılaştırılması ile çözüme ulaşır.⁷¹⁷

Bir müdahalenin elverişliliğinin incelenmesi, müdahalenin gerçekleştiği konudaki olgusal verilerin irdelenmesini içerir.⁷¹⁸ Nitekim bu irdeleme sayesinde, bir müdahalenin devletin gerçekleştirmek istediği amaca bir katkıda bulunup bulunmadığı test edilebilir. Burada ilk etapta, olgusal kesinlik hususu gündeme gelir. Yasama organının, herhangi bir konuda, müdahale için temel aldığı olguların tamamen belirgin olmasını beklemek mümkün değildir.⁷¹⁹ Bununla birlikte, mahkemelerin, devletin aldığı önlemleri göz önüne alarak, mevcut olguları doğru bir şekilde belirlemesi ve önlem alındıktan sonra yaşanacak gelişmelere ilişkin olarak doğru öngörülerini oluşturması gerekir.⁷²⁰ Burada yasanın yürürlüğe girdiği zamanda mevcut olan olgular ve öngörüler önemli bir ağırlığa sahip olmakla birlikte belirleyici değildir.⁷²¹ Yasanın çıktığı zamanda, elverişli olarak kabul edilen bir önlem, zaman geçtikçe tamamen elverişsiz

⁷¹¹ BVerfGE 100, 313 (373) - Telekommunikationsüberwachung I [1999]; BVerfGE 119, 59 (84-85) - Hufversorgung [2007]; BVerfGE 115, 276 (308) - Sportwetten [2006]; BVerfGE 67, 157 (175-176) - G 10 [1984]; BVerfGE 121, 317 (354) - Rauchverbot in Gaststätten [2008].

⁷¹² BVerfGE 16, 147 (181-182) - Werkfernverkehr [1963]; BVerfGE 17, 306 (317) - Mitfahrzentrale [1964].

⁷¹³ BVerfGE 19, 119 (126-127) - Couponsteuer [1965].

⁷¹⁴ BVerfGE 30, 250 (263-264) - Absicherungsgesetz [1971].

⁷¹⁵ Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 79; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 398.

⁷¹⁶ BVerfGE 17, 306 (315-317) - Mitfahrzentrale [1964]; BVerfGE 19, 330 (338-339) - Sachkundenachweis [1965]; BVerfGE 55, 159 (165 vd.) - Falknerjagdschein [1980].

⁷¹⁷ Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 20.

⁷¹⁸ Schlink, “Proportionality (1)”, s. 723; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1058.

⁷¹⁹ Barak, **Proportionality**, s. 309-310; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1058-1059.

⁷²⁰ Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 61; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1059.

⁷²¹ Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 61; Barak, **Proportionality**, s. 312; Kriele, “Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum”, s. 210.

hale gelebilir. Bu bağlamda, devletin müdahalesinin dayanağı olan yasanın elverişli olarak kalmasını sağlama, onu anayasaya uygun hale getirme/halde tutma ve dolayısıyla onu iyileştirme yükümlülüğü, yasama organının görevidir.⁷²²

Burada anayasa mahkemelerinin, yasama organı tarafından kabul edilen olguları değerlendirip değerlendiremeyeceği ve yasama organının öngörülerinin yerine kendi öngörülerini oluşturup oluşturamayacağı ayrı bir sorun teşkil eder.⁷²³ Elverişlilik ilkesi bakımından, yasama organının dayandığı olguları ve buna ilişkin öngörülerini değerlendirme bağlamında geniş bir takdir alanı vardır.⁷²⁴ Dolayısıyla toplumu tehdit eden tehlikeleri ve bu tehlikeleri önlemek ve bu tehlikelerle başa çıkmak için yapılan önlemleri değerlendirirken ve öngörürken, yasama organı geniş bir takdir alanından yararlanır.⁷²⁵ Bununla birlikte, yasama organının bu takdir alanının FAYM tarafından değerlendirilmesinde başka standartlar da öngörülmüştür. Mahkeme'ye göre, yasanın öngörülemez bir zaman boyunca etkilerinin belirsiz olması, yasama organının yasa çıkarma yetkisini engellemez. Diğer yandan, bu belirsizlik hususu, FAYM'ın, yasama organının takdir alanını denetlemesini de engellemez. Öngörüler, dayanaklarının gösterilmesinin zorunlu olduğu olasılık değerlendirmesini barındırdığından, bunların denetlenmesi Mahkeme'nin yetkisinin dışında değildir. Bu bağlamda, yasama organının takdir alanı, özellikle değerlendirme konusu olan hususun nitelikleri, yeterli güvenilir/dayanılabılır bir yargı oluşturma olasılıkları ve değerlendirme konusu hukuki menfaatin önemi olmak üzere çeşitli etkenlere bağlıdır. Bu etkenlere bağlı olarak, Mahkeme, yasama organının takdir alanını esnek veya sıkı standartlara göre değerlendirir.⁷²⁶ Sözgelimi esnek değerlendirmede FAYM, bu önlemler için yasama organının değerlendirmeleri makul bir temel sağlayamayacak kadar hatalıysa, yasama organının bu takdir alanını aştığını kabul eder.⁷²⁷ Sıkı standartlar bağlamında ise Mahkeme,

⁷²² BVerfGE 88, 203 (309-310) - Schwangerschaftsabbruch II [1993]. Aynı yönde bkz. Barak, **Proportionality**, s. 312; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 554; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 778; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 130.

⁷²³ Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 61.

⁷²⁴ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 30; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 357; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 130; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, s. 28; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1058; Starck, "Artikel 1", s. 144-145; Jarass, "Art. 20", s. 523; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 453-454. Aksi yönde bkz. Yılmaz, **İnsan Haklarında Faydacı Teori**, s. 100.

⁷²⁵ BVerfGE 90, 145 (172-173) - Cannabis [1994]; BVerfGE 110, 141 (157-158) - Kampfhunde [2004].

⁷²⁶ BVerfGE 50, 290 (332-333) - Mitbestimmung [1979].

⁷²⁷ BVerfGE 110, 141 (157-158) - Kampfhunde [2004]; BVerfGE 30, 292 (317) - Erdölbevorratung [1971]; BVerfGE 37, 1 (20-21) - Weinwirtschaftsabgabe [1974]; BVerfGE 77, 84 (106-

yasama organının oluşturduğu olguları ve öngöröleri, bir içerik denetimine de tabi tabilmektedir.⁷²⁸ Devletin amacının yöneldiği tehlike altındaki toplumsal veya bireysel menfaat ne kadar önemliyse, bu incelemenin denetimindeki yoğunluk da o kadar düşer. Aynı şekilde devletin müdahale ettiği somut menfaat ne kadar önemliyse, bu denetimdeki yoğunluk o kadar yüksek olur.⁷²⁹

Kuvvetler ayrılığı ilkesi dolayısıyla yasama organına, olguları değerlendirme ve bunlara ilişkin önlem alma hususunda bir alan bırakmak makul bir düşüncedir. Bununla beraber, elverişlilik ilkesi çerçevesinde, yasama organına geniş bir takdir alanı bırakılması veyahut anayasa mahkemelerinin yalnızca yasama organının belirlediği olgular üzerinden değerlendirme yapabilmesi, insan haklarının ve sübjektif anayasal hakların gelişimi ile uyuşmaz. Zira İkinci Dünya Savaşı sonrasında anlaşılmıştır ki bireylerin ve azınlıkların anayasal haklarının kaderi, yasama organına veyahut parlamentoda oluşan çoğunluğa bırakılamaz. 20. yüzyılın ikinci yarısında, anayasal haklar, bilakis yasama organına karşı güvence olarak belirlenmiştir.⁷³⁰ Bu sebeple, anayasal haklarla ilgili olan konulara ilişkin olguların değerlendirilmesinde, yasama organına keyfiliğe varabilecek bir takdir alanı tanınması, anayasal hakların yapısı ile uyuşmaz.

Elverişlilik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise yerine getirilmek istenen amacı tamamen değil belirli ölçüde yerine getiren önlemlerin, ölçölülük ilkesinin diğer aşamalarına olan etkisidir. Bir önlemin, devletin hedeflediği amacı yerine getirme derecesi, diğer bir deyişle devletin gerçekleştirmek istediği amaca katkı derecesi azaldıkça, devletin müdahalesinin gereklilik testinde başarısız olma ihtimali yükselir. Zira ilgili önlemin amacı gerçekleştirme derecesi düştükçe, aynı etkililiğe sahip olan ve anayasal haklara daha az müdahale eden alternatif müdahale sayısının artma ihtimali yüksektir. Önlemin etkililik derecesi düştüğünden dolayı değerlendirilebilecek daha fazla alternatif müdahaleler gündeme gelebilir. Aynı şekilde, önlemin etkililiği ve katkı derecesi, orantılılık testini de etkiler. Ölçölülük ilkesinin son testinde, müdahale aracı ile müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında bir dengeleme yapılır. Burada, gerçekleştirilmek istenen amacın soyut önemi/değer dengelemeye girmez. Devletin aldığı önlemin gerçekleştirilmek istenen amaca sunduğu

107) - Arbeitnehmerüberlassung [1987].

⁷²⁸ BVerfGE 7, 377 (415 vd.) - Apotheken-Urteil [1958].

⁷²⁹ BVerfGE 113, 348 (386) - Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1059; Starck, "Artikel 1", s. 145.

⁷³⁰ Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 160 vd., 164-165.

katkı düştükçe, ilgili amacın somut değeri/önemi de düşer. Bu bağlamda, devletin müdahalesinin ilgili amaca sunduğu katkı oranındaki bir somut değer dengelemeye girer. Dolayısıyla, elverişlilik ilkesi, aslında bir devletin müdahalesinin ölçülü olup olmadığı değerlendirmesine önemli etkilerde bulunur.⁷³¹

1.4.1.1.3. Gereklilik

Gereklilik ilkesi, devletin birden fazla alternatif önlem arasında ilgili hakka en az müdahale edeni tercih etme zorunluluğunu ifade eder. Burada daha az müdahale eden/sınırlayan önlemin diğer önlem kadar devletin gerçekleştirmek istediği amacı yerine getirme olasılığının olması gerekir. Gereklilik ilkesinin uygulanabilmesi için i) devletin bir amacı gerçekleştirmek için birden fazla önleme sahip olması, ii) bu önlemlerden birisinin daha az müdahale eden/sınırlayan bir önlem olması ve iii) daha az müdahale eden/sınırlayan önlemin en az diğer önlem(ler) kadar amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir.⁷³² Burada, devletin aldığı önlemin, amacın yerine getirilmesi için gerekenden fazla müdahale etmesinin engellenmesi amaçlanır.⁷³³ Grabitz'e göre, *ex ante* bir değerlendirmede daha az sınırlayan ve aynı zamanda aynı derecede elverişli olan bir aracın mevcudiyeti tespit edildiğinde ihlal oluşurken; *ex post* bir değerlendirmede ve aynı derecede elverişli olan diğer araçlara kıyasla

⁷³¹ Benzer yönde bkz. Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 171-172.

⁷³² BVerfGE 53, 135 (145-146) - Schokoladenosterhase [1980]; BVerfGE 67, 157 (176 vd.) - G 10 [1984]; Schlink, "Proportionality (1)", s. 724; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 454; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 257; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 193; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 72; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 104; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 779; Stern, "Einleitung", s. 64-65; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 554; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 102-103; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1056-1057; Starck, "Artikel 1", s. 143-144; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 143; Jarass, "Art. 20", s. 523; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 66-67; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 30; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 117-118; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 357-358; Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 177-178; Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", s. 573-574; Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 57; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 130-131; Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", s. 67; Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 71-72; Stein - Frank, **Staatsrecht**, s. 242; Kluth, **Grundrechte**, s. 122; Windthorst, "Art. 20", s. 343; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 62-63; Barak, **Proportionality**, s. 317 vd.; Pirker, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review**, s. 29-30; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 37; Eva Brems - Laurens Lavrysen, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, Vol. 15, 2015, pp. 139-168, s. 142-144; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, s. 30 vd.

⁷³³ Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 37.

oldukça büyük bir sınırlama gerçekleştiren bir aracın seçilmiş olduğu tespit edildiğinde ihlal oluşur.⁷³⁴ Albrecht'e göre, devletin takip ettiği amacın anayasal meşruiyet derecesi arttıkça, gerçek bir alternatif, diğer bir deyişle aynı derecede elverişli ve daha az sınırlayan bir araç bulmak daha zorlaşır.⁷³⁵ Bununla birlikte bazı genel-geçer kurallar verilebilir:⁷³⁶

“Diğer koşullar sabitken, i) geçici tedbirler kalıcı olanlardan daha az kısıtlayıcıdır, ii) coğrafi olarak sınırlı tedbirler tüm bir bölgeyi kapsayan tedbirlerden daha az kısıtlayıcıdır, iii) bireysel tedbirler çok sayıda kişiyi etkileyen tedbirlerden daha az kısıtlayıcıdır, iv) cezai olmayan yaptırımlar cezai yaptırımlardan daha az kısıtlayıcıdır, v) usuli güvencelerle alınan tedbirler, usuli güvenceler olmadan alınan tedbirlerden daha az kısıtlayıcıdır, vi) yürütülebilir karineler, yürütülemez olanlardan daha az kısıtlayıcıdır.”

Daha az sınırlayan önlemin en az diğer önlem(ler) kadar amacı gerçekleştirmeye elverişli olması mutlak bir zorunluluk değildir. Mahkemeler burada aynı elverişlilik düzeyinde olmasa da daha az sınırlayan önlemin uygulanması gerektiğine karar verebilmektedir. Sözgelimi *Paskalya Tavşanı Çikolatası*⁷³⁷ vakasında, anayasa şikâyetinin konusunu çikolatayla karıştırılabilecek gıdaların piyasada mutlak olarak yasaklanması oluşturmaktadır.⁷³⁸ FAYM, etiketleme gereklilikleri daha hafif bir araç olduğu için yasağı gerekli görmemiştir.⁷³⁹ Etiketleme zorunluluklarının üreticilere daha az yük getirdiği kesinlikle doğrudur, ancak etiketleme zorunluluğunun karışıklık riskini yasaklama kadar güvenilir bir şekilde ortadan kaldırmadığı da aynı derecede doğrudur. Bu gibi kararlar, devlet önlemlerinin azalan marjinal faydasını dikkate alır, ancak bunu sadece kendi marjinal fayda değerlendirmelerini yasa koyucununun yerine koydukları için yapabilirler. Marjinal faydadaki artış, marjinal faydadaki artışla ilişkili ek yük ile karşılaştırılır ve değerlendirilir.⁷⁴⁰ Gereklilik incelemesinde gerçekleşen bu tip değerlendirmeler, mahkemelerin değerlendirmesine göre orantılılık incelemesine de taşınabilir.⁷⁴¹ Dolayısıyla alternatif önlemin daha az etkili olduğu durumlarda,

⁷³⁴ Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, s. 574-575.

⁷³⁵ Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 72.

⁷³⁶ Brems - Lavrysen, “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut”, s. 143-144.

⁷³⁷ BVerfGE 53, 135 - Schokoladenosterhase [1980].

⁷³⁸ BVerfGE 53, 135 (136 vd.) - Schokoladenosterhase [1980].

⁷³⁹ BVerfGE 53, 135 (145-146) - Schokoladenosterhase [1980].

⁷⁴⁰ Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 178.

⁷⁴¹ Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 179-180.

gereklilik ilkesinin ihlal edildiğinin söylenebilmesi için güçlü argümanların bulunması gerekmektedir.⁷⁴²

Daha az sınırlayan önlemin devlete daha fazla maliyet yüklemesi, bu önlemin daha fazla sınırlandıran önleme bir alternatif olmasını engellemez.⁷⁴³ Bununla birlikte, devletin kapasitesini aşan önlemlerin bir alternatif olması da beklenemez.⁷⁴⁴ Alternatif önlemin, amacı gerçekleştirmek için bir yandan anayasal hakkına müdahale edilen kişiye daha az yük yükleyen, diğer yandan üçüncü kişilere ve topluma daha fazla yük yüklemeyen bir araç olması gerekir.⁷⁴⁵ Bununla birlikte bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, bir anayasal hakkı daha az sınırlayan ve fakat devlete daha fazla maliyet yükleyen bir önlem söz konusu olduğunda, alternatif önlemin sınırlamada oluşturduğu yoğunluk farkı ile devlete yüklenen daha fazla maliyet arasında bir dengeleme yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Eğer sınırlamada yaşanan yoğunluk farkı, devlete yüklenen yüksek maliyete baskın geliyorsa, bu durumda daha az sınırlayan bir önlemin olduğu kabul edilir. Aksi durumda ise burada alternatif bir önlemin varlığından bahsedilemez.⁷⁴⁶ Borowski ise müdahalenin yoğunluğunun azaltılması ile devlete yüklenen yüksek maliyetler arasında denge kurulmasının, gereklik ilkesinde değil orantılılık ilkesinde incelenmesi gerektiğini belirtir. Borowski'ye göre, bu hususun kabul edilmemesi durumunda, karmaşık değer sorunları orantılılık ilkesinden gereklik ilkesine taşınır. Buna göre, alternatif önlem, seçilen önleme göre üçüncü kişilere ve umuma daha fazla yük getiriyorsa, gereklik ilkesinin burada uygulanması mümkün değildir.⁷⁴⁷ Ancak burada aslında yalnızca alternatif bir önlemin olup

⁷⁴² Metin, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", s. 353.

⁷⁴³ Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 63; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 66-67; Brems - Lavrysen, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut", s. 144-145; Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 223. Aksi yönde bkz. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 258; Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 178. Krş. Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1057; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 132.

⁷⁴⁴ Bkz. BVerfGE 77, 84 (110-111) - Arbeitnehmerüberlassung [1987]; BVerfGE 109, 64 (86) - Mutterschaftsgeld II [2003]; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 63; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 66-67; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 781; Brems - Lavrysen, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut", s. 144-145.

⁷⁴⁵ BVerfGE 148, 40 (57) - Lebensmittelpranger [2018]; BVerfGE 113, 167 (259) - Risikostrukturausgleich [2005].

⁷⁴⁶ Bkz. Manfred Gentz, "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1968, pp. 1600-1607, s. 1604.

⁷⁴⁷ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 258-259, dipnot 136. Ayrıca bkz. Jarass, "Art. 20", s. 523. Ayrıca bkz. BVerfG, **NJW**, 2009, pp. 2033-2045, s. 2039, para. 174 - Änderungen in der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung durch die Gesundheitsreform 2007: "Uygun tıbbi bakım, doğrudan devlet finansmanı yoluyla da güvence altına alınabilir. Ancak,

olmadığı tespiti söz konusudur. Bu bağlamda, devletin kapasitesini aşmadığı müddetçe⁷⁴⁸, alternatif bir önlemin varlığı kabul edilmelidir. Bu çerçevede yapılması gereken bir ayırım da basit ve kompleks karşılaştırmalardır. Basit karşılaştırmada, yalnızca iki durum ve iki özne (devlet ile birey) mevcuttur. Kompleks karşılaştırmada, karşılaştırılan durumlar ve öznelere daha fazla çeşitlilik arz eder. Bu bağlamda, seçilen bir müdahale aracının birden fazla amacı ve işlevi söz konusu olduğunda, yalnızca bu amaçları elde edebilecek daha az müdahale eden bir aracın seçilmesi gerekir.⁷⁴⁹ Aynı şekilde anayasal hakların çatışması söz konusu olduğunda, hak sahiplerinden birisini, hak sahiplerinden diğerini daha kötü bir duruma düşürmeden, daha iyi duruma getirecek bir alternatif olup olmaması gereklilik ilkesi bakımından önem arz eder. Ancak yalnızca birinin lehine ve diğerinin aleyhine olan araçlar mevcutsa, burada artık gereklilik incelemesi yapılamaz.⁷⁵⁰

Elverişlilik ilkesinde olduğu gibi, gereklilik ilkesinde de yasama organına bir takdir alanı tanınmıştır. Zira gereklilik testinde yasa koyucunun değerlendirmelerinin dikkate alınması kaçınılmazdır. Birçok durumda, mahkemeler bu incelemeyi kendi başlarına değerlendiremez. Amaca eşit derecede veya daha fazla katkı yapan ve daha hafif araçların olup olmadığını değerlendirebilmek için özellikle prognostik düzenlemeler söz konusu olduğunda mahkemelerin yapacağı değerlendirmeler yasa koyucunun varsayımlarına ve değerlendirmelerine bağlıdır. Bu bakımdan, gereklilik incelemesi, elverişliliğe nazaran daha siyasi niteliğe sahip olan bir testtir.⁷⁵¹ Yasama organı, yalnızca topluma yönelen tehlikeleri değerlendirirken değil, aynı zamanda bu tehlikelerin önlenmesinin ve ele alınmasının değerlendirilmesinde bir takdir alanına sahiptir.⁷⁵² Elverişlilik ilkesinde olduğu gibi yasama organının bu takdir alanı, değerlendirme konusu olan hususun nitelikleri, yeterli güvenilebilir/dayanılabılır bir yargı oluşturma olasılıkları ve değerlendirme konusu hukuki menfaatin önemi etkenlerine

kamu bütçesi yoluyla şu veya bu şekilde kamuya yük yüklenebilecekse, yasama organı belirli bir gruba mali yük yüklemekten kaçınmak zorunda değildir.”; *BVerfGE* 125, 260 (360) - Vorratsdatenspeicherung [2010]: “Maliyet yükünü yer değiştiren araçlar, daha hafif araç değildir.”

⁷⁴⁸ *BVerfGE* 77, 84 (110-111) - Arbeitnehmerüberlassung [1987]; *BVerfGE* 109, 64 (86) - Mutterschaftsgeld II [2003].

⁷⁴⁹ Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, s. 131-132.

⁷⁵⁰ Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, s. 132.

⁷⁵¹ Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 20.

⁷⁵² *BVerfGE* 102, 197 (218) - Spielbankengesetz Baden-Württemberg [2000]; *BVerfGE* 110, 141 (157-158) - Kampfhunde [2004].

bağılıdır.⁷⁵³ O halde, elverişlilik ilkesinde geçerli olan esnek⁷⁵⁴ ve sıkı incelemeler, gereklilik ilkesi için de geçerlidir.⁷⁵⁵

1.4.1.1.4. Orantılılık

Orantılılık testinin/kriterinin içeriği ve uygulaması incelenmeden önce (1.4.1.1.3.3.), orantılılık testine yapılan itirazlar (1.4.1.1.3.1.) ve orantılılık ile asgari pozisyon kriterinin yer değiştirdiği Schlink'in alternatif modeli (1.4.1.1.3.2.) gözden geçirilecektir.

1.4.1.1.4.1. Orantılılık Testine Yapılan İtirazlar

Orantılılık testi, diğer testlere nazaran en tartışmalı olan testtir. Elverişlilik ve gereklilik testlerinde, değerlerin ve değerlere ilişkin yargıların değerlendirilmesinden ziyade, olguların değerlendirilmesi gerçekleşir. Ancak orantılılık testi, değerleri ve değer yargılamalarını içerir. Bu yüzden, orantılılık testi ile objektifliğin değil sübjektifliğin alanına girilmektedir.⁷⁵⁶ Anayasaya bağlı değerler düzeninin gösterilemeyen bir kriter olmasından dolayı, böyle bir değerler düzeninin oluşturulması, bir rasyonalite oluşturma çabasına rağmen sübjektif karar ve önyargı tehlikesini getirir.⁷⁵⁷ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, sübjektif kararların olduğu bir yerde, siyasetin alanının ve meşruiyetinin başlaması gerektiğini ve bu bağlamda mahkemelerin sübjektif kararlarının meşrulaştırılamadığını belirtir. Bu tehlikeden kaçınmak için vakaların olabildiğince diğer testlerle sonuca ulaştırılması gerektiğini ve pratikte de orantılılık ilkesinin aslında küçük bir rolü olduğunu; ölçülülük ilkesinin öncelikle bir gereklilik incelemesi olduğunu iddia eder.⁷⁵⁸

⁷⁵³ BVerfGE 110, 141 (157-158) - Kampfhunde [2004].

⁷⁵⁴ Bkz. BVerfGE 102, 197 (218) - Spielbankengesetz Baden-Württemberg [2000]; BVerfGE 110, 141 (157-158) - Kampfhunde [2004].

⁷⁵⁵ BVerfGE 50, 290 (332-333) - Mitbestimmung [1979].

⁷⁵⁶ Schlink, "Proportionality (1)", s. 724; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 73-74; Bernhard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, 2012, pp. 391-302, s. s. 299 vd.; Schlink'in son bahsedilen makalesinin Türkçe çevirisi için bkz. Bernhard Schlink, "Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer?", Çev. Lütfullah Yasin Akbulut - Eyüp Kaan Demirkan, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien**, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2019, pp. 179-192

⁷⁵⁷ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 73-74; Walter Leisner, **Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?**, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, s. 117 vd. Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında, sübjektifliğe işaret eden diğer yazarlar için bkz. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", s. 972 vd.; Zucca, **Constitutional Dilemmas**, s. 88. Özellikle orantılılık ilkesi üzerindeki tartışmalar için bkz. Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük", s. 54 vd.

⁷⁵⁸ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 74.

Anayasa en başında, bir siyasal metindir. Siyasal bir metnin yorumlanmasının ve buna ilişkin belirlemelerin yapılmasının, diğer bir deyişle anayasanın normlarından türev normlar oluşturma ve kaçınılmaz sonucu olarak anayasa mahkemeleri siyasal alana zorunlu olarak giriş yapmaktadır.⁷⁵⁹ Kural koyma yetkisi hiçbir zaman yasama organına özgülenmemiştir. Dahası, özellikle 20. yüzyıl ve sonrasında, diğer erkler de bu kural koyma yetkisine tedricen sahip olmuştur. Bu bakımından, yüksek mahkemelerin ve anayasa mahkemelerin kural yaratıcı konumuna geçişi meşruluğa sahiptir. Orantılılık ilkesinde oluşan sübjektiflik konusunda, birçok yazar bu testi objektifleştirmeye çalışmıştır.⁷⁶⁰ Gerçekten de orantılılık testini uygulayan mahkemeler, aslında değer yargılarında bulunmaktadır. Bununla beraber, bu durum, değer yargılarında bulunan hâkimlerin mutlak bir sübjektiflik veya keyfilik içinde bulunduğunu göstermez. Hâkimler, bir anayasal hakka yapılan müdahalenin meşru olup olmadığını değerlendirirken, anayasanın oluşturduğu değerler düzeni ile bağlıdır. Bu değerler düzeni, Pieroeth/Schlink/Kingreen/Poscher'in bahsettiği gibi⁷⁶¹ açık ve somut bir şekilde gösterilemez. Ancak açık bir şekilde gösterilememesi durumu, bu değerlerin olmadığı anlamına gelmez.⁷⁶² Hukuk değerlere dayanır.⁷⁶³ Hâkimler, kurucu iktidarın meydana getirdiği ve toplumsal yapılar/olgular değiştiğinde güncellenen bir anayasal/objektif değerler düzenine göre, bir vakada bağdaşmayacak şekilde çatışan iki değer ağırlığını tartar.⁷⁶⁴ Anayasa metinlerinde veyahut Sözleşme metninde açıkça yer almasa da, içtihatlarında bu temel değerler açığa çıkar.

⁷⁵⁹ Grimm, **Recht oder Politik?**, s. 39-41.

⁷⁶⁰ Bu tezde reddedilen Alexy'nin ağırlık formülü buna bir örnektir. Bkz. Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 16, No. 4, December 2003, pp. 433-449, s. 446; Robert Alexy, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, Spring 2017, pp. 31-47, s. 37; Robert Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010, pp. 21-32, s. 30; Alexy, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law", s. 873; Robert Alexy, "Two or Three?", **On the Nature of Legal Principles**, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, s. 11; Robert Alexy, "Proportionality and Rationality", **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Ed. by Vicki C. Jackson - Mark Tushnet, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 17. Bu konudaki diğer çalışmalar için bkz. Beatty, **The Ultimate Rule of Law**, s. 169 vd.; Aharon Barak, **The Judge in a Democracy**, Princeton, Princeton University Press, 2006, s. 166 vd.

⁷⁶¹ Pieroeth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 73-74.

⁷⁶² Krş. Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 35; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 69.

⁷⁶³ Starck, "Artikel 1", s. 94.

⁷⁶⁴ Benzer yönde bkz. Barak, **The Judge in a Democracy**, s. 168-169; Barak, **Proportionality**, s. 350 vd.; Sweet - Mathews, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance**, s. 38.

Burada anayasal haklar/normlar arasında bir üstünlük ilişkisi belirlemekten ziyade⁷⁶⁵, çatışan somut menfaatlerin ve normatif argümanların anayasada mevcut objektif değerler düzenine göre değerlendirilmesi gerçekleştirilir. Bir vakada çatışan menfaatlerin değerini belirleyen bu anayasal sistemdir. Mahkemeler arası diyalog sürecine rağmen, farklı anayasal sistemlerde sözelimi ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkı arasındaki çatışmadaki değerlendirmeler değişmektedir. Zira farklı anayasal sistemler, farklı anayasal/toplumsal olgular üzerinde temellenir. Zaten genel olarak iddia edilebilir bir sübjektiflik de bundan kaynaklanır: her anayasal sistemin kendi özgün değerlendirmesinden. Ancak bu özgün değerlendirme, mevcut anayasal sistem içerisinde belirli rasyonel standartlara ve objektifliğe dayanmak zorundadır. Nitekim bu değerler, durağan/sabit bir yapıya da sahip değildir. Anayasanın olgusal niteliği değiştiğinde, vaka çerçevesinde tartıma girebilecek normatif argümanların değeri ve ağırlığı da değişmektedir.

Bunun yanı sıra, yorumlama faaliyetinde olduğu gibi dengeleme faaliyetinde de mahkemeler, ulaştığı sonuçları argümantasyonla meşrulaştırma yükümlülüğü altındadır. Mahkemeler, rasyonel standartlara dayandığı müddetçe, dengeleme ile ulaştıkları sonuç da rasyonel olacaktır.⁷⁶⁶ Dengeleme yaparken yüksek mahkemeleri veya anayasa mahkemelerini rasyonel standartlara yönlendiren farklı araçlar da söz konusudur. Bunlardan birincisi, yüksek mahkemelerin veya anayasa mahkemelerinin daha önceden oluşturdukları içtihatlar, diğer bir deyişle türev anayasal normlar ile bağlı olmasıdır.⁷⁶⁷ Anayasa mahkemeleri, genel olarak, doğal bir biçimde, içinde bulundukları hukuk sisteminin ve kültürünün temellerine göre bir değerlendirme yapar.⁷⁶⁸ Dolayısıyla

⁷⁶⁵ Kloefer, **Verfassungsrecht II**, s. 35; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 69.

⁷⁶⁶ Barak, **Proportionality**, s. 485-486; Kumm, "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification", s. 150, 164 vd. Bununla birlikte, Smet'in bahsettiği gibi, anayasal hakların sınırlandırılmasını inceleyen mahkemeler gerekçelerinde sıçramalar yapabilmektedir. Mahkemeler, anayasal hakların, sınırlama ölçütlerinin ve anayasal değerlerin normatif argümanlarını belirlerken, ulaştıkları belirli sonuçları ve çıkarımları atlayabilmektedir. Mahkemeler, neden belirli faktörleri dengelemeye dahil ettiğini ve diğer faktörleri dışarıda bıraktığını ve dahil edilen faktörlere verdiği ağırlığı ve bu faktörler arasındaki ilişkiyi açıklamaz. Bkz. Aleksander Peczenik, **On Law and Reason**, Dordrecht, Springer, 2008, s. 109; Frederick Schauer, "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, No. 1, 2010, pp. 34-45, s. 39; Stijn Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma**, London, Routledge, 2017, s. 107. Bu husus, sübjektiflik ve keyfilik görüntüsü verebilir. Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 107-108. Ancak burada mahkemelerin gerekçelerindeki sıçrama, mahkemelerin verdiği kararları sübjektif ve keyfi yapmak için yeterli değildir. Bu durum, yalnızca mahkemelerin gerekçelerini karara yansıtıran başarısız olduğunu gösterir.

⁷⁶⁷ Aksi yönde bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 97.

⁷⁶⁸ Barak, **Proportionality**, s. 486; Kent Greenawalt, **Law and Objectivity**, Oxford, Oxford

türev anayasal normlar, anayasa mahkemelerinin sübjektifliğe yönelimini oldukça zorlaştırır. Mahkemeler, bu türev anayasal normlardan ayrılırken de ayrı bir meşrulaştırma yükümlülüğüne tabi olurlar. İkincisi ise tanısal/olgusal/kategorik dengelemedir.⁷⁶⁹ Gerçekten de *ad hoc* veya menfaat/değer dengelemesini kullanan birçok anayasal sistemde, anayasa mahkemeleri, tanısal/olgusal/kategorik dengelemeye başvurmaktadır.⁷⁷⁰ Sözgelimi FAYM'ın düşünce ifadesi/olgu isnadı ayırımına bağlı değer belirleme yöntemlerini⁷⁷¹, belirli ölçüde AİHM de izlemektedir. AİHM her ne kadar vakanın genel koşulları, yorumların genel tonu ve beyan edilen ifadelerin ne kadar kamu yararına ilişkin konularla ilgili olduğuna bağlı olarak değer yargıları ile olgu isnadını/olgusal beyanları birbirinden ayırsa da⁷⁷², hem değer yargılarının hem de olgu isnatlarının yeterli bir olgusal temelini olup olmadığına bakmaktadır.⁷⁷³ Bununla beraber, Mahkeme'nin değer yargılarında aradığı yeterli olgusal temel derecesi daha düşük iken, olgu isnatlarında aradığı derece daha yüksek olmaktadır.⁷⁷⁴ Ayrıca Mahkeme'nin değer yargılarını, kamu yararına ilişkin konularla ilişkilendirmesine bakılırsa⁷⁷⁵, değer yargılarının daha yüksek bir koruma standardından yararlandığı söylenebilir. AİHM, değer yargısı-olgu isnadına ilişkin olarak, tanısal/olgusal/kategorik dengelemeye başvurarak, *ad hoc* dengelemesini sübjektifliğe karşı korumaktadır.

Burada ayrıca bir vakada çatışan menfaatlerin aynı birimle ölçülebilirliğine

University Press, 1992, s. 206.

⁷⁶⁹ Benzer yönde bkz. Janneke Gerards, "The Age of Balancing Revisited?", **European Data Protection Law Review**, Vol. 6, No. 1, 2020, pp. 13-20, s. 16-17.

⁷⁷⁰ Bkz. **Bölüm 1.4.1.**, 673 no'lu dipnot.

⁷⁷¹ Bkz. *BVerfGE* 99, 185 (197) - Scientology [1998].

⁷⁷² *Lingens v. Austria*, App. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986, para. 46; *Oberschlick v. Austria*, App. No. 11662/85, Judgment of 23 May 1991, para. 63; *Morice v. France*, App. No. 29369/10, GC Judgment of 23 April 2015, para. 126; *Miljević v. Croatia*, App. No. 68317/13, Judgment of 25 June 2020, para. 56.

⁷⁷³ Bkz. *Ieremeiov v. Romania* (No. 2), App. No. 4637/02, Judgment of 24 November 2009, para. 43; *Flux v. Moldova*, App. No. 28702/03, Judgment of 20 November 2007, para. 33; *Jerusalem v. Austria*, App. No. 26958/95, Judgment of 27 February 2001, para. 43; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 17224/11, GC Judgment of 27 June 2017, para. 117. Aynı yönde bkz. Stijn Smet, "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict", **American University International Law Review**, Vol. 26, No. 1, 2010, pp. 183-236, s. 214, 217.

⁷⁷⁴ *Scharsach and News Verlagsgesellschaft mbH v. Austria*, App. No. 39394/98, Judgment of 13 November 2003, para. 40; *Karsai v. Hungary*, App. No. 5380/07, Judgment of 1 December 2009, para. 32; *Genner v. Austria*, App. No. 55495/08, Judgment of 12 January 2016, para. 38; *Standard Verlags GmbH and Krawagna-Pfeifer v. Austria*, App. No. 19710/02, Judgment of 2 November 2006, para. 54; *E. S. v. Austria*, App. No. 38450/12, Judgment of 25 October 2018, para. 48.

⁷⁷⁵ *Morice v. France*, App. No. 29369/10, GC Judgment of 23 April 2015, para. 126; *Miljević v. Croatia*, App. No. 68317/13, Judgment of 25 June 2020, para. 56.

ilişkin itirazlar⁷⁷⁶ da söz konusu olabilir. Dengeleme aşamasının, özellikle aynı birimle ölçülemeyen değerleri aynı tartıya yerleştirdiği için irrasyonel⁷⁷⁷, keyfi⁷⁷⁸, subjektif⁷⁷⁹ ve öngörülemez⁷⁸⁰ olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁸¹ Diğer bir deyişle, dengelemenin, “belirli bir çizginin, belirli bir kayanın ağırlığından daha uzun olup olmadığı”nı belirlediği iddia edilir.⁷⁸² Bu itirazlara karşı olarak, anayasal değerler düzeninde, değerlerin, aynı birimle ölçülemese dahi bu değerlerin karşılaştırılabilir olduğu ifade edilmiştir.⁷⁸³

Öncelikle ölçülemezlik, iki veya daha fazla şeye ortak bir ölçünün uygulanmamasını ifade eder.⁷⁸⁴ Ancak bu husus anayasal haklar için geçerli gözükmemektedir. Anayasal hakkın, bir anayasal değerle veyahut anayasal hakkın diğer bir anayasal hakla karşı karşıya gelmesi durumunda, bu iki değeri ölçecek olan

⁷⁷⁶ Bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 81 vd.

⁷⁷⁷ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 134-135; Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, s. 972; Habermas, **Faktizität und Geltung**, s. 315-316; Habermas, **Between Facts and Norms**, s. 259; Cass R. Sunstein, “Incommensurability and Valuation in Law”, **Michigan Law Review**, Vol. 92, 1993-1994, pp. 779-861, s. 803; Christian Hillgruber, “Diskussionsbeitrag”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002, s. 175; Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, No. 3, 2009, pp. 468-493, s. 474-475; Webber, **The Negotiable Constitution**, s. 92-93; Niels Petersen, “How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law”, **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 01 August 2013, pp. 1387-1408, s. 1387.

⁷⁷⁸ Habermas, **Faktizität und Geltung**, s. 315-316; Habermas, **Between Facts and Norms**, s. 259; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1062; Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, s. 975.

⁷⁷⁹ Habermas, **Faktizität und Geltung**, s. 315-316; Habermas, **Between Facts and Norms**, s. 259; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1062; Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, s. 972-973, 976; Patrick M. McFadden, “The Balancing Test”, **Boston College Law Review**, Vol. 29, No. 3, 1988, pp. 585-658, s. 643; Ralf Poscher, “The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?”, **Institutionalized Reasons: The Jurisprudence of Robert Alexy**, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 241.

⁷⁸⁰ Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, s. 975-976; McFadden, “The Balancing Test”, s. 642, 646; Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 94 vd.

⁷⁸¹ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 86-87.

⁷⁸² *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988).

⁷⁸³ Nitekim Waldron, güçlü ölçülemezlik ile zayıf ölçülemezliği birbirinden ayırarak, zayıf ölçülemezliğin karşılaştırılabilir olduğunu belirtmiştir. Jeremy Waldron, “Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer”, **Hastings Law Journal**, Vol. 45, 1994, pp. 813-824, s. 815-816. Ayrıca bkz. Virgílio Alfonso Da Silva, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 2, 2011, pp. 273-301, s. 282 vd.

⁷⁸⁴ Da Silva, “Comparing the Incommensurable”, s. 278; Sunstein, “Incommensurability and Valuation in Law”, s. 796; Joseph Boyle, “Free Choice, Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good”, **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 47, No. 1, 2002, pp. 123-141, s. 123.

anayasanın/Sözleşme'nin kendisidir. Gerçekten de soyut bir şekilde elma (özel yaşama saygı hakkı) ile armutu (ifade özgürlüğü hakkı) karşılaştırmak⁷⁸⁵ pek mümkün gözükmemektedir. Ancak ölçülülük ilkesi de soyut olarak anayasal değerleri karşılaştırmaz. Ölçülülük ilkesi ile belirli bir anayasal sisteme bağlı olan ve belirli bir vaka/olgu çerçevesinde karşı karşıya gelen anayasal değerler ölçülür. Zira her anayasa, zorunlu olarak değerlerden bağımsız olan değil, değerlere bağlı olan bir düzen ortaya koyar.⁷⁸⁶ Bu ölçüm, olan/olgu ile olması gereken arasında diyalektik ilişki içerisinde beliren anayasaya ve bu anayasanın birey, toplum ve birey ve toplum arasındaki ilişki üzerine yaptığı belirlemelere göre gerçekleşir. Dolayısıyla “elma” ile “armut” arasında yapılacak olan seçim, bu belirlemelere bağlıdır. Nitekim böyle bir ölçümde değerlerin herhangi bir sayısal değere tekabül etmesine de gerek yoktur. Zira değerlerin tartımında, hangi değerın ağır bastığını görmek için sayısal değer gerekmez. Sonuç olarak, ölçülemezlik itirazları yerinde değildir.

Somut bir vaka çerçevesinde anayasal değerlerin ölçülemeyeceği kabul edilse bile, yalnızca somut anayasal değerlerin dengelenmesi söz konusu değildir. Dengeleme aynı zamanda çatışan iki hukuki pozisyonun yerine getirilme/gerçekleştirilme derecelerini de kıyaslar. İki hukuki pozisyonu ortak bir standart temelinde karşılaştıracak durumda olmadığımız kabul edilse bile, yalnızca ilgili hukuki pozisyonlarla ilgili standartların orantılı olarak yerine getirilme derecelerini karşılaştırabiliriz. Gerçekleşme derecelerinin karşılaştırılması, ölçülemez olanı tartmamıza olanak tanır.⁷⁸⁷ Benzer şekilde, anayasal hakların ve kamu menfaatlerinin gördükleri zararların göreceli ağırlıkları da karşılaştırılabilir. Anayasal hakkın ideal olarak yerine getirilmesine/gerçekleştirilmesine göre ne kadar zayıfladığı ve kamu yararının ideal olarak yerine getirilmesine/gerçekleştirilmesine göre ne kadar güçlü bir şekilde desteklendiği karşılaştırılabilir. Bir yanda anayasal hakkın orantılı olarak gerçekleşmesi ile diğer yanda kamu yararının orantılı olarak gerçekleştirilmesinin karşılaştırılması bir dengeleme yargısına varılmasına olanak sağlar.⁷⁸⁸ Gerçekleştirme dereceleri büyük ölçüde elverişlilik ve gereklilik ilkesinde belirlenir. Müdahalenin amaca yaptığı katkı elverişlilik testinde belirlenir. Bu, amacın yerine getirilme derecesidir. Mahkemelerin aynı

⁷⁸⁵ Hillgruber, “Diskussionsbeitrag”, s. 175; Tsakyrakis, “Proportionality”, s. 475.

⁷⁸⁶ BVerfGE 2, 1 (14) - SRP-Verbot [1952]. Ayrıca genel olarak bkz. Joachim Detjen, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, Wiesbaden, VS Verlag, 2009, s. 17 vd.

⁷⁸⁷ Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 182.

⁷⁸⁸ Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 182-183.

derecede elverişli olan diğer araçlara kıyasla *oldukça büyük* bir sınırlama gerçekleş-tiren bir aracın seçimi söz konusu olduğunda gereklilik testini uyguladığı durumlarda, gereklilik kriteri bir sınırlama ve dolayısıyla anayasal hakkın yerine getirilme derecesini belirler. Gereklilik kriterinin bu şekilde uygulanmadığı durumlarda da, gereklilik kriteri, sınırlama derecesini bulmaya yardımcı olur. Zira sonucu olumsuz bile sonuç-lansa mahkemelerin aynı elverişlilikte daha az sınırlayan bir araç araması, devletin tercih ettiği aracın sınırlama derecesini ve dolayısıyla anayasal hakların yerine geti-rilme derecesini de belirli ölçüde belirleyecektir.

1.4.1.1.4.2. Schlink'in Alternatif Modeli

Schlink'e göre, elverişlilik ve gereklilik testleri, ampirik yönelimli kriterlerdir. Do-layısıyla bu testler, metodolojik olarak rasyonel, kontrol edilebilir ve dogmatik olarak genelleştirilebilir niteliktedir. Buna karşılık orantılılık testi, tamamen değer temelli süb-jektif bir kriteri ifade eder. İkna edici ağırlıklandırma ve karşılaştırma kriterleri bulma-nın imkansızlığı nedeniyle dengeleme, metodolojik olarak kontrol edilemez niteliktedir ve bu bağlamda kararcılık yaklaşımını teste taşır.⁷⁸⁹ Bununla beraber Schlink, bir top-lumun bireysel ve toplumsal çıkarları tartmadan ve bunlara ilişkin tercihleri belirleme-den, belirli değerlerin lehinde ve aleyhinde karar vermeden yapamayacağını belirtir. Ancak bu görev, bu tür kararların karar olarak ortaya çıktığı, tanınabildiği, müzakere edilebildiği, meşrulaştırılabildiği ve gözden geçirilebildiği siyasi sürece, yani yasama organına bırakılmalıdır.⁷⁹⁰ Orantılılık ilkesi, idare hukukunda, anayasa hukukundan farklı bir yere sahiptir. Belirli koşullar altında, yasama organı menfaatleri tartma ve dengeleme yetkisini idareye devredebilir. Elbette buna yargının, idarenin ilgili kararla-rını ve değerlendirmelerini kontrol etme yetkisi eşlik eder. Bu aynı zamanda yüksek mahkemelerin de birinci derece mahkemelerin değerlendirmelerini gözden geçirme yetkisine sahip olduğu anlamına gelir. Bu şekilde orantılılık, idarenin ve yargının dav-ranışı ve kontrolü için yasal bir standart olarak hizmet eder.⁷⁹¹ Siyasi süreçte alınan kararlar ise "sadece" i) amaç ve aracın meşruiyeti, ii) elverişlilik, iii) gereklilik ve iv) özü ifade eden asgari bir pozisyonun (*Mindestposition*) korunması kriterlerine tabidir. Schlink'e göre, bu etkili bir bağlayıcılık ve denetim araçları seti oluşturur. Bu testleri

⁷⁸⁹ Bernhard Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. II, Ed. by Peter Badura - Horst Dreier, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, s. 453, 455-456.

⁷⁹⁰ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 211.

⁷⁹¹ Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", s. 460 vd.

geçen yasama organı, karar vermede serbest olacaktır.⁷⁹²

Bununla birlikte, devletin bireyin özgürlüğüne ancak müdahalenin meşru bir amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması ve bireyin asgari konumunun korunması halinde müdahale edebileceği formülü, altlanacak temel bir önermeyi temsil etmemektedir. Bu formül, sadece çeşitli sosyal alanlar için yorumlanması gereken bir model teşkil etmektedir. Bu model, her bir anayasal hak bakımından farklı bir dogmatik meydana getirir. Her bir anayasal hak, çeşitli yaşam alanları için amaçlar ve araçlar bakımından çeşitli yasaklar ve farklı formüller ortaya koyar. Elverişlilik ve gereklilik kriterleri ile birlikte her hak için farklı şekillerde uygulanan ölçülülük ilkesi oluşur. Anayasal haklar bakımından oluşan farklı dogmatikler, bir yandan anayasal hakların güvence altına aldığı çeşitli yaşam alanlarının ampirik gerçekliğinin betimleyici ve açıklayıcı bir şekilde işlenmesi yoluyla, diğer yandan anayasal haklara veya yaşam alanlarına özgü amaç ve araca ilişkin standartlaşmaların yorumlanması yoluyla açığa çıkar. Bunu yaparken, çeşitli sosyal alanlar için hangi amaçların devlet tarafından reddedildiği, gerçekliği kavramak ve elverişlilik ve gerekliliği incelemek için hangi hipotezlerin kullanılacağı ve hangi asgari pozisyonun korunacağı açık hale gelir. Dolayısıyla elverişlilik ve gereklilik soruları anayasal hakların farklı sosyal alanlarıyla ilişkilendirilmeli ve farklı anayasal haklar için farklı şekilde yanıtlanmalıdır.⁷⁹³

Nitekim özgürlük ile kamu yararının karşılaştırmalı olarak dengelenmesi ile kesin bir şekilde belirlenmesi gereken asgari pozisyonun ayrılması gerekir. Dengeleme, kamu yararının, sınırlandırılması gereken özgürlüğe göre önceliği sorununu gerektirir; her durumda muhafaza edilmesi gereken asgari pozisyon ise bundan bağımsızdır ve her durumda müdahaleye karşı bir koruma sağlar.⁷⁹⁴ Asgari pozisyon sorunu/testi nadiren ortaya çıkmaktadır. Zira sadece istisnai durumlarda -devletin hareket alanının oldukça sınırlı olduğu durumlarda-, devlet, hedeflerine yoğun müdahaleden başka bir şekilde ulaşamaz.⁷⁹⁵ Schlink ayrıca, bu modeli bir argüman yükü kuralına dönüştürür. Buna göre, bir anayasal hakkın sınırlandırılmasının anayasaya uygun olabilmesi için sınırlandırmanın meşru bir amacın izlenmesi için elverişli ve gerekli olduğu ve asgari pozisyonları koruduğu argümanını da taşıması gerekir.⁷⁹⁶ Bu nedenle argümantasyon yükü kuralı,

⁷⁹² Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 190, 192 vd.; Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", s. 459-460.

⁷⁹³ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 195, 199 vd.

⁷⁹⁴ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 78.

⁷⁹⁵ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 193 vd.

⁷⁹⁶ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 195-196.

farklı anayasal haklar arasında farklı ele alınmalı ve buna göre farklılaştırılmış bir anayasal haklar doktrinine doğru geliştirilmelidir. Ölçülülük ilkesi tarafından yönlendirilen argümantasyonun sonucu, devletin burada ortaya koyduğu argümanın başarısı veya başarısızlığı ile ifade edilir. Bu argümantasyon yükünün yerine getirilmemesi, devletin zararına sonuç doğurur.⁷⁹⁷

Schlink'in bu alternatifi, aslında 1976 yılı için bir aykırı durum teşkil etmez. Zira FAYM'in içtihatlarında uzun bir süre boyunca gereklilik ilkesi ile orantılılık ilkesi arasında net bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. FAYM'in bu döneme kadar olan kararlarında vakalar orantılılık ilkesinden ziyade gereklilik ilkesi ile karara bağlanmaktadır. Bunun yanı sıra, uygulanan orantılılık testinde çoğunlukla gereklilik testlerine rastlanmaktadır. FAYM, yaklaşık 25 yıl boyunca ölçülülük incelemesinde bir tartıma/dengelemeye başvurmamıştır.⁷⁹⁸

1.4.1.1.4.3. Orantılılık Testinin Uygulaması

Ölçülülük ilkesinin son alt-ilkesi olan orantılılık ilkesi, diğer bir deyişle dengeleme, kişinin anayasal hakkına gerçekleştirilen müdahalenin kişi üzerinde oluşturduğu yükün katlanılabilir olması gereğini ifade eder.⁷⁹⁹ Toplumla bütünleşen ve topluma bağlı olan birey, üstün gelen bir kamu yararı ile meşrulaştırılan hak sınırlandırılmalarına katlanmak zorundadır. Anayasal haklar, burada bireyin yaşadığı özgürlük kaybı ile izlenilen meşru amaç/kamu yararı arasında bir ölçüyü gerektirir.⁸⁰⁰ Orantılılık ilkesi, vakaya konu olan kamu yararı ile özel yarar arasında, özgün bir dengeleme ve tartımı gerektirir.⁸⁰¹ FAYM'in belirlediği özgün tartımda, kamu yararına ağır basan bir özel yarar olduğunda, diğer bir deyişle devletin aldığı tedbire açık bir şekilde ağır basan hak müdahalesi söz konusu olduğunda, orantılılık ilkesi yerine getirilmemiş olur.⁸⁰² Mahkeme, en ölçülü olan çözümü aramayı değil, daha ziyade ölçüsüz⁸⁰³ olan

⁷⁹⁷ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 197.

⁷⁹⁸ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 15-16.

⁷⁹⁹ Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 783; Stern, "Einleitung", s. 65; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 455; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 144; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 51; Jarass, "Art. 20", s. 524; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1060; Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", s. 575; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 64; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 31; Metin, **Ölçölülük İlkesi**, s. 36-38.

⁸⁰⁰ BVerfGE 100, 313 (375-376) - Telekommunikationsüberwachung I [1999].

⁸⁰¹ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 73.

⁸⁰² BVerfGE 90, 145 (185) - Cannabis [1994].

⁸⁰³ BVerfGE 100, 226 (242) - Denkmalschutz [1999].

tedbirleri engellemeyi hedef tutar.⁸⁰⁴ Bu dengeleme, vakanın koşulları çerçevesinde olan ve dolayısıyla vakaya bağlı olan bir *ad hoc* dengelemedir.⁸⁰⁵ Ancak çıkarların dengelenmesi farklı şekillerde organize edilebilir. Açık dengesizlikleri telafi eden genel kurallar ve standartlar belirlenebilir ve somutlaştırılabilir.⁸⁰⁶ Nitekim burada gerçekleştirilen dengelemenin, tarafların (bireyin ve kamu makamlarının) normatif argümanlarının dengelemesi olarak ele alınması daha yerindedir.⁸⁰⁷ Normatif argümanların ve çıkarların tartımını gerçekleştirebilecek standartların belirlenmesi gerekir. Karşılaşan normatif argümanlar tarafından şekillenen bu standartlar tartımı gerçekleştiren tartımın kendisidir. Böylece çatışan normatif argümanların ve çıkarların hangisinin ağır bastığı tespit edilebilir.

Orantılılık ilkesi temelde anayasal hakka yapılan sınırlamanın ağırlığı ile devletin müdahalesini meşrulaştırmak için kullandığı anayasal değer dengelemesini gerektirir.⁸⁰⁸ Burada, bir tarafta devletin aldığı önlemin tartımdaki değeri belirlenir. Değerler soyut değil, somut bir şekilde vaka çerçevesinde belirlenir. Bunun için devletin aldığı önlemin devletin gerçekleştirmek istediği soyut amaca ne kadar katkıda bulunduğu önemlidir.⁸⁰⁹ Orantılılık kriteri, bir yanda devletin izlediği amacın ve diğer yanda hakların soyut önemini birbirleriyle ilişkilendirmekle kalmayıp, amacın yerine getirilme/gerçekleştirilme derecesi ile sınırlamanın somut derecelerini dikkate alır.⁸¹⁰ Bu katkı, halihazırda elverişlilik testinde ortaya çıkmıştır. Önlemin, ilgili soyut amaca katkısı azaldıkça, mevcut önlemin değeri düşer; önlemin ilgili soyut amaca katkısı

⁸⁰⁴ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 363.

⁸⁰⁵ Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 64.

⁸⁰⁶ Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 157.

⁸⁰⁷ Bkz. Florian Windisch, “„Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion: Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre”, **„Abwägung“: Herausforderung für eine Theorie der Praxis**, Ed. by Friedrich Müller - Philippe Mastronardi, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, s. 24; Eveline T. Feteris, “The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions”, **Ratio Juris**, Vol. 21, No. 4, 2008, pp. 481-495, s. 489 vd. Krş. Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 190.

⁸⁰⁸ *BVerfGE* 30, 292 (316) - Erdölbevorratung [1971]; *BVerfGE* 67, 157 (178) - G 10 [1984]; *BVerfGE* 68, 193 (219) - Zahntechnik-Innungen [1984]; *BVerfGE* 81, 70 (92) - Rückkehrgebot für Mietwagen [1989]; *BVerfGE* 90, 145 (173) - Cannabis [1994]; *BVerfGE* 120, 274 (321-322) - Online-Durchsuchungen [2008]; *BVerfGE* 130, 372, para. 58 [2012]; Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, **Juristische Schulung**, 2001, pp. 148-155, s. 149-150; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 259.

⁸⁰⁹ Aynı yönde bkz. Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 65.

⁸¹⁰ Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 171-172.

arttıkça, mevcut önlemin değeri yükselir. Burada ayrıca katkıda bulunulan soyut amaç da önemlidir. Soyut amacın, mevcut toplumsal olgu çerçevesinde anayasal değeri de belirlenir. Bu belirleme, bir yandan mevcut vaka çerçevesinde, toplumun bu ihtiyaca somut gereksinimini dikkate alır, diğer yandan ise önlemin yöneldiği hakkın sınırlandırılabilirlik niteliğine göre şekillenir. Bu son bahsedilen hususta, anayasal hak normu ile sınırlama normu arasındaki ilişkiden bahsedilmektedir. Sözgelimi sınırlama normu içerisinde yer alan kamu güvenliği amacının, AİHS Madde 8’de düzenlenen özel yaşama saygı hakkı bağlamında oluşturduğu değer, AİHS Madde 9’da düzenlenen düşünce, kanaat ve din özgürlüğü, Madde 10’da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı ve Madde 11’de düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı çerçevesinde oluşturduğu değerden farklı olacaktır. Netice itibarıyla, önlemin vaka çerçevesinde tartımdaki değeri, birinci olarak önlemin, soyut amaca yaptığı katkı oranı, ikinci olarak ise önlemin toplumsal gereksinimi ve ilgili soyut amaç ile sınırlanan hak arasındaki ilişkiye bağlı olarak belirlenir.

Diğer tarafta ise müdahalenin ağırlığı ve müdahale edilen hak sahibinin menfaatinin önemi/ağırlığı belirlenir. Müdahalenin ağırlığı, sınırlamanın sıklığı, süresi ve yoğunluğuna göre ortaya çıkar.⁸¹¹ Buradaki yoğunluk, her hakkın kendi niteliği çerçevesinde belirlenir. Sözgelimi özel yaşamın korunması hakkı, din ve vicdan özgürlüğü hakkı gibi kişinin öz imgesini şekillendiren anayasal haklar (*selbstverständnisgeprägt Grundrechten*) bakımından, kişinin öz imgesini belirlemesi ayrı bir önem taşır.⁸¹² Genel kişilik hakkı bağlamında devletin bilişim sistemlerinden gizli bir şekilde veri toplaması, müdahalenin yüksek bir yoğunluğa sahip olduğunu gösterir.⁸¹³ Burada hak sahibinin, söz konusu müdahaleden habersiz olması, ağır bir müdahale ortaya koyar. Aynı şekilde, ifade özgürlüğü hakkı, basın özgürlüğü, toplanma hakkı ve örgütlenme hakkında demokratik toplum düzeni⁸¹⁴ ve kamuoyunun şekillenmesine yapılan

⁸¹¹ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 361; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 67-68; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 65; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, s. 38.

⁸¹² Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 259.

⁸¹³ BVerfGE 120, 274 (322 vd.) - Online-Durchsuchungen [2008].

⁸¹⁴ BVerfGE 7, 198 (208) - Lüth [1958]; BVerfGE 10, 118 (121) - Berufsverbot I [1959]; BVerfGE 12, 113 (125) - Schmid-Spiegel [1961]; BVerfGE 20, 56 (97-98) - Parteienfinanzierung I [1966]; BVerfGE 27, 71 (81) - Leipziger Volkszeitung [1969]; BVerfGE 35, 202 (221) - Lebach [1973]; BVerfGE 42, 163 (169) - Herabsetzende Werturteile [1976]; BVerfGE 59, 231 (266) - Freie Mitarbeiter [1982]; BVerfGE 62, 230 (247) - Boykottaufruf [1982]; BVerfGE 69, 315 (344-345) - Brokdorf [1985]; BVerfGE 74, 297 (338) - 5. Rundfunkentscheidung [1987]; Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, s. 1534-1535; Böckenförde, “Fundamental Rights”, s. 280; Stern, “Die Auslegung der Grundrechte”, s. 1685-1686.

katkı⁸¹⁵ argümanları önemli bir rol oynar. Dolayısıyla ifadenin yayılmasına getirilen her türlü engel, bu argümanlar çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında önem kazanır. Sözgelimi ifade özgürlüğü hakkı bağlamında, aynı elverişlilik düzeyinde olmayan hukuki yaptırımlar, cezai yaptırımlara göre⁸¹⁶ ve ifadeye erişimde sınırlama yapmanın, ilgili ifadeye erişimi tamamen engelleyecek olan el koymaya göre⁸¹⁷ daha hafif müdahalelerdir. Umuma arz edilmeden önce bir esere yapılan sınırlamalar, diğer bir deyişle ön sansür, ağır bir yaptırımdır.^{818 819} Bu bağlamda, kişinin öz imgesini şekillendiren anayasal haklar bakımından öz imge normatif argümanı, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü haklarında ise demokratik toplum düzeni ve kamuoyuna yapılan katkı normatif argümanları söz konusu olur.⁸²⁰ Bu sebeple her anayasal hakkın sınırlandırılmasında, farklı normatif argümanlar söz konusu olacağından farklı argümantasyonlar ve farklı ağırlık belirleme yöntemleri geçerli olur. Bunlardan ayrı ve genel olarak devlet, aldığı önlemlere belirli istisnalar belirleyerek veyahut mağduriyetleri belirli şekilde giderime tabi tutarak müdahalenin ağırlığını hafifletebilir.⁸²¹

Müdahalenin yoğunluğu bakımından, somut vakada devletin yaptığı sınırlama ile bireye ne kadar özgürlük alanı bırakıldığının belirlenmesi de dikkate alınması

⁸¹⁵ BVerfGE 7, 198 (212) - Lüth [1958]; BVerfGE 12, 113 (125) - Schmid-Spiegel [1961]; BVerfGE 12, 205 (260) - 1. Rundfunkentscheidung [1961]; BVerfGE 20, 162 (177) - Spiegel [1966]; BVerfGE 33, 52 (74) - Zensur [1972]; BVerfGE 35, 202 (222) - Lebach [1973]; BVerfGE 69, 315 (344-345) - Brokdorf [1985]; Ulrich Scheuner, "Pressefreiheit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 22, Berlin, Walter de Gruyter, 1965, s. 99; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1534-1535; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 280-281; Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", s. 1685-1686.

⁸¹⁶ *PETA Deutschland v. Germany*, App. No. 43481/09, Judgment of 8 November 2012, para. 50.

⁸¹⁷ *Kaos GL v. Turkey*, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016, para. 61.

⁸¹⁸ *The Observer and Guardian v. the United Kingdom*, App. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991, para. 60; *Alinak v. Turkey*, App. No. 40287/98, Judgment of 29 March 2005, para. 37.

⁸¹⁹ Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 149-150.

⁸²⁰ Normatif argüman kavramı için bkz. Jan-R. Sieckmann, "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", **Alexy's Theory of Law**, Ed. by Júlio Aguiar de Oliveira - Stanley L. Paulson - Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015, s. 154; Jan-R. Sieckmann, "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", **On the Nature of Legal Principles**, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, s. 54-55; Jan-R. Sieckmann, **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Oxford, Hart Publishing, 2012, s. 46-47.

⁸²¹ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 361; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 67-68. Ayrıca bkz. BVerfG, 1 BvR 781/21, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021, para. 226, 250.

gereken diğer bir kriterdir (Kaçınma ilkesi/*Ausweichprinzip*).⁸²² Bu kriter özellikle negatif özgürlük söz konusu olduğunda önem arz eder. Zira negatif özgürlük, aslında bireyin hareket alternatiflerine sahip olmasını ifade eder.⁸²³ Devlet hareket alternatiflerinden birisini sınırladığında, diğer alternatiflerin halen mevcudiyeti söz konusu olacağından, diğer özgürlükler ile veya anayasal değerler ile çatışan negatif özgürlüğün sınırlandırılacağı genel olarak kabul edilir.⁸²⁴ Bu konuda, FAYM'ın kararına konu olan *Okul Duacısı*⁸²⁵ vakası ve *İsa'lı Haç*⁸²⁶ vakası örnek olarak verilebilir. Katolik inancının baskın olduğu Güney Almanya'nın bazı bölgelerindeki ilkokullarda, din dersi dışında öğrencilere dua okutulduğu *Okul Duacısı* vakasında, Mahkeme, özellikle negatif din özgürlüğü ile pozitif din özgürlüğü arasındaki çatışmada⁸²⁷, okul duasına katılmak istemeyen öğrencilerin, okul duasına katılmaktan kaçınabilmelerini dikkate alarak okul duası uygulamasında ihlal bulmamıştır.⁸²⁸ Aynı şekilde, sınıflara İsa'lı haçların asılmasını konu alan *İsa'lı Haç* vakasında, sınıfta öğrenim gören öğrencilerin haçtan kaçınamayacağını kabul eden Mahkeme, ihlal kararı vermiştir.⁸²⁹ Dolayısıyla negatif özgürlük söz konusu olsa dahi bireyin negatif özgürlüğünde alternatif bir yol tanımayan sınırlamalar oldukça ağır sınırlama olarak kabul edilmelidir. Nitekim bu kriter, pozitif özgürlük bakımından da rol oynar. Sözgelimi, çıplaklık içeren bir derginin herhangi bir işaret konmadan satışa sunulması yerine, +18 işaretiyle satışa sunulması aslında mevcut özgürlük alanının büyük ölçüde korunması sağlandığından ağır bir sınırlama

⁸²² Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 654; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 224-225; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 450 vd.; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 126.

⁸²³ Bkz. **Bölüm 1.3.1.3.**

⁸²⁴ Bkz. bu yönde Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 80.

⁸²⁵ Bkz. *BVerfGE* 52, 223 - Schulgebet [1979].

⁸²⁶ Bkz. *BVerfGE* 93, 1 - Kruzifix [1995].

⁸²⁷ Bu vakada, aslında iki anayasa şikâyeti bulunmaktadır. Bir tarafta, okul duasını yasaklanmasına karşı yapılan bir anayasa şikâyeti (pozitif özgürlük), diğer tarafta ise okul duasının yasaklanmamasına karşı yapılan anayasa şikâyeti (negatif özgürlük) mevcuttur. Bkz. *BVerfGE* 52, 223 (224 vd.) - Schulgebet [1979].

⁸²⁸ Bkz. *BVerfGE* 52, 223 (247 vd.) - Schulgebet [1979].

⁸²⁹ Bkz. *BVerfGE* 93, 1 (18 vd.) - Kruzifix [1995]. AİHS bakımından ise Büyük Daire benzer bir vakada, sınıfta öğrencinin haçtan kaçınmamasının müdahalenin ağırlığına bir etkisi olmadığını dile getirmiştir. Bkz. *Lautsi and Others v. Italy*, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011, para. 73-74. Krş. *Dahlab v. Switzerland*, App. No. 42393/98, Decision of 15 February 2001, para. 1. Bununla birlikte AİHM, ebeveynin, çocuklarını aydınlatma ve onlara tavsiyelerde bulunma, onların eğitimci olarak doğal işlevlerini yerine getirme ve onları kendi felsefi inançlarına uygun bir yolda yönlendirme imkanına sahip olduğunu belirterek, burada devletin gerçekleştirdiği sınırlamada, bireye bırakılan negatif özgürlük alanı olduğunu vurgular. Bkz. *Lautsi and Others v. Italy*, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011, para. 75.

olmayacaktır.⁸³⁰

Hak sahibinin menfaatinin değeri de somut bir şekilde belirlenmelidir. Burada, müdahale edilen anayasal hak soyut bir şekilde dengelemeye giremez. Öncelikle hak sahibinin menfaatinin, müdahale edilen hak bakımından yerine bakılmalıdır.⁸³¹ Hakkın kapsamı içerisinde, merkezine değil ve fakat çevresine tekabül eden bir menfaat söz konusu ise anayasal hakkın düşük bir değeri dengelemeye girer. Ancak hakkın merkezine tekabül eden bir menfaat söz konusu ise anayasal hakkın kapsamındaki yüksek değere sahip bir somut menfaat dengelemeye girer.⁸³² Sözelimi, ticari bir ifadenin sınırlanması söz konusu olduğunda, bu menfaatin AİHS’te⁸³³ ve Alman Anayasası’nda⁸³⁴ düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı bağlamında belirlenen değeri düşükken; siyasal bir ifadenin sınırlanması söz konusu olduğunda bu ifadenin, ifade özgürlüğü hakkı bağlamında belirlenen değeri yüksektir.⁸³⁵ Aynı şekilde sanat özgürlüğünün yaratım/eser alanına (*Werkbereich*) yönelik sınırlamalar, sanat özgürlüğünün

⁸³⁰ Bkz. *Kaos GL v. Turkey*, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016, para. 61.

⁸³¹ Benzer yönde bkz. Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, s. 396; Steven J. Heyman, **Free Speech and Human Dignity**, New Haven, Yale University Press, 2008, s. 70; Barak, **Proportionality**, s. 351-352.

⁸³² Bkz. *BVerfGE* 17, 306 (314) - Mitfahrzentrale [1964]; *BVerfGE* 28, 243 (262) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; *BVerfGE* 77, 240 (254) - Herrnburger Bericht [1987]. Ayrıca bkz. Rüfner, “Grundrechtskonflikte”, s. 466; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 674-676; Kriele, “Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum”, s. 206; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 318; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 59-60; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 218-221, 403; Stern, “Übermaßverbot und Abwägungsgebot”, s. 790; Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, s. 565; Ralph Christensen - Andreas Fischer-Lescano, **Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte**, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, s. 173-174; Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 92 vd.; David Kosař, “Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic”, **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 376; 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**, Vol. 27, No. 1, 2005, pp. 294-326, s. 303-304; Eva Brems, “Introduction”, **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 5; Barak, **Proportionality**, s. 362; Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 158 vd.; Donna J. Sullivan, “Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution”, **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol. 24, No. 2, 1992, pp. 795-856, s. 821-823; Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 264-265.

⁸³³ *Markt Intern Verlag GmbH v. Germany*, App. No. 10572/83, Judgment of 20 November 1989, para. 33; *Jacobowski v. Germany*, App. No. 15088/89, Judgment of 23 June 1994, para. 26.

⁸³⁴ *BVerfGE* 54, 129 (137) - Kunstkritik [1980]; *BVerfGE* 82, 272 (281-282) - Postmortale Schmähkritik [1990].

⁸³⁵ Harris - O’boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 583 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 30; Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 95 vd.

merkezine müdahale eder.⁸³⁶ Dolayısıyla burada öncelikle, korunan menfaatin, müdahale edilen hak bağlamındaki öneminin belirlenmesi gerekir. Nihayetinde, müdahalenin ağırlığı ve menfaatin önemi bu şekilde belirlenerek, tartıma girecek değerler ortaya çıkmış olur.

AlHM ise ölçülülük ilkesini katı bir şekilde değil esnek bir şekilde uygulamaktadır.⁸³⁷ Esnek ölçülülük ilkesi, bu ilkeyi verili bir olaya esnek bir şekilde uygulayan, olayın bütün faktörlerini dikkate alan ilkedir. Esnek ölçülülük ilkesinde, ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesine aykırılık doğrudan ihlali sonuçlamamaktadır.⁸³⁸ Bu bağlamda, Taraf Devletlerin, AlHS sisteminde kendilerinden beklenen asgari standartları⁸³⁹ yerine getirmesi durumunda, daha az sınırlayan bir aracın bulunması⁸⁴⁰ ve bireye yüklenen bir aşırı külfet/hakkın özüne dokunma⁸⁴¹ doğrudan ihlal oluşturmamakta, yalnızca adil denge içerisinde bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.⁸⁴² Adil denge olarak tebellür eden bu esnek ölçülülük ilkesi, Taraf Devletlere bırakılan takdir marjına göre daha sıkı veya daha esnek bir şekilde uygulanmaktadır.⁸⁴³ AlHM vakaya konu olan olayda Taraf

⁸³⁶ BVerfGE 77, 240 (254) - Herrnburger Bericht [1987].

⁸³⁷ Katı ve esnek ölçülülük ilkesinin ayrımı için bkz. Christoffersen, **Fair Balance**, s. 71-72.

⁸³⁸ Christoffersen, **Fair Balance**, s. 71-72.

⁸³⁹ Asgari standartlar hususunda bkz. Evrigenis, "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", s. 137-138; Christoffersen, **Fair Balance** s. 47-48; Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, s. 17; Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", s. 391; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, s. 137. Ayrıca, *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. Nos. 2126/64 and 5 others, Judgment of 9 February 1967, para. 3'te geçen "belirli uluslararası standartlar" ibaresi de Sözleşme'nin asgari standartlar ortaya koyan bir belge olduğunu doğrulamaktadır.

⁸⁴⁰ Bkz. *James and Others v. the United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, para. 51.

⁸⁴¹ Bkz. *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, App. Nos. 9405/81 and 6 others, Judgment of 08 July 1986, para. 196-197; *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, App. Nos. 22083/93; 22095/93, Judgment of 22 October 1996, para. 52-57; *Omar v. France*, App. No. 24767/94, GC Judgment of 29 July 1998, para. 40.

⁸⁴² Christoffersen, **Fair Balance**, s. 112 vd.

⁸⁴³ R. St. J. Macdoanld, "The Margin of Appreciation", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by R. St. J. Macdoanld - F. Matscher - H. Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 84; Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, s. 2, 14; Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 165-167; Lavrysen, "System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 328; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 153-155; Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 409-410; Franz C. Mayer, "Einleitung", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage,

Devletin geniş bir takdir marjı olduğunu tespit ettiğinde, kamu makamlarının aldıkları önlemlerin açık bir şekilde ölçüsüz olup olmadığını yüzeysel bir şekilde incelemektedir.⁸⁴⁴ Mahkeme bu incelemesini adeta bir keyfilik testine de indirgeyebilmektedir.⁸⁴⁵ AİHM, takdir marjını dar olarak tespit ettiğinde ise vakanın koşullarını ve çatışan menfaatleri daha dikkatli ve sıkı bir şekilde incelemekte ve ölçülülük ilkesinin, orantılılık dışındaki diğer testleri de adil denge incelemesinde bir rol oynamaktadır.⁸⁴⁶ Mahkeme, “belirli bir takdir marjı” ifadesi ile de sıkı inceleme ile esnek inceleme arasında bir değerlendirme yapmaktadır.⁸⁴⁷

Takdir marjının darlığı veya genişliği ise Avrupa konsensüsüne, vakaya konu olan hakkın niteliğine, bu hakkın birey bakımından önemine, sınırlanan davranışların niteliğine, müdahalenin niteliğine ve müdahale ile takip edilen amaca bağlıdır. Bu etkenlerin değişmesi ile birlikte takdir marjı, vakadan vakaya değişir ve çeşitlenir.⁸⁴⁸

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın ölçülülük ilkesi bakımından oluşturduğu içtihat hukuku⁸⁴⁹, her ne kadar AİHM’in ölçülülük ilkesini uygulayıp uygulamadığı hususunda şüphe uyandırır da, AİHM’in kararlarında çoğunlukla her üç alt-ilke de gömülüdür.⁸⁵⁰

München, C. H. Beck, 2015, s. 14-15; Jürgen Kühling, “Grundrechte”, **Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge**, Ed. by Armin von Bogandty - Jürgen Bast, 2. Auflage, Berlin, Springer, 2009, s. 695 vd.; Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 149 vd.

⁸⁴⁴ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 165-166; Janneke Gerards, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, **European Law Journal**, Vol. 17, No. 1, 2011, pp. 80–120, s. 105. Ayrıca bkz. *James and Others v. the United Kingdom*, App. No. 8793/79, Judgment of 21 February 1986, para. 51.

⁸⁴⁵ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 167; Gerards, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, s. 106. Ayrıca bkz. *Fretté v. France*, App. No. 36515/97, Judgment of 26 February 2002, para. 42; *Maurice v. France*, App. No. 11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, para. 124; *Dickson v. the United Kingdom*, App. No. 44362/04, GC Judgment of 4 December 2007, para. 78.

⁸⁴⁶ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 167. Ayrıca bkz. *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, App. Nos. 13914/88 and 4 others, Judgment of 24 November 1993, para. 39, 42; *S. and Marper v. the United Kingdom*, App. Nos. 30562/04; 30566/04, GC Judgment of 4 December 2008, para. 119-120.

⁸⁴⁷ Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, s. 167. *Eweida and Others v. the United Kingdom*, App. Nos. 48420/10 and 3 others, Judgment of 15 January 2013, para. 84, 88; *K.S. and M.S. v. Germany*, App. No. 33696/11, Judgment of 6 October 2016, para. 42; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*, App. No. 76943/11, GC Judgment of 29 November 2016, para. 89, 102.

⁸⁴⁸ *S. and Marper v. the United Kingdom*, App. Nos. 30562/04; 30566/04, GC Judgment of 4 December 2008, para. 102; *Connors v. the United Kingdom*, App. No. 66746/01, Judgment of 27 May 2004, para. 82.

⁸⁴⁹ *Case C-362/93 Crispolti II* [1994] ECR I-4863, para. 41 vd.; *Case C-331/88 Fedesa and Others* [1990] ECR I-4023, para. 13 vd.

⁸⁵⁰ *Krş. N. v. the United Kingdom*, App. No. 26565/05, GC Judgment of 27 May 2008, para.

Buna göre, her gereklilik testi, elverişlilik testini ve her orantılılık testi, gereklilik ve elverişlilik testini zımni olarak içermelidir. Bu bağlamda, Madde 8-11 arasında, elverişlilik testi, ulusal makamların müdahalelerini “yerinde ve yeterli” gerekçelerle meşrulaştırması⁸⁵¹ gerekliliğini ifade ederken, gereklilik testi ifadesini “toplumsal ihtiyaç baskısı”nda⁸⁵² bulur.⁸⁵³

Her ne kadar anayasal hakkın sınırlandırılmasının meşrulaştırılmasında aynı reçete kullanılsa da, her anayasal sistemde bu reçetenin uygulanması ve yorumlanması farklı olur. Farklı anayasal olgulara sahip her bir farklı anayasal sistemde, ölçülülük ilkesinin tarifi değişir ve farklı şekilde yorumlanır.⁸⁵⁴ Sözgelimi FAYM⁸⁵⁵ ve AYM⁸⁵⁶, ölçülülük ilkesinin orantılılık alt ilkesine ağırlık verirken, Kanada Yüksek Mahkemesi, gereklilik alt ilkesine ağırlık vermektedir.⁸⁵⁷ Güney Afrika Anayasa

44.

⁸⁵¹ *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 50.

⁸⁵² *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 48.

⁸⁵³ Tor-Inge Harbo, **The Function of Proportionality Analysis in European Law**, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, s. 72 vd. Gerards’a göre, elverişlilik ve gereklilik testleri AİHM’in gerekçelerinde açıkça görülsede, müdahalenin meşrulaştırılması aşamasının standart bir parçasını oluşturmamaktadır. Bu testlerin yapısal bir temelde uygulanması ile AİHM içtihatlarının açıklığı ve şeffaflığı geliştirilebilir. Bkz. Janneke Gerards, “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 11, No. 2, 2013, pp. 466-490, s. 469-470. Benzer yönde bkz. Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 145-146.

⁸⁵⁴ Davor Šušnjar, **Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 83 vd.; Niels Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 136 vd., 221 vd., 247 vd.; Niels Petersen, **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 80 vd.; Schlink, “Proportionality (1)”, s. 736.

⁸⁵⁵ Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle**, s. 136 vd.; Petersen, **Proportionality and Judicial Activism**, s. 80 vd.; Josef Isensee, “Bundesverfassungsgericht — quo vadis?”, **JuristenZeitung**, 51. Jahrg., No. 22, 22. November 1996, pp. 1085-1093, s. 1090; Donald P. Kommers, “Germany: Balancing Rights and Duties”, **Interpreting Constitutions: A Comparative Study**, Ed. by Jeffrey Goldsworthy, Oxford, Oxford University Press, 2006, s. 202; Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, s. 393; Moshe Cohen-Eliya - Iddo Porat, “The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law”, **San Diego Law Review**, Vol. 46, 2009, pp. 367-413, s. 399; Getrude Lübke-Wolf, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 34, No. 1-6, 2014, pp. 12-17, s. 15. Krş. Piero - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 74.

⁸⁵⁶ Yüksel Metin, “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 40, Sayı 1, 2023, pp. 333-370, s. 352.

⁸⁵⁷ Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle**, s. 247 vd.; Petersen, **Proportionality and Judicial Activism**, s. 80 vd.; Leon E. Trakman - William Cole-Hamilton - Sean

Mahkemesi⁸⁵⁸ ve AİHM⁸⁵⁹, esnek ölçülülük ilkesini⁸⁶⁰ benimsemekle birlikte, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin argümantasyonunda, daha çok gereklilik alt ilkesi ön plana çıkarken⁸⁶¹, AİHM'in argümantasyonunda orantılılık alt ilkesi ön plana çıkar.⁸⁶²

Devletin sınırlama gerçekleştirdiği konulardaki olgulara dair olarak ispat yükü hususunda da belirlenmiş kesin bir çözüm bulunmamaktadır. Bir yandan yasama organına takdir alanı bırakılmaktadır, diğer yandan ise hak ihlali iddiasında bulunan bireye özellikle karmaşık konularda ispat yükü yüklemek bireyin sınırlarını aşabilecek bir durum oluşturmaktadır. Devletler, ispat yükünü taraflardan birine yüklemek bakımından kesin bir çözüm sunmaz. Bununla beraber, devletler, esnek yaklaşımlar benimsemektedir. İspat yükü özellikle, yargılamaya konu olan menfaatlere göre taraflara yüklenmektedir.⁸⁶³ Bireyin menfaatinin anayasal değerler düzeninde önemli bir yere tekabül etmesi durumunda, ispat yükümlülüğünün devlete düştüğü söylenebilir.

1.4.1.2. Pozitif Edim Yükümlülüğünde Ölçülülük İlkesi

Pozitif edim yükümlülüğündeki ölçülülük ilkesinin ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir. Zira pozitif edim yükümlülükleri aynı zamanda anayasal hak çatışmalarının da kaynağını oluşturmaktadır. Bu bakımdan, yalnızca pozitif edim yükümlülüğü söz konusu olduğunda, ölçülülük ilkesinin nasıl uygulanacağı (1.4.1.2.1.) ve sonrasında ise anayasal hak çatışması söz konusu olduğunda, bu çatışmanın nasıl çözüleceği (1.4.1.2.2.) incelenecektir.

Gatien, "R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board", **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 36, No. 1, 1998, pp. 83-149, s. 103; David M. Beatty, "The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments", **The Modern Law Review**, Vol. 60, No. 4, 1997, pp. 481-498, s. 484; Hogg, **Constitutional Law of Canada**, s. 682-683.

⁸⁵⁸ Bkz. *S v Manamela and Another* (CCT25/99) [2000] (3) SA 1, para. 32. Ayrıca bkz. Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle**, s. 221 vd.; Petersen, **Proportionality and Judicial Activism**, s. 81 vd.; Woolman - Botha, "Limitations", s. 93; Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, "Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee", **Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, Vol. 44, No. 1, 2011, pp. 32-59, s. 51.

⁸⁵⁹ Christoffersen, **Fair Balance**, s. 71-72.

⁸⁶⁰ Katı ve esnek ölçülülük ilkesinin ayrımı için bkz. Christoffersen, **Fair Balance**, s. 71-72.

⁸⁶¹ Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle**, s. 227; Petersen, **Proportionality and Judicial Activism**, s. 82.

⁸⁶² Christoffersen, **Fair Balance**, s. 111 vd.

⁸⁶³ Schlink, "Proportionality (1)", s. 733-734; Jacco Bomhoff, "Genalogies of Balancing as Discourse", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No. 1, 2010, pp. 108-139, s. 112 vd.

1.4.1.2.1. Salt Pozitif Edim Yükümlülüğünün Varlığında Ölçülülük İlkesinin Analizi

Negatif edim yükümlülüğü söz konusu olduğunda, devletin kaçınma yükümlülüğü söz konusu olduğundan, ölçülülük ilkesi devletin aşırı müdahalesini yasaklar (*Übermaßverbot*). Dolayısıyla, negatif edim yükümlülüğü söz konusu olduğunda, bireye yüklenen yük ile ilgilenilir. Pozitif yükümlülük söz konusu olduğunda ise, devletin pozitif bir edim/hareket etme yükümlülüğü söz konusu olduğundan, ölçülülük ilkesi, devletin asgari bir seviyenin altında koruma yükümlülüğünü yerine getirmesini yasaklar (asgarilik yasağı/*Untermaßverbot*⁸⁶⁴). Negatif edim yükümlülüğü, devletin gerçekleştirdiği bir fiil/müdahale ve dolayısıyla bu müdahalenin sınırları ile ilgilenirken, pozitif edim yükümlülüğü, devletin anayasadan kaynaklanan bir gerekliliği yerine getirmesi, bu gereklilik söz konusuysen hareketsiz kalması veya asgari seviyenin altında yerine getirmesi ile ilgilenir.⁸⁶⁵ Bu yüzden, pozitif edim yükümlülüğü söz konusu olduğunda, devlete yüklenen yük değerlendirme konusu olur.

Devletin pozitif yükümlülükleri, devlete belirli ve/veya kesin bir önlemi almasını gerektirmez. Zira genel olarak, belirli bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi için tek bir önlem söz konusu değildir. Bu bakımdan, devletin birden fazla önlem arasından birisini tercih etmesi, devletin/yasama organının takdir alanındadır. Yalnızca istisnai vakalarda, diğer bir deyişle belirli bir pozitif yükümlülüğü yerine getirebilecek tek bir önlemin söz konusu olduğu vakalarda, devletten belirli bir önlemin yerine getirilmesi talep edilebilir.⁸⁶⁶ Dolayısıyla pozitif yükümlülüklerin asgari seviyenin üzerinde yerine getirilip getirilmediğinin denetiminin konusunu, devletin aldığı yeterli olmayan önlemler veya devletin tamamen hareketsiz kalması oluşturur.⁸⁶⁷

AlHM de aslında benzer bir yaklaşımda bulunmaktadır. Devletin Sözleşme haklarını farklı şekillerde güvence altına alabileceğini, diğer bir deyişle pozitif yükümlülüklerini farklı şekillerde yerine getirebileceğini belirten⁸⁶⁸ Mahkeme, devletin pozitif

⁸⁶⁴ Alman doktrinindeki bu isimlendirme için bkz. Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", s. 228; BVerfGE 88, 203 (254-255) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁸⁶⁵ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 262, 266; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 44; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 43-44.

⁸⁶⁶ BVerfGE 46, 160 (164-165) - Schleyer [1977]; BVerfGE 121, 317 (356-357) - Rauchverbot in Gaststätten [2008].

⁸⁶⁷ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 364-365; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 44; Badura, **Staatsrecht**, s. 134; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 164. Ayrıca bkz. BVerfGE 56, 54 (80-82) - Fluglärm [1981]; BVerfGE 79, 174 (202) - Straßenverkehrslärm [1988].

⁸⁶⁸ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 24;

yükümlülüklerini yerine getirirken tercih edeceği araçların, devletin takdir marjında olduğunu belirtir.⁸⁶⁹ Bu bağlamda, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından, bir yandan “yeterli” bir koruma sağlaması veya uygun bir önlem alması gerekmektedir⁸⁷⁰, diğer yandan ise bu yükümlülüğün devlete ölçüsüz bir yük yüklememesi gerekmektedir.⁸⁷¹ Bunların yanı sıra, AİHM, negatif yükümlülükler nazaran pozitif yükümlülüklerde daha esnek bir adil denge testini benimsemektedir.⁸⁷² Negatif yükümlülüklerde devletin, müdahalenin altında yatan “sosyal ihtiyaç baskısı”nı ve müdahalenin “yerinde ve yeterli” gerekçelerle yapıldığını göstermesi beklenmektedir. Dolayısıyla negatif yükümlülüklerde, belirli bir ispat yükü devlet tarafına kaymıştır. Ancak pozitif yükümlülüklerde, bu ispat yükünün daha çok kişiye yüklendiği görülmektedir.⁸⁷³ Bu bağlamda, FAYM tarafından uygulanan asgari seviyede koruma yükümlülüğünün, AİHS sisteminde de büyük ölçüde geçerli olduğu kanaatindeyiz.⁸⁷⁴

Budayeva and Others v. Russia, App. No. 15339/02 and 4 others, Judgment of 20 March 2008, para. 134; *Fadeyeva v. Russia*, App. No. 55723/00, Judgment of 9 June 2005, para. 96; *Kolyadenko and Others v. Russia*, App. No. 17423/05 and 5 others, Judgment of 28 February 2012, para. 160; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, App. No. 19986/06, Judgment of 10 April 2012, para. 37.

⁸⁶⁹ *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, para. 53; *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 24; *Budayeva and Others v. Russia*, App. No. 15339/02 and 4 others, Judgment of 20 March 2008, para. 134; *Fadeyeva v. Russia*, App. No. 55723/00, Judgment of 9 June 2005, para. 96; *Kolyadenko and Others v. Russia*, App. No. 17423/05 and 5 others, Judgment of 28 February 2012, para. 160; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, App. No. 19986/06, Judgment of 10 April 2012, para. 37; *M.C. v. Bulgaria*, App. No. 39272/98, Judgment of 4 December 2003, para. 154; *Valiulienė v. Lithuania*, App. No. 33234/07, Judgment of 26 March 2013, para. 85; *Manole and Others v. Moldova*, App. No. 13936/02, Judgment of 17 September 2009, para. 100; *Redfearn v. the United Kingdom*, App. No. 47335/06, Judgment of 6 November 2012, para. 48; *Vaudelle v. France*, App. No. 35683/97, Judgment of 30 January 2001, para. 57.

⁸⁷⁰ *M.C. v. Bulgaria*, App. No. 39272/98, Judgment of 4 December 2003, para. 154; *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, App. No. 9718/03, Judgment of 26 July 2011, para. 51.

⁸⁷¹ *Kolyadenko and Others v. Russia*, App. No. 17423/05 and 5 others, Judgment of 28 February 2012, para. 160; *Osman v. The United Kingdom*, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 116; *Budayeva and Others v. Russia*, App. No. 15339/02 and 4 others, Judgment of 20 March 2008, para. 134; *O’Keeffe v. Ireland*, App. No. 35810/09, GC Judgment of 28 January 2014, para. 144; *K.U. v. Finland*, App. No. 2872/02, Judgment of 2 December 2008, para. 48; *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, App. No. 9718/03, Judgment of 26 July 2011, para. 51; *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, App. No. 32772/02, GC Judgment of 30 June 2009, para. 81; *Appleby and Others v. the United Kingdom*, App. No. 44306/98, Judgment of 6 May 2003, para. 40.

⁸⁷² Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, s. 172, 233 vd.; Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, s. 139.

⁸⁷³ Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, s. 235-236. Krş. Gerards - Senden, “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, s. 644.

⁸⁷⁴ Aynı yönde bkz. Klatt - Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, s. 97 vd.; Robert Alexy, “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, 2009, pp. 1-17, s. 11-12.

Bahsedildiği üzere, negatif yükümlülüklerle nazaran pozitif yükümlülüklerde, devletin/yasama organının takdir alanı daha da genişlemektedir.⁸⁷⁵ Bununla beraber, devletin takdir alanı içerisinde seçtiği önlemin asgari seviyeyi karşılayan bir önlem olup olmadığı denetime tabidir. Bazı yazarlar⁸⁷⁶, aşırılık yasağı için geliştirilen benzer argümantatif yapının asgarilik yasağı için geçerli olduğunu ileri sürerken, bazı yazarlar⁸⁷⁷ ise asgarilik yasağının, aşırılık yasağından ayrı ve kendine özgü bir dogmatik figür olduğunu kabul eder.⁸⁷⁸ Bazı yazarlar ise pozitif edim yükümlülükleri söz konusu olduğunda ölçülülük ilkesinin alt-ilkelerinin uygulanmaya elverişli olmadığını ileri sürer.⁸⁷⁹

Asgarilik yasağı, aşırılık yasağına benzetmekle birlikte bazı farklılıkları da içermektedir.⁸⁸⁰ Bu bağlamda, öncelikle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmek için tercih ettiği aracın/önlemin koruma amacını yerine getirmeye elverişli olması gerekir. Negatif edim yükümlülüğünde olduğu gibi burada da, devletin amacı tamamen yerine getirmesi gerekmez, bu amacı kısmi bir şekilde yerine getirmesi yeterlidir. Bu sebeple, devletin pozitif yükümlülüğü varken hiçbir önlem almaması veya aldığı önlemin koruma amacını hiç yerine getirmemesi durumunda, devletin elverişlilik testini geçemediği kabul edilir (iç elverişlilik testi).⁸⁸¹ Diğer taraftan, pozitif edim yükümlülüğü

⁸⁷⁵ BVerfGE 77, 170 (214-215) - Lagerung chemischer Waffen [1987]; BVerfGE 79, 174 (202) - Straßenverkehrslärm [1988]. AİHM de genel olarak, negatif yükümlülüklerle nazaran pozitif yükümlülüklerde devletin takdir marjının daha geniş olduğunu belirtir. Bkz. *Kolyadenko and Others v. Russia*, App. No. 17423/05 and 5 others, Judgment of 28 February 2012, para. 183; *Communist Party of Russia and Others v. Russia*, App. No. 29400/05, Judgment of 19 June 2012, para 123. Bu yönde bkz. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 19; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 114; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 105 vd.; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 553 vd.; Klein, "Das Untermaßverbot", s. 960; Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", s. 228; Michael, "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept", s. 53-54; Sebastian Graf von Kielmansegg, "Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren", **Juristische Schulung**, 2009, pp. 216-221, s. 217; Hopfauf, "Einleitung", s. 90; Badura, **Staatsrecht**, s. 134, 135-146; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 163.

⁸⁷⁶ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 270 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 364-365 vd.; Michael, "Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 151-152.

⁸⁷⁷ Christian Starck, "Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG", **JuristenZeitung**, 48. Jahrg., Nr. 17, 3. September 1993, pp. 816-822, s. 817; Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", s. 813-814.

⁸⁷⁸ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 119-120.

⁸⁷⁹ Bkz. Peter Derleder, "Die uneingelöste Grundrechtsbindung des Privatrechts", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 237-238.

⁸⁸⁰ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 37.

⁸⁸¹ Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 563; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 365;

kapsamında, devletin hareketsiz kalmasının bir meşru amaca hizmet edip etmediği incelenir. Devletin bir pozitif edim yükümlülüğünü yerine getirmesi, bir anayasal hak veya anayasal değer ile sınırlanıyorsa, devletin hareketsiz kalmasının elverişli olduğunu kabul etmek gerekir (dış elverişlilik testi).⁸⁸²

Negatif edim yükümlülüğünde olduğu gibi pozitif edim yükümlülüğünde de gereklilik ilkesi bakımından alternatif önlemler değerlendirilir. Negatif edim yükümlülüğünde, devletin en az alınan önlem kadar elverişli ve daha az sınırlandıran bir alternatif benimsemesi gerekirken, pozitif edim yükümlülüğünde devletin en az alınan önlem kadar elverişli ve daha etkili bir koruma sunan bir önlemi benimsemesi gerekir (içsel gereklilik testi). Bununla birlikte burada, üçüncü kişilerin menfaatleri veya kamu yararı dikkate alınarak⁸⁸³ alternatif önlemin belirlenmesi gerekir.⁸⁸⁴ Üçüncü kişilere daha fazla yük getiren veya üçüncü kişilerin yararını ve/veya kamu yararını daha fazla zedeleyen önlemler, alınan önleme alternatif olarak belirlenemez.

Pozitif edim yükümlülüğünde orantılılık ilkesi, pozitif edim yükümlülüğü ile devletin hareketsiz kalmasını gerektiren veya meşrulaştıran anayasal değerler arasındaki dengelemeyi gerektirir.⁸⁸⁵ Bu dengeleme ise devletin aldığı önlemin, korunması

Starck, "Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens", s. 817; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 270. Ayrıca bkz. *BVerfGE* 56, 54 (80-82) - Fluglärm [1981]; *BVerfGE* 79, 174 (202) - Straßenverkehrslärm [1988]; *BVerfG*, 1 BvR 1676/01, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Februar 2002, para. 11; *BVerfG*, 1 BvR 382/05, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 24. Januar 2007, para. 18; *BVerfG*, 2 BvR 2502/08, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18. Februar 2010, para. 11.

⁸⁸² Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 270-271; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 564.

⁸⁸³ *BVerfGE* 46, 160 (165) - Schleyer [1977].

⁸⁸⁴ Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 564; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 365-366; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 271. Borowski, burada ayrıca dışsal gereklilik testinin uygulanabilirliğini inceler. Dışsal gereklilik testinde, pozitif yükümlülük ile çatışan anayasal değerleri daha az sınırlayan veya eşit değerde sınırlayan ve pozitif yükümlülüğünü daha iyi bir şekilde yerine getiren alternatif bir önlemin olup olmadığı incelenir. Eğer böyle bir alternatif önlem varsa, bu durumda, devletin gereklilik testinde başarısız olduğu kabul edilir. Borowski'ye göre, dışsal gereklilik testini pozitif edim yükümlülüğünde uygulamak imkansızdır. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 271-272. Klatt/Meister ise iki anayasal değer arasındaki müdahale yoğunluklarının yanı sıra negatif edim yükümlülüğünde özgürlüğün derecesini ve pozitif edim yükümlülüğünde korumanın derecesinin dikkate alınıp dengeleme yapılarak, dışsal gereklilik testinin mümkün olduğunu belirtir. Bkz. Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 101.

⁸⁸⁵ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 273; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 565. Bununla birlikte, Borowski'ye göre pozitif edim yükümlülüğü, kendi başına bir amaç oluşturmaz. Burada pozitif edim yükümlülüğü bir amacı yerine getirmek için devleti harekete geçiretmeye zorlar. Bkz. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 273. Ancak bu görüşe katılmak zor gözükmemektedir. Gerek negatif edim yükümlülüğü gerekse de pozitif edim yükümlülüğü, anayasal hak normlarından doğar. Negatif edim yükümlülüğündeki devletin kaçınma yükümlülüğü ile pozitif edim yükümlülüğündeki devletin hareketsiz kalmama veya yerine

gerekli olan asgari seviyenin altında olup olmadığının tespiti. Koruma yükümlülüğünün ihlalini ancak koruma tedbirlerinin hiç alınmaması, alınan düzenleme ve tedbirlerin gerekli koruma amacına ulaşmak için açıkça uygun olmaması veya tamamen yetersiz olması ya da koruma amacının önemli ölçüde gerisinde kalması halinde tespit edebilir.⁸⁸⁶ Bu asgari seviye, vakanın koşullarındaki çeşitli ölçülere göre belirlenir:⁸⁸⁷

- Pozitif yükümlülükten doğan anayasal hakka yapılan müdahalenin niteliği ve yoğunluğu ve müdahale edilen anayasal hakkın değeri⁸⁸⁸, birey için temel ve yaşamsal önemi⁸⁸⁹
- Zararın meydana gelme olasılığı, yakınlığı; anayasal hakkın konusuna yönelen tehlike yoğunluğu yükseldikçe, devletin bu tehlikenin meydana gelme olasılığını azaltan (usuli) koruyucu önlemleri alması gerekir⁸⁹⁰
- Pozitif yükümlülüğü konu alan mevcut düzenlemenin varlığı, niteliği ve etkisi⁸⁹¹; pozitif yükümlülüğün karşısında yer alan hukuki menfaatler: üçüncü kişilerin anayasal hakları ve devletin diğer yükümlülükleri⁸⁹²

Pozitif yükümlülükler bakımından devletin yerine getirmesi gereken asgari seviye yukarıdaki kriterler dikkate alınarak belirlenir. Belirlenen bu asgari seviyenin üstünde devlet genel olarak mutlak bir takdir alanına sahiptir.⁸⁹³

AİHM de pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kısmi olarak benzer ilkeler benimsemiştir. Buna göre, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda AİHM,

getirme/koruma yükümlülüğü, anayasal hak normunun öngördüğü hukuki sonucu yerine getirmeyi amaçlar. Klatt/Meister ise pozitif edim yükümlülüklerinde ilke teorisinin ortaya koyduğu dengeleme şemasını benimsemez. İlke teorisinde, temelde iki anayasal değer somut bir müdahale çerçevesinde yerine getirilme/müdahale yoğunlukları dengelenir. Klatt/Meister ise pozitif edim yükümlülüğündeki ölçülülük incelemesinde, negatif edim yükümlülüğünün koruduğu somut bir önlem çerçevesindeki özgürlüğün derecesini ve talep edilen bu somut önlem yerine getirildiğinde pozitif edim yükümlülüğünün gerçekleştirdiği korumanın derecesini dikkate alır. Bkz. Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 99-101. Klatt/Meister'in ileri sürdüğü bu unsurları, pozitif edim yükümlülüğünün ölçülülük incelemesinde dikkate almak yerinde olacaktır.

⁸⁸⁶ BVerfGE 142, 313 (337-338) - Zwangsbehandlung [2016].

⁸⁸⁷ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 72; Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 565-566; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 37; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 44.

⁸⁸⁸ BVerfGE 46, 160 (164-165) - Schleyer [1977].

⁸⁸⁹ Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", s. 565.

⁸⁹⁰ BVerfGE 49, 89 (142) - Kalkar I [1978]; BVerfGE 53, 30 (57) - Mülheim-Kärlich [1979]; BVerfG, 2 BvR 2502/08, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18. Februar 2010, para. 12.

⁸⁹¹ BVerfGE 49, 89 (142) - Kalkar I [1978].

⁸⁹² BVerfGE 88, 203 (254 vd.) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁸⁹³ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 72.

müdahalenin/hareketsizliğin ölçülü olup olmadığını şu kriterlere göre değerlendirir:⁸⁹⁴

- Vakaya konu olan menfaatin niteliği; bu menfaatin, ilgili hakkın merkezine te-
kabül edip etmediği⁸⁹⁵
- Sosyal gerçeklik ile hukuk arasındaki uyumsuzluğun kişi üzerindeki etkisi; ulu-
sal sistem içindeki idari ve yasal uygulamaların tutarlılığı⁸⁹⁶
- İddia edilen yükümlülüğün dar ve tanımlanmış veya geniş ve belirsiz olup ol-
madığı, devletten alması istenilen tedbirler ile kişinin özel yaşama saygı hakkı
arasında doğrudan bir bağlantı olup olmadığı⁸⁹⁷
- Bu yükümlülükte devlete yüklenen yükün kapsamı⁸⁹⁸

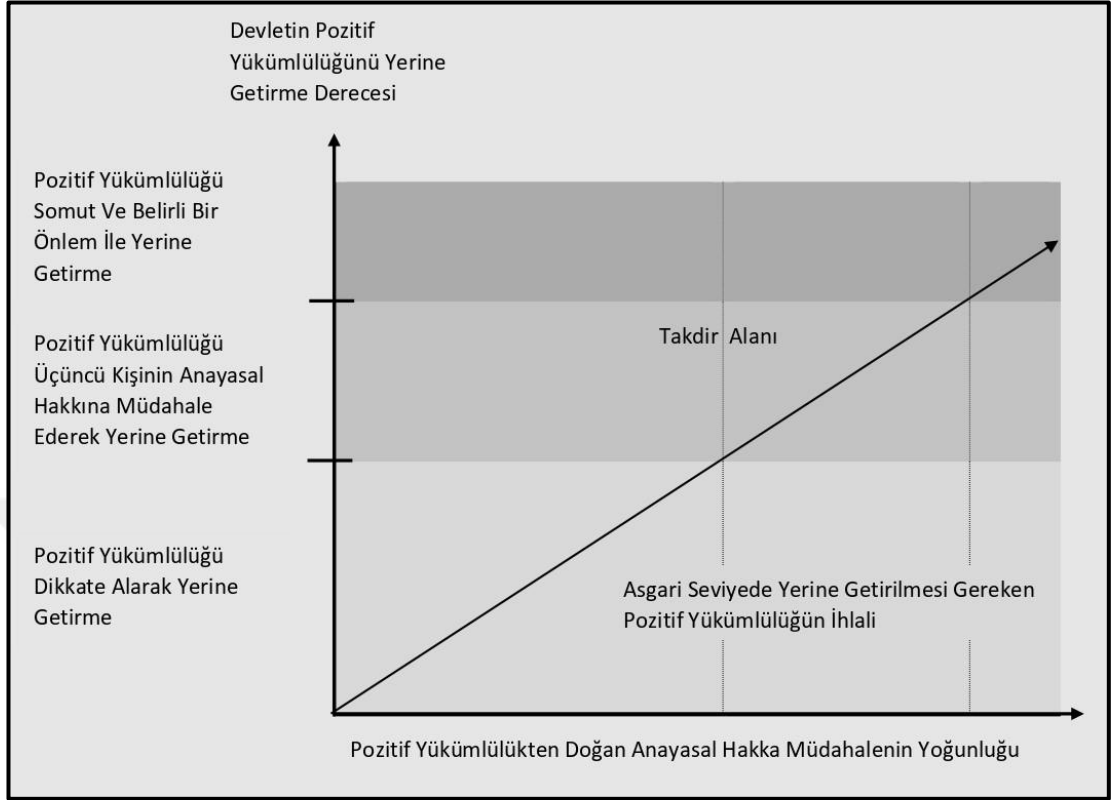
⁸⁹⁴ *A, B and C v. Ireland*, App. No. 25579/05, GC Judgment of 16 December 2010, para. 248.

⁸⁹⁵ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 27; *Gaskin v. the United Kingdom*, App. No. 10454/85, Judgment of 7 July 1989, para. 49.

⁸⁹⁶ *B. v. France*, App. No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992, para. 63; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. No. 28967/95, GC Judgment of 11 July 2002, para. 77-78.

⁸⁹⁷ *Botta v. Italy*, App. No. 21439/93, Judgment of 24 February 1998, para. 35.

⁸⁹⁸ *Rees v. the United Kingdom*, App. No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986, para. 43-44; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. No. 28967/95, GC Judgment of 11 July 2002, para. 86-88



Tablo - 2⁸⁹⁹

Pozitif yükümlülüklerden doğan anayasal hakka yapılan müdahalenin oldukça yoğun olduğu durumlar, devletin başkasının anayasal hakkını sınırlamasını veya somut ve belirli bir önlem almasını gerektirebilir.⁹⁰⁰ Özellikle bir hareketsizliğin, insan onuruna müdahale teşkil edebilecek olması, devleti belirli önlemleri almakla yükümlü kılar.⁹⁰¹ Bununla birlikte, pozitif yükümlülükler, devletin insan onurunu ihlal etmesine yol açamaz.⁹⁰² Dolayısıyla, mutlak haklar, pozitif yükümlülüklerin sınırını

⁸⁹⁹ Bu şekil takip eden kaynaktan aynen alınmıştır. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 74.

⁹⁰⁰ BVerfGE 77, 170 (214-216) - Lagerung chemischer Waffen [1987]; BVerfGE 115, 25 (44-45) - Gesetzliche Krankenversicherung [2005]. Nitekim AİHM de kamu makamlarının, Sözleşme hakkının konusuna ilişkin *yakın ve gerçek* bir tehlikeyi bilmesi ve bilmesinin gerektiği durumda, kamu makamlarının somut ve belirli bir şekilde bu tehlikeyi önlemeleri gerektiği sonucuna ulaşır. *Osman v. The United Kingdom*, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 116; *O’Keeffe v. Ireland*, App. No. 35810/09, GC Judgment of 28 January 2014, para. 144. Dolayısıyla pozitif yükümlülükten kaynaklanan anayasal hakka yapılan müdahalenin/hareketsizliğin yoğunluğu ve tehlikenin olasılığı, önemli bir etken olarak belirir.

⁹⁰¹ BVerfGE 27, 344 (350-351) - Ehescheidungsakten [1970]; BVerfGE 34, 238 (245-246) - Tonband [1973].

⁹⁰² Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 73; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 296 vd.; Jochen von Bernstorff, “Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie: Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG”, **Der Staat**, Vol. 47, No. 1, 2008, pp. 21-40, s. 21 vd.

oluşturmaktadır.⁹⁰³

1.4.1.2.2. Anayasal Hakların Çatışması

Norm çatışmaları aslında yeni ortaya çıkan bir sorun ve/veya husus değildir. 1794 tarihli Prusya Devleti Genel Ülke Hukuku'nun (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) Giriş bölümünün 74. maddesinde norm çatışması öngörülmüştür: “Devlete tabi olanların bireysel hak ve menfaatleri arasında bir çelişki (Çatışma) olduğunda, bu hak ve menfaatler, toplumsal yararı geliştirme hak ve yükümlülüklerine tabi olmalıdır.” Norm çatışmaları üzerine birçok çalışma olsa da üzerinde uzlaşma sağlanmış bir çözüm bulunmamaktadır.⁹⁰⁴ Bir normun bir davranışı olması gereken olarak belirlerken, diğer bir normun bu davranışla uyuşmayan başka bir olması gereken belirlemesi söz konusu olduğunda norm çatışmasının oluşacağı⁹⁰⁵ genel olarak kabul edilmektedir.⁹⁰⁶ Çatışma çözülmeden bu iki normun uygulanması, uyumsuz sonuçlara yol açar. Çatışan normlar, somut bir vakaya uygulanabilir olmalı ve uygulanıldığında farklı sonuçlara yol açabilmelidir.⁹⁰⁷ Norm çatışmaları, anlamlı bir bütün oluşturan hukuk sisteminin mantığıyla uyuşmamaktadır. Hukuk sisteminin bütünlüğü, bu çatışmanın çözülmesini gerektirir.⁹⁰⁸ Yalnızca klasik çatışma kuralları değil, ölçülülük ilkesi veyahut pratik uyum gibi yeni metotlar da norm çatışmalarına bir çözüm sunmaktadır.

Pozitif veya negatif yükümlülüklerden doğan bireyin anayasal hakkı ile diğer anayasal değerler, devletin diğer yükümlülükleri karşı karşıya geldiğinde, yalnızca asgarilik veya aşırılık yasağı bakımından bir değerlendirme yapılmaktadır. Burada, aslında bir anayasal hak ile anayasal değer arasında, gerçek olmayan/görünüştelleto

⁹⁰³ Bkz. **Bölüm 1.1.1.3.3.**

⁹⁰⁴ Stanley L. Paulson, “Zum Problem der Normenkonflikte”, **ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Vol. 66, No. 4, 1980, pp. 487-506, s. 487.

⁹⁰⁵ Hans Kelsen, **Reine Rechtslehre**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, s. 368; Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, 5. Edition, Trans. by Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2008, s. 205.

⁹⁰⁶ Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 603.

⁹⁰⁷ BVerfGE 36, 342 (363) - Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz [1974]; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 603.

⁹⁰⁸ Karl Engisch, **Die Einheit der Rechtsordnung**, 2. Auflage, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987, s. 54.

sensu (unechte Kollisionssituation⁹⁰⁹/scheinbare Grundrechtskollision⁹¹⁰) çatışma ilişkisi doğar.⁹¹¹ Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, kamu yararı, sağlığın korunması gibi anayasal değerlerin anayasal hak çatışmalarının kapsamından *a priori* olarak dışlanmaması gerektiğini, zira bu anayasal değerlerin de bireyin anayasal haklarına karşılık gelebileceğini belirtmiştir.⁹¹² Ancak doktrinde ileri sürülen bu görüş, anayasal hak çatışmalarının dar bir şekilde ele alınması gerekliliği dolayısıyla yerinde değildir. Zira devletler, bu muğlak sınırlama ölçütlerine dayanarak ve anayasal hakların/insan haklarının koruyuculuğunu üstlendiği görünümünü vererek, anayasal hak/insan hakları sınırlamalarını daha fazla meşrulaştırabilecek bir zemine sürükleyebilir.⁹¹³ Bununla birlikte, özellikle sağlığın korunması gibi başkalarının sağlığını ilgilendiren vakalarda, başkalarının haklarının korunmasına ilişkin normatif argümanlar, karar verme sürecine kaçınılmaz bir şekilde etki eder. Kanaatimizce anayasal hak çatışmaları, yalnızca devletin negatif edim yükümlülüğü ile pozitif edim yükümlülüğünün çatışması ve dolayısıyla devletin bir yandan aşırılık yasağı ile diğer yandan asgarilik yasağına tabi olması ile doğmaktadır.

⁹⁰⁹ Gerçek olmayan çatışmalar, daha çok anayasal hak ile bir anayasal değer arasında bir çatışmayı ifade eder. Bkz. Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 617, 657 vd.; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 51-52; Tolga Şirin, "İfade Özgürlüğü, Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 5, Sayı 10, 2016, pp. 527-550, s. 535. Krş. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 59, 91.

⁹¹⁰ Görünüşte çatışmalar ise çoğunlukla, aslında bir anayasal hakkın kapsamına girmeyen bir davranış söz konusu olduğunda ve dolayısıyla aslında bir çatışmanın olmadığı durumlar için kullanılır. Bkz. Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 643; Rübner, "Grundrechtskonflikte", s. 455-456; Heiner Blaesing, "Grundrechtskollisionen", **rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr-Universität Bochum**, Dissertation, 1974, s. 86 vd.; Starck, "Artikel 1", s. 159-160; Herbert Bethge, "Grundrechtskollisionen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 687 vd.; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 4; Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 111-112. Krş. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 59, 91.

⁹¹¹ Yanlış anlamaya mahal vermemek adına belirtmek gerekir ki negatif edim yükümlülükler söz konusu olduğunda da bu görünüşte çatışma söz konusu olur.

⁹¹² Bkz. Ducoulombier, "Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 223; Xiaobing Xu - George Wilson, "On Conflict of Human Rights", **Pierce Law Review**, Vol. 5, No. 1, 2006, pp. 31-57, s. 37; Möller, **The Global Model of Constitutional Rights**, s. 136; Angelika Nußberger, "Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law", **Judgments of the European Court of Human Rights: Effects and Implementation**, Ed. by Anja Seibert-Föhr - Mark E. Villiger, Baden-Baden, Nomos, 2014, s. 173.

⁹¹³ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 45 vd.; Jacco Bomhoff, "The Rights and Freedoms of Others": The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 638; Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 113-114.

Anayasal hak çatışmaları da norm çatışmalarının özel bir türünü oluşturur.⁹¹⁴ Norm çatışmalarında, mutlak bir şekilde iki kişinin bulunmasına veyahut iki kişinin hak taleplerinin çatışmasına gerek yoktur. Zira norm çatışmalarında, diğer kişinin hak talebinden bağımsız olarak da normlar çatışabilir. Anayasal hak çatışmalarında ise birden fazla hak sahibinin bulunması gerekir.⁹¹⁵ Dolayısıyla burada, devlet ve iki birey arasında üçlü bir ilişki meydana gelmektedir (Devlet – Saldırgan – Mağdur / *Staat – Störer – Opfer* veya Anayasal Hakkı Korunan – Anayasal Hakka Müdahale Eden/ Saldıran – Anayasal Hakkı Koruyan / *Grundrechtsgeschützter – Grundrechtsbeeinträchtiger – Grundrechtsschützer*).⁹¹⁶ “Mağdur”, pozitif statü hakkına sahip olurken, “saldırgan” negatif statü hakkına sahip olur.⁹¹⁷ Burada, soyut ve belirli olmayan değil, tanımlanabilir ve somut iki veya daha fazla kişinin bulunması gerekir.⁹¹⁸ Kişinin devletin pozitif yükümlülüklerden doğan anayasal hakkı ile başka bir kişinin devletin negatif yükümlülüklerinden doğan anayasal hakkı, somut bir vakada farklı sonuçlar öngörüyorsa anayasal hak çatışması mevcuttur.⁹¹⁹ Bu durumda ise anayasal hak

⁹¹⁴ Zucca, **Constitutional Dilemmas**, s. 52; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 210 vd. Krş. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 57-58.

⁹¹⁵ Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 152; Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 33-34; Stern, “Einleitung”, s. 74-75; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 105; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 70.

⁹¹⁶ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 416, 516 vd.; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 473; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 152; Starck, “Artikel 1”, s. 158; von Münch - Kunig, “Vorbemerkungen zu den Art. 1-19”, s. 49; Müller-Franken, “Vorbemerkung vor Art. 1”, s. 120; von Coelln, “Vorbemerkung zu den Grundrechten”, s. 19; Christian Calliess, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis”, **JuristenZeitung**, 61. Jahrg., Nr. 7, 7. April 2006, pp. 321-330, s. 325 vd.; Christian Calliess, “Schutzpflichten”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 979 vd.; Stern, “Einleitung”, s. 38; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 44, 67-69.

⁹¹⁷ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 416.

⁹¹⁸ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 54-57.

⁹¹⁹ Benzer şekilde bkz. Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 668; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 629; von Münch - Kunig, “Vorbemerkungen zu den Art. 1-19”, s. 49; Starck, “Artikel 1”, s. 158; Sachs, “Vorbemerkung zu Abschnitt I”, s. 70-71; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 166; Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 33-34; Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, s. 457 vd.; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 152; Gallwas, **Grundrechte**, s. 68; Rupert Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil)”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 100, No. 1, 1975, pp. 80-130, s. 117; Dieter Suhr, “Gleiche Freiheit: Allgemeine Grundlagen und Reziprozitätsdefizite in der Geldwirtschaft”, **Fragen der Freiheit**, Folge 259/260, 2001, pp. 1-97, s. 16 vd.; Rübner, “Grundrechtskonflikte”, s. 454 vd.; Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 53; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 5; Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 87 vd.; Hazar, **İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması**, 27 vd. Anayasal hak çatışmalarının yükümlülük çatışmaları

çatışmaları gündeme gelir. Burada kişinin bir anayasal hakkı ile başka bir kişinin anayasal hakkı, *stricto sensu* olarak çatışmaktadır.⁹²⁰

Anayasal hak çatışmalarının incelenmesi ve çözümü aslında iki aşamadan oluşmaktadır.⁹²¹ İlk aşama anayasal hakların kapsamlarının kontrolüdür. Bu aşamada, somut bir vakada öncelikle görünüşte çatışan iki anayasal hakkın kapsamları belirlenir.⁹²² Yukarıda da belirtildiği üzere⁹²³, anayasal hakların kapsamı, yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri kullanılarak, anayasal hak normu ile sınırlama normu arasındaki diyalektik ilişki incelenerek ve anayasal hakların düzenlediği konunun niteliğine bakılarak belirlenir. Yapılan bu belirleme ile iki kişinin anayasal haklarının ve devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin gerçekten çatışıp çatışmadığı belirlenir. Bu bağlamda, çatışan anayasal hakların kapsamının yorumlanması ile veyahut içkin sınırlar/tahditler dolayısıyla⁹²⁴ çatışan anayasal haklardan birisinin kapsamında yer almayan davranışlar veya hukuki pozisyonlar söz konusu olduğunda, anayasal hakların

olarak ele alınamayacağı yönünde bkz. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 58. Krş. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 123.

⁹²⁰ Anayasal hakların çatışma tipleri için bkz. Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 219 vd.

⁹²¹ Hans-Jürgen Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 373. Stern, anayasal hak çatışmalarını üç aşamalı bir inceleme olarak görür: i) hakkın kapsamı, ii) çatışan anayasal hakların sınırlandırılabilirliklerinin analizi ve iii) çatışma çözüm aracının uygulanması. Ancak bu aşamalardan ikinci aşamanın mevcudiyeti kanaatimizce yerinde değildir. Stern, ikinci aşamada, çatışan anayasal hakların sınırlama klostlarını inceler ve basit veya nitelikli sınırlama kaydının çatışmada bir rol oynadığını dile getirir. Ancak anayasal hakların gerek çatışan anayasal haklarla, gerekse de çatışan diğer anayasal değerlerle sınırlandırılması, sınırlama kaydından ayrı bir sınırlama tipi oluşturur ve bu sebeple çatışan anayasal haklarla ve değerlerle yapılan sınırlandırma, çatışan anayasal hakların sınırlama kayıtlarına tabi değildir. Bu itibarla, çatışan anayasal hakların sınırlama kayıtları anayasal hak çatışmasında ayrı bir rol oynamaz. Krş. Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 622 vd. Benzer şekilde Smet de insan hakları çatışmalarında üçlü aşama öngörür: i) çatışmaları etkisizleştirmek, ii) çatışmaları bir uzlaşya vararak en aza indirmek ve iii) çatışan insan haklarını dengelemek. Çatışmaları etkisizleştirme aşaması, büyük ölçüde Stern'in hakkın kapsamı aşamasına denk düşer. Buna göre, görünüşte çatışmaları öncelikle insan haklarının çatışmalarından ayırmak gerekir. Sözgelimi, AİHM'in kötüye kullanma yasağına dayanarak bazı davranışları Sözleşme haklarının kapsamından dışlaması bunu ifade eder. Diğer taraftan, devletin bu çatışma bakımından yükümlülüklerini yerine getirmemesi de, çatışmayı çözer. İkinci aşamada ise özellikle karşılıklı tavizlerle, çatışan insan haklarının çözülmesi öngörülmektedir. Burada önemli olan, karşılıklı tavizlerle çözülebilecek menfaat çatışmalarının vakada oluşması gerekir. Son aşamada ise çatışan menfaatlardan birisinin diğerine tercih edilmesine yol açan dengelemenin uygulanmasıdır. Bkz. Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 67 vd. Hak çatışmalarının yalnızca somut bir şekilde çözülebileceğine ilişkin bkz. von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 49.

⁹²² Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 622; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 373.

⁹²³ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.**

⁹²⁴ Bkz. **Bölüm 2.3.**

çatışması da gerçekleşmez. Bu durumda, anayasal hakkın kapsamında yer almayan hak talebi geri çekilerek ve dolayısıyla hukuki sonucunu oluşturmuyarak, diğer anayasal hakkın hukuki sonucunun gerçekleşmesi sağlanır. Sözgelimi sanatsal yaratım amacıyla sahnede gerçekleştirilen öldürme fiili, sanat özgürlüğü hakkı kapsamının yorumuna dayanarak en başından itibaren hakkın kapsamında yer alamayacağından, burada yaşam hakkı ile sanat özgürlüğü hakkı arasında bir çatışma gerçekleşmez ve yaşam hakkı hukuki sonucunu doğurur.

Anayasal hakların çatışmasında incelenmesi gereken ikinci aşama, çatışma çözüm aracının belirlenmesi ve uygulanmasıdır.⁹²⁵ Bununla birlikte, anayasal hak çatışmalarının çözümü, çözümü uygulayan organa göre değişmektedir.⁹²⁶ Genel olarak yasama organı, çatışan anayasal haklar ve değerler arasında bir pratik uyuşum (*praktische Konkordanz*)⁹²⁷ ya da olabildiğince dikkatli/ölçülü bir uyumlulaştırma (*möglichst schonenden/angemessenen Ausgleich*)⁹²⁸ gerçekleştirebilir. Zira yasama organı, özgün bir şekilde dengeleme yapabilmektedir. Yürütme organının ve anayasa mahkemelerinin yaptığı dengelemeler, konuyla ilgili önceden yapılan dengelemelere bağlı olmaktadır.⁹²⁹ Yürütme organı mevcut yasal çerçevede kendisine verilen takdir alanı/yetki kadar, çatışan anayasal menfaatleri uyumlulaştırabilir. Bu takdir alanının/yetkinin dışında, yürütme ve yargı organı genel olarak yasama organının menfaat uyumlulaştırmasını uygulamakla görevlidir. Anayasa mahkemeleri ise (ana)yasaların yorumlanmasında, yorum yöntemleri ve ilkeleri ile norm metninden yola çıkarak normu inşa ettiğinden belirli bir kapsamda kişilerin çatışan menfaatlerini birbirine uyumlulaştırabilir. Yasama organı, dengeleme yaparken bütün menfaatleri dikkate alma ve daha kompleks ve detaylı bir şekilde düzenleme yapma imkanına sahip olmaktadır. Anayasa mahkemeleri ise önüne gelen vakadaki menfaatler çerçevesinde bir dengeleme yapma imkanına sahiptir.⁹³⁰ Anayasa mahkemeleri bu uyuşumu yorum

⁹²⁵ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 625 vd.

⁹²⁶ Bu husus yalnızca anayasal hak çatışmaları için değil genel olarak anayasal hak sınırlamaları için geçerlidir.

⁹²⁷ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 27, 127 vd.

⁹²⁸ Lerche, **Übermaß und Verfassungsrecht**, s. 125 vd., 153.

⁹²⁹ Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 132; Jan Sieckmann, "Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing", **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court**, Ed. by Klaus Meßerschmidt - A. Daniel Oliver-Lalana, Cham, Springer, 2016, s. 367-369.

⁹³⁰ Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 132; Sieckmann, "Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing", s. 369.

yöntemleri çerçevesinde yaptığından, tarihsel ve lafzi yorum ile yasa koyucunun amacı ve norm metnini formüle etmesi, norm inşasını etkileyen bir unsur olarak göze çarpar. Bununla birlikte anayasa mahkemeleri, olgu ile olması gereken arasında makul ilişkinin kaybolduğuna kanaat getirmesi durumunda, yasama organının uyumlulaştırdığı menfaatlerde yaşanan düzensizlikleri özellikle teleolojik yorum yöntemiyle giderebilir. Ancak anayasa mahkemelerinin çatışan menfaatleri optimize etme ve uyumlulaştırma kapasitesi sınırlıdır. Yalnızca olan ile olması gereken arasındaki makul bağlantı ortadan kalktığında ve yasama organı bu makul bağlantıyı sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğinde anayasa mahkemeleri teleolojik yorum yöntemiyle norm metnine yeni bir anlam verip, yeni bir norm oluşturabilir.⁹³¹ Nitekim anayasa mahkemeleri, anayasal hakların çatıştığı vakaların çoğunda, menfaatleri uyumlulaştırmaz ve fakat çatışan iki anayasal hakkın normatif argümanları çerçevesinde birisini tercih eder. Nihayetinde bir anayasal sistemdeki anayasa organlarının kural koyma yetkisi ve kapasitesi ölçüsünde, çatışan menfaatleri ve değerleri uyumlulaştırabileceğini kabul etmek gerekir.

Yasama organı, düzenleme konusunda genel bir yetkiye sahiptir. Yasama organı, kamu yararını ve bir toplumun sosyal ve siyasal örgütlenmesindeki tercihlerini ve önceliklerini belirler. Bu bakımdan, genel olarak amaç belirleme ayrıcalığına sahiptir. Demokratik hukuk düzeninin bir gereği olarak, temel kararları yasama organı verir (*Wesentlichkeitstheorie*).⁹³² Bu bağlamda, anayasa aksini göstermedikçe, temel olan konular, yasa koyucunun yetkisindedir.⁹³³ Anayasal haklar konusunda yasama organının ilk söz hakkı bulunmaktadır.⁹³⁴ Anayasal hakların yorumlanmasında yasama organı ilk sırada yer alırken, yürütme ve yargı organı ikinci sırada yer alır.⁹³⁵ Özgürlüğün yalnızca yasaya karşı değil ve fakat yasa ile birlikte gerçekleştiğinin kabulü ve

⁹³¹ Krş. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 73, 368.

⁹³² Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 700.

⁹³³ Peter Lerche, "Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 302.

⁹³⁴ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 635, 645; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 477; Rupert Scholz - Karlheinz Konrad, "Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht: Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 123, No. 1, 1998, pp. 60-121, s. 81 vd.; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 700.

⁹³⁵ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 635 vd.; Stern, "Einleitung", s. 75; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 477-478; Fritz Ossenbühl, "Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung", **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. I, Ed. by Peter Badura - Horst Dreier, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, s. 35-36; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 700.

kurumsal anayasal hakların yasa ile belirlenmesinin gerekmesi, yasa koyucuyu anayasal hakların yorumunda temel bir konuma koyar.⁹³⁶ Anayasal hakları sınırlama yetkisine sahip olan yasa koyucu, aslında anayasa koyucunun yetkili yardımcılığını yapar.⁹³⁷ Yasa koyucu, mevcut hukuki düzende ortaya çıkan bireyler arasındaki menfaat çatışmalarını düzenlemekle, birbirine uyumlulaştırmakla ve bu çatışmada belirli değerler ve menfaatler arasında tercih yapmakla yetkili ve *görevlidir*.⁹³⁸ Yasa koyucu, soyut anayasal değerleri yasama faaliyeti ile somutlaştırır.⁹³⁹ Geniş çerçeveli normlar olarak, anayasal hakların sürekli olarak günün koşullarına uyarlanması öncelikli olarak yasa koyucuya tabidir. Anayasal hakların soyutluk seviyesi dolayısıyla anayasal haklar, somutlaştırmaya ve yasal alanlarının belirlenmesine ihtiyaç duyar.⁹⁴⁰ Sözgelimi, olgusal alanda gerçekleşen ifade özgürlüğü hak sahibi ile kişiliğini geliştirme hakkı/özel yaşamın korunması hakkı sahibinin menfaatlerini, hakaret suçunu veyahut haksız fiili kurumunu düzenleyerek somutlaştırır ve anayasal değerler arasından ve hak sahiplerinin menfaatleri arasında bir uyumlulaştırma ve tercih yapar. Yasa koyucu burada bir yandan soyut anayasal değerleri somutlaştırmakta, diğer yandan ise belirli fiilleri ve çatışmaları tipikleştirerek soyutlaştırmaktadır. Dolayısıyla yasa koyucu, genel ve soyut belirlemeler ile çatışma durumlarını normatif olarak koşullandırır.⁹⁴¹

Yasa koyucu, çatışmaları çözerken sınırsız veya keyfi bir takdir alanına sahip değildir. Öncelikle yasa koyucu çatışmaları çözerken de anayasal haklarla bağlıdır ve bu bakımdan anayasal haklara müdahalenin gerekliliklerini yerine getirmek zorundadır.⁹⁴² Doktrinde, iki kişinin menfaatinin ve bu bağlamda anayasal değerlerin çatıştığı durumlara ölçülülük ilkesinin uygulanmasının elverişli olmadığı ileri sürülmüştür. Bireyler arasındaki menfaat dengelemesinin ölçülülüğü, yasa koyucunun aşırılık yasağı

⁹³⁶ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 701.

⁹³⁷ Lerche, “Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie”, s. 308.

⁹³⁸ Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 635; Stern, “Einleitung”, s. 75; Hermes, “Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten”, s. 337; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 700; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 477-478; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 44-46; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 35.

⁹³⁹ Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 374; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 635 vd.; Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 701-702; Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 477-478.

⁹⁴⁰ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 701-702.

⁹⁴¹ Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 702; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 645.

⁹⁴² Bethge, “Grundrechtskollisionen”, s. 704.

ile bağlanmasından farklı bir metodu gerektirir.⁹⁴³ Bethge, bu sebeple doktrinde pratik uyuşum (*praktische Konkordanz*) ya da olabildiğince dikkatli/ölçülü bir uyumlulaştırma (*möglichst schonenden/angemessenen Ausgleich*) çözüm yöntemlerinin ileri sürüldüğünü ve fakat bu metotların da aslında çatışan menfaatler arasında gerçekten bir uyuşum getirmediğini belirtir.⁹⁴⁴ Nitekim özellikle çatışan anayasal haklar söz konusu olduğunda, pratik uyuşumun uygulanamayacağı kabul edilmektedir.⁹⁴⁵ Anayasal hakların eş değerde olduğunun kabulü ve hakların kapsamının geniş bir şekilde ele alınması, pratik uyuşumu engelleyen en önemli sebeplerdir.⁹⁴⁶ Ölçülülük ilkesinin anayasal hak çatışmalarına elverişli olmadığı görüşü, kısmen yerinde değildir. Yasa koyucunun, iki kişinin menfaatinin ve anayasal değerlerin çatışmasında yaptığı tercih ve bulduğu çözüm, aşırılık yasağını veya asgarilik yasağını ihlal edebilir. Yukarıdaki örneği devam ettirirsek, bu çalışmada incelenen hukuk sistemleri çerçevesinde yasa koyucunun hakaret suçu için 10 yıl gibi ağır bir ceza öngörmesi, aşırılık yasağını ihlal ederken, hakaret suçunun hiç düzenlenmemesi de özellikle insan onuru bağlamında asgarilik yasağını ihlal eder.

Yasa koyucunun çatışan menfaatleri ve anayasal değerleri uyumlulaştırması, genel ve soyut bir düzlemde gerçekleşmektedir. Bu anayasal hakların çatışmasının çözümünün bir yüzüdür. Diğer taraftan, özellikle anayasa mahkemeleri⁹⁴⁷, somut bir vaka çerçevesinde, çatışan menfaatleri ve anayasal değerleri dengeler. Bu ise anayasal hak çatışmalarının somut yüzünü teşkil eder.⁹⁴⁸ Bu bağlamda, anayasal hakların çatışmasında, bir pratik uyuşum veya olabildiğince dikkatli/ölçülü uyumlulaştırma gerçekleştirilemediğinde, çatışan anayasal haklardan/somut menfaatlerden ağır basanı diğerine tercih edilecektir.⁹⁴⁹ Gerek hakkın kapsamı aşamasında gerekse de yasa

⁹⁴³ Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen", s. 20-21; Böckenförde, "Fundamental Rights as Constitutional Principles", s. 254-255; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 707. Krş. Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", s. 457.

⁹⁴⁴ Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 708.

⁹⁴⁵ Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 170-171.

⁹⁴⁶ Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 171.

⁹⁴⁷ Yürütme organı da anayasal hak çatışmalarını somut bir şekilde çözümüne katkıda bulunan bir organdır. Bununla birlikte yürütme organının anayasal hak çatışmalarına katkısı, yasa koyucu ve anayasa mahkemeleri karşısında oldukça sınırlı kalmaktadır. Krş. Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 639 vd.; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 708 vd.

⁹⁴⁸ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 645; Georg Hermes, "Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002, s. 133; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 708-709.

⁹⁴⁹ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 35.

koyucunun hakemliğıyle, bütün anayasal hak çatışmaları çözülemez. Yürütme organı, yargı organı ve anayasa mahkemesi, bu süzgeçten geçen vakaları çözer.⁹⁵⁰ Yürütme organının anayasal hak çatışmalarını ve çatışan menfaatleri birbirine uyumlulaştırma kapasitesi, büyük ölçüde kullanımı idarenin takdirine/iznine bırakılan anayasal haklarda vuku bulur. Sözgelimi birçok anayasal sistemde, toplanma ve gösteri yürüyüşleri özellikle idarenin izni veyahut idareye yapılan bildirim ile gerçekleştirilmektedir.⁹⁵¹ Bu durumda, toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusunda, idare belirli bir takdir alanına sahip olmaktadır. Özellikle aynı yer ve aynı zamanda iki karşıt görüşteki kişilerin toplanmasının söz konusu olduğu durumlarda, idarenin burada çatışan menfaatleri uyumlulaştırması ve her iki toplanma ve gösterinin de aynı zaman ve yerde gerçekleşmesini sağlayacak önlemleri alması gerekir.⁹⁵²

Yargı organları, anayasal hakların yayılım etkisi/yatay etkisi kapsamında ve yasaya bağlı ve onun yorumcusu olarak anayasal hak çatışmalarını önlerine gelen somut vakalarda çözebilirler. Yargı organları bağlı oldukları yasaları önlerindeki vakaya uygularken, anayasal hakları ve daha da önemlisi anayasa mahkemesinin/AİHM'in kararlarını dikkate almak zorundadır.⁹⁵³ Anayasa mahkemeleri, yukarıda da ifade edildiği üzere, oldukça sınırlı bir şekilde çatışan anayasal değerleri ve menfaatleri birbirine uyumlulaştırma kapasitesine sahiptir. Anayasa mahkemeleri, gereklilik alt ilkesinin uygulanması dışında somut vaka çerçevesinde, menfaatleri çatışan anayasal hak sahiplerinden birisinin lehine karar verir. Bu durumda da, lehine karar verilen hak sahibinin anayasal hakkının hukuki sonucu herhangi bir uyumlulaştırma olmadan uygulanır. Anayasa mahkemeleri, anayasa tarafından korunan ve etkilenen menfaatleri vaka çerçevesinde belirlemesi ve ağırlıklandırması gerekir. Burada vakanın özel koşulları belirleyicidir.⁹⁵⁴ FAYM esas olarak yukarıda belirtilen pratik

⁹⁵⁰ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 650.

⁹⁵¹ Bkz. Toplanma ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (*Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)*), Madde 14; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Madde 10.

⁹⁵² Bkz. *Öllinger v. Austria*, App. No. 76900/01, Judgment of 29 June 2006, para. 48-49.

⁹⁵³ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 641-642. Krş. *BVerfGE* 7, 198 (206 vd.) - Lüth [1958]; *BVerfGE* 25, 256 (263) - Blinkfüer [1969]; *BVerfGE* 30, 173 (188, 197) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 35, 202 (221, 238 vd.) - Lebach [1973]; *BVerfGE* 54, 148 (151-152) - Eppler [1980]; *BVerfGE* 73, 261 (269) - Sozialplan [1986]; *BVerfGE* 86, 1 (10) - TITANIC/geb. Mörder' [1992].

⁹⁵⁴ Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 709.

uyuşum⁹⁵⁵ ve olabildiğince dikkatli/ölçülü bir uyumlulaştırma⁹⁵⁶ mekanizmalarını takip eder, yine de her bir somut vakada menfaatler tartma ihtiyacını güçlü bir şekilde vurgular.⁹⁵⁷ Bir çatışma durumunda, her iki anayasal değer de mümkün olduğunca birbirine uyumlulaştırılmalıdır. Eğer bir uyumlulaştırma sağlanamıyorsa, vakanın tipik yapısı ve özel koşulları dikkate alınarak hangi menfaatin öncelikli olacağına ve üstün geleceğine karar verilmelidir.⁹⁵⁸ Anayasal hak çatışmalarının somut bir şekilde çözümünde, anayasal haklar değil, anayasanın bütünlüğü, ölçülülük ilkesi ve dengeleme metodu gibi anayasal ilkeler önemli bir rol oynar. Anayasaya içkin olan bu anayasal ilkeler, somut vakalarda somutlaştırılması ve izlenmesi gereken rehber ilkeler sağlar. Bu ilkeler, kapsamlı vaka belirlemelerini geliştirir ve vaka temelindeki uygunlukların gerçekleştirilmesine bağlıdır.⁹⁵⁹ Anayasal hakların çatışması söz konusu olduğunda, ölçülülük ilkesinin bütün alt ilkelerinin her zaman uygulanamadığı görülmektedir. Zira anayasal hak çatışmalarında bir hak bakımından gerçekleştirilen elverişlilik testi, diğer hakka uygulanan gereklilik testinin bir unsurunu oluşturur.⁹⁶⁰ Dolayısıyla bu alt ilkelere uygulanması ve devletin müdahalesinin/müdahalesizliğinin başarısız olması zorlaşır. Anayasal hakların çatışmasında elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerini başvurulmadan çoğunlukla iki somut menfaat/anayasal hak pozisyonu arasında bir dengeleme yapılır. Nitekim bu ilkeye ölçülülük değil, makullük incelemesi (*Angemessenheitsprüfung*) adı verilir.⁹⁶¹ Bununla birlikte, devletin bariz bir şekilde anayasal olarak yasaklanan amaç ve araçları kullanması, çatışan anayasal haklar arasından birisinin sınırlandırılmasının/hukuki sonucunu doğurmamasının diğer hak sahibi bakımından açıkça elverişsiz olması veya çatışan anayasal haklar arasında sınırlandırdığı anayasal hakkı gereğinden fazla sınırlaması söz konusu olduğunda ihlalin gerçekleşeceğini kabul

⁹⁵⁵ BVerfGE 41, 29 (51) - Simultanschule [1975]; BVerfGE 52, 223 (240-242) - Schulgebet [1979]; BVerfGE 77, 240 (255) - Herrnburger Bericht [1987]; BVerfGE 81, 298 (308) - Nationalhymne [1990]; BVerfGE 83, 130 (143) - Josefine Mutzenbacher [1990]; BVerfGE 93, 1 (21-24) - Kruzifix [1995]; BVerfGE 122, 89 (107) - Wissenschaftsfreiheit in der Theologie [2008].

⁹⁵⁶ BVerfGE 39, 1 (43) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁹⁵⁷ BVerfGE 35, 202 (225) - Lebach [1973]. Ayrıca bkz. Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 626-627.

⁹⁵⁸ BVerfGE 35, 202 (225) - Lebach [1973].

⁹⁵⁹ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 635.

⁹⁶⁰ Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 161.

⁹⁶¹ Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen", s. 20-21; Böckenförde, "Fundamental Rights as Constitutional Principles", s. 254-255; Ernst-Wolfgang Böckenförde, **Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz**, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990, s. 53-54; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 134-135. Her ne kadar orantılılık ilkesini Alman anayasa hukuk doktrinde *Angemessenheit* terimiyle karşılayanlar olsa da, Böckenförde burada klasik bir orantılılık incelemesinin olmayacağını altını çiziyor.

etmek gerekir.

Negatif edim yükümlülüğünde olduğu gibi⁹⁶² bireylerin kaçınma yükümlülüğü, anayasal hak çatışmalarında da önemli bir rol oynar.⁹⁶³ Burada özellikle bireyin hareket alternatiflerinin bulunması gerekmektedir. Menfaatleri başka bir kişiyle çatışan bir kişinin, çatışmadan kaçınma alternatifini tercih etmemesi, somut vakada bu kişinin anayasal hakkının normatif argümanını zayıflatır.⁹⁶⁴ Bu çatışmadan kaçınması mümkün olmayan kişinin anayasal hakkının normatif argümanı ise somut vakada güçlenir.⁹⁶⁵ Sözgelimi *Mephisto* vakasında⁹⁶⁶, gerçek olaylardan kurgulanan bir romanda FAYM, sanat özgürlüğü ve kişilik hakkı arasındaki çatışmada, yazarın gerçek olaylardan edindiği materyalleri daha fazla yabancılaştırma ihtimalini ve alternatifini dikkate almıştır.⁹⁶⁷ Burada kullanılan diğer bir çatışma çözme aracı ise sebep olma ilkesidir (*Veranlassungsprinzip*). Bu ilkeye göre, anayasal hakları çatışan iki kişiden birisinin bu menfaat ve anayasal değer çatışmasına sebep olması durumunda, bir eleştiriyle karşılaşacağını ve bunun da kamuoyunun dikkatine sunulacağını hesaba katmalıdır. Saldırı gerçekleştiren her kişinin, bir tepki ve karşı saldırıyı da göze almış olması varsayılmaktadır.⁹⁶⁸ FAYM'ın *Sanat Eleştirisi* kararında⁹⁶⁹, aşağılayıcı ifadelerden etkilenen kişinin ifade özgürlüğünün koruduğu kamuoyu oluşturma sürecinde yer alıp almadığını veyahut ne ölçüde yer aldığını ve böylece fikir teatisine ve tartışmasına katılan kişinin kendi iradesiyle mahremiyetinden ne ölçüde vazgeçtiğini belirleyici faktör olarak belirlemiştir.⁹⁷⁰ AİHM'in kararlarında bu husus, özellikle kamusal figür argümanında ortaya çıkar. Sözgelimi eleştirilen kişinin saldırgan ve nefret söylemleri olan bir

⁹⁶² Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.3.**

⁹⁶³ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 654; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 450 vd.; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 126.

⁹⁶⁴ Bkz. *BVerfGE* 52, 223 (247 vd.) - Schulgebet [1979].

⁹⁶⁵ *BVerfGE* 93, 1 (18 vd.) - Kruzifix [1995].

⁹⁶⁶ *BVerfGE* 30, 173 - Mephisto [1971].

⁹⁶⁷ *BVerfGE* 30, 173 (195) - Mephisto [1971]. Benzer yönde bkz. *BVerfGE* 35, 202 (232) - Lebach [1973]. FAYM'dan farklı olarak, biyografi ile kurgusal eser arasında yapılan ayırım dolayısıyla AİHM gerçek olgulardan esinlenen kurgusal eserlerin, bu yabancılaştırmayı sağladığını kabul eder. Krş. *Jelševar and Others v. Slovenia*, App. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, para. 38. AİHM'in sanatsal ifade özgürlüğünde kullandığı kurgu argümanı için bkz. Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 188 vd.

⁹⁶⁸ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 654-655; Kanadoğlu, **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 126.

⁹⁶⁹ *BVerfGE* 54, 129 - Kunstkritik [1980].

⁹⁷⁰ *BVerfGE* 54, 129 (138) - Kunstkritik [1980].

siyasetçi olması durumunda, AİHM, kamusal bir figür olarak kişinin kendisini sert eleştirilere açık bıraktığını ve bu sebeple kamusal bir figürün bunlara karşı hoşgörü göstermesi gerektiğini belirtir.⁹⁷¹

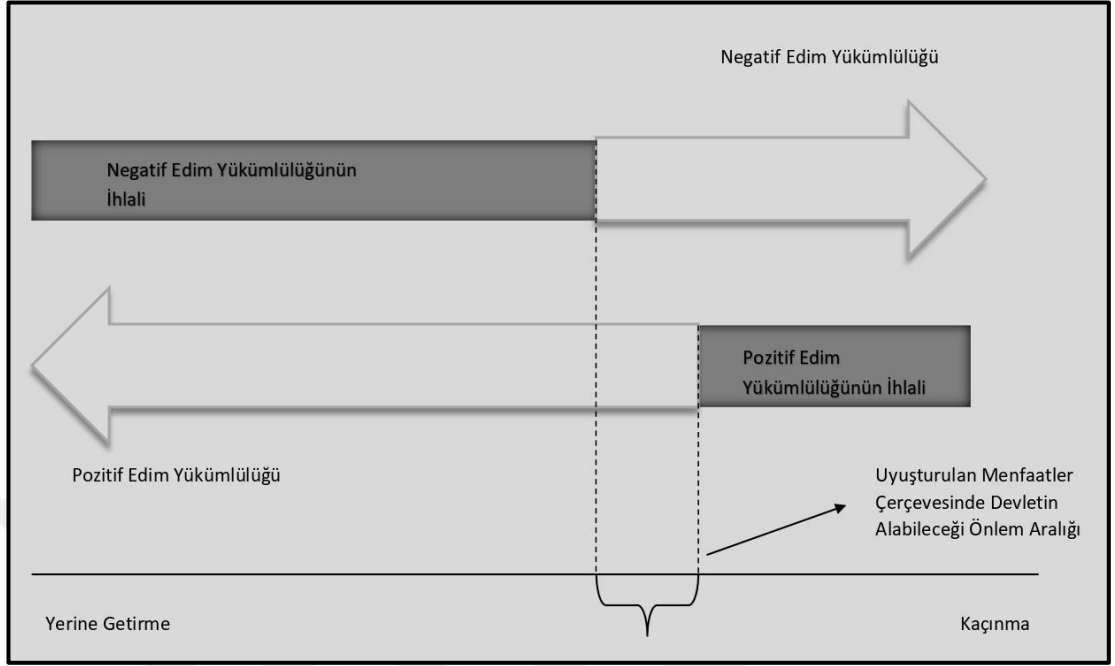
Burada devletin hem pozitif hem de negatif yükümlülükler bağlamında doğan ölçülülük ilkesini aynı anda vakaya uygulaması gerekmektedir. Devlet burada, yerine getirmesi gereken asgari seviye ile geçmemesi gereken aşırılık seviyesi arasındaki bir alanda bir önlemi/müdahaleyi/sınırlamayı gerçekleştirmek zorundadır.⁹⁷² Bu iki menfaati birbirine uyumlulaştırırken, devlete geniş bir takdir alanı da bırakılır.⁹⁷³ Ancak kişinin devletin pozitif yükümlülüklerinden doğan anayasal hakkı ile başka bir kişinin devletin negatif yükümlülüklerinden doğan anayasal hakkı çatıştığında, devletin bir yandan pozitif yükümlülükleri asgari seviyede yerine getirmesi gerekirken, diğer yandan kişinin negatif yükümlülüğünden doğan anayasal hakkına aşırı bir şekilde müdahale etmekten de kaçınması gerekecektir. Dolayısıyla negatif edim yükümlülüğünde ve pozitif edim yükümlülüğünde belirlenen ölçülülük ilkesi kriterleri aynı anda vakaya uygulanacaktır. Bu bağlamda, koruma hakkının asgari güvencesi ile negatif statü hakkının azami güvencesi, aynı ortak paydada buluşamaz.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ Bkz. *Oberschlick v. Austria* (no. 2), App. No. 20834/92, Judgment of 1 July 1997, para. 31-33; *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, App. No. 37698/97, Judgment of 28 September 2008, para. 30; *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria*, App. No. 58548/00, Judgment of 27 October 2005, para. 37; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, App. No. 21279/02; 36448/02, GC Judgment of 22 October 2007, para. 56.

⁹⁷² Stern, "Einleitung", s. 72; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 114-115; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 557-558; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 1014; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 52-54; Starck, "Artikel 1", s. 111; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 163-164; Uwe Volkmann, **Staatsrecht II: Grundrechte**, München, C. H. Beck, 2007, s. 76; von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", s. 9; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 106; Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", s. 12 vd. Farklı yönde bkz. Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 142-143; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 88 vd.; Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 287-288.

⁹⁷³ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 37; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 163; von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", s. 9; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 106; Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", s. 12, 21 no'lu dipnot. Krş. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 54.

⁹⁷⁴ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 557-558; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 114-115; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 163-164; von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", s. 9.



Tablo - 3⁹⁷⁵

Smet, dengeleme testini yedi kriterden oluşan bir yapısal dengelemeye dönüştürür. Bu dengeleme testinin ilk kriteri, çatışan hakların soyut değeridir. Genel olarak insan haklarının/anayasal hakların göreceli değeri eşit olsa da, yaşam hakkı ve ayrımcılık yasağının daha yüksek soyut değere sahip olduğunu ileri sürer.⁹⁷⁶ İkinci kriter, etki kriteridir. Burada, bir yandan çatışan hakların uğradığı zarar, diğer yandan ise bu zararların meydana gelme riski değerlendirilir.⁹⁷⁷ Üçüncü kriter, merkez-çevre kriteridir. Bu kriter, çatışan insan haklarına verilen zararın ilgili hakların merkezine mi yoksa çevresine mi denk düştüğünü tespit eder. Merkez-çevre kriterinin altında yatan öncül, yapılan dengelemede, çekirdeğine daha yakın bir şekilde zarar gören insan haklarının, oldukça çevresel bir şekilde zarar gören insan haklarına göre bir üstünlüğü olduğudur.⁹⁷⁸ Dördüncü kriter, tali haklar kriteridir. Bu kritere göre, yalnızca ikili değil çok kutuplu hak çatışmaları da mümkündür. Burada tali haklar, hakları çatışan kişilerin

⁹⁷⁵ Bu şekil, bazı değişiklikler yapılarak takip eden kaynaktan alınmıştır. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 53.

⁹⁷⁶ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 144, 148 vd.

⁹⁷⁷ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 144, 152 vd. Ayrıca bkz. Brems, "Conflicting Human Rights", s. 304; Sullivan, "Gender Equality and Religious Freedom", s. 821; Barak, **Proportionality**, s. 362; Frank M. Coffin, "Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice", **New York University Law Review**, Vol. 63, No. 1, 1988, pp. 16-42, s. 23.

⁹⁷⁸ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 144, 158 vd. Ayrıca bkz. Kosaş, "Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic", s. 376; Brems, "Conflicting Human Rights", s. 303-304; Barak, **Proportionality**, s. 362.

hakları olabileceği gibi, üçüncü kişilerin de hakları olabilir. Bir dengelemede tali hakların söz konusu olması, bu dengelemeyi etkileyecektir.⁹⁷⁹ Beşinci kriter, kamu yararı/genel yarar kriteridir. Smet'e göre, hak çatışmaları, doğrudan iki kişinin menfaatleri arasındaki çatışmaya indirgenmemelidir. Çoğu zaman, hak çatışmalarının çözümünün, genel yarar üzerinde de bir etkisi olmaktadır. Bu kriterde, çatışan haklardan birisinin bir genel yarar tarafından desteklenip desteklenmediği incelenir.⁹⁸⁰ Altıncı kriter, amaç kriteridir. Bu kriterle göre, çatışan insan haklardan birisinin amaçlarından birisi diğer insan haklarını korumak olduğunda, bu amaca sahip insan hakkı dengelemede ağırlık kazanır. Smet, bu kriterin oldukça sınırlı bir şekilde uygulanabileceğini ifade eder. Bu kriterin uygulanmasına da çocuğun yüksek yararını örnek olarak verir.⁹⁸¹ Son ve yedinci kriter ise sorumluluk kriteridir. Bu kriter, özellikle hakları çatışan kişilerden birisinin aynı zamanda söz konusu hak çatışması bağlamında hukuki yükümlülüklerinin de olması durumunda uygulanır. Smet, insan haklarının bir gereği olarak bu tür yükümlülüklerin doğrudan özel kişilere yüklenmediğini belirtir. Burada, tarafların insan haklarını sorumlu bir şekilde kullanıp kullanmadığı incelenir.⁹⁸²

Smet'in belirlediği kriterlerin çoğu, gerek negatif edim⁹⁸³, gerekse de pozitif edim⁹⁸⁴ yükümlülüğünde uygulanan ölçülülük ilkesinde incelenmiştir. Bu kriterlerin hepsi yerinde olsa da, yukarıda da ifade edildiği üzere⁹⁸⁵, bu, her anayasal hakkın veya insan haklarının farklı normatif argümanları içerdiği gerçeğini değiştirmez. Özel yaşamın korunması hakkı bakımından kişinin öz imgesini belirlemesi gerekliliği argümanına dayanırken; ifade özgürlüğü hakkı, demokratik toplum düzeni ve kamuoyunun şekillenmesine yapılan katkı argümanlarına dayanır. Bu bakımdan, çeşitli anayasal hak çatışma kombinasyonları, çatışma çözümünde farklı argümanların ele alınmasını gerektirecektir. Bütün anayasal hak çatışmaları, bu yapısal kriterlere indirgenemeyeceği gibi, genelleştirilen bu kriterler, her bir anayasal hakkın somut vaka çerçevesinde ortaya çıkan kendine özgü normatif argümanlarını ıskalamaya meyillidir. Bununla

⁹⁷⁹ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 144-145, 162 vd. Ayrıca bkz. Sullivan, "Gender Equality and Religious Freedom", s. 823; Kosaş, "Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic", s. 377; Barak, **Proportionality**, s. 362; Xu - Wilson, "On Conflict of Human Rights", s. 47-48.

⁹⁸⁰ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 145, 165 vd. Ayrıca bkz. Brems, "Conflicting Human Rights", s. 304.

⁹⁸¹ Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 145, 169 vd.

⁹⁸² Smet, **Resolving Conflicts between Human Rights**, s. 145, 171 vd.

⁹⁸³ Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.3.**

⁹⁸⁴ Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.1.**

⁹⁸⁵ Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.3.**

beraber, çatışan anayasal hak tiplerine göre yapısal ölçülülük kriterleri oluşur. Sözge-
limi gerçek hayattan uyarlanan bir roman dolayısıyla oluşan sanat özgürlüğü ve kişilik
hakkı/özel hayatın gizliliği hakkı arasındaki çatışmada, sanatçının okuyucuyu eserinin
içeriğini gerçek kişilerle ilişkilendirmeye ne ölçüde teşvik ettiğine ve bu bağlantı kurul-
duğunda metnin kişilik haklarına yönelik yoğunluğuna bakılmaktadır.⁹⁸⁶ Nitekim ba-
sında ünlü kişilerin fotoğraflarının basılması ile ilgili olarak, basın özgürlüğü ile ünlü
kişinin kişilik hakları/özel yaşamın korunması hakkında çatışma gerçekleşir. Bu tip bir
çatışmada AİHM'in belirlediği yapısal/kategorik dengeleme oluşturan kriterler şunlar-
dır:⁹⁸⁷ genel menfaate yarayan bir tartışmaya katkı, kişinin bilinirliği ve ilgili haberde
ne şekilde yer aldığı, ilgili kişinin önceki davranışları, yayının içeriği, şekli ve sonuçları
ve fotoğrafların çekildiği koşullar. Dolayısıyla her hak çatışması özelinde, aslında be-
lirli sabit dengeleme kriterleri oluşur ve kategorik/yapısal bir dengeleme yapılır. Yapı-
lan bu kategorik/yapısal dengelemede, belirli normatif argümanlara/anayasal hak po-
zisyonlarına, mutlak üstünlük tanınabilir. Nitekim bu husus, bir dengelemenin yapıl-
madığı⁹⁸⁸ veyahut anayasal hakların kapsamının tahdit edildiği⁹⁸⁹ yorumuna sebep
olabilir. Ancak burada aslında, değerler düzeni çerçevesinde belirli normatif argüman-
lara/hukuki pozisyonlara öncelik verilmektedir.

Toparlamak gerekirse, anayasal hak çatışmalarının çözümünün ikinci aşama-
sında çatışma çözüm araçlarından biri olarak, ölçülülük ilkesi belirlenmiştir.⁹⁹⁰ Birden

⁹⁸⁶ BVerfGE 119, 1 (27 vd.) - Roman Esra [2007]. Bu bakımdan AİHM de benzer kriterleri benimsemiştir. Bkz. *Jelševar and Others v. Slovenia*, App. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014, para. 38-40.

⁹⁸⁷ *Von Hannover v. Germany (no. 2)*, App No. 40660/08; 60641/08, GC Judgment of 7 February 2012, para. 108 vd. Türk Anayasa Mahkemesi de bu hususta benzer kriterleri benimsemiştir. Bkz. *İlhan Cihaner Başvurusu (2)*, Baş. No. 2013/5574, Karar Tarihi 30.06.2014, para. 66 vd.; *Birsan Berrak Tüzünataç Başvurusu*, Baş. No. 2014/20364, Karar Tarihi 05.10.2017, para. 53 vd.

⁹⁸⁸ Bernd Jeand'Heur, "Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen: Zur Erweiterung der Grundrechtsfunktionen und deren Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik", *JuristenZeitung*, 50. Jahrg., Nr. 4, 17. Februar 1995, pp. 161-167, s. 164.

⁹⁸⁹ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, s. 132.

⁹⁹⁰ David Martinez-Zorilla, "The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights", *Law and Philosophy*, Vol. 30, pp. 729-749, s. 729-731; Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, s. 207 vd.; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, s. 78 vd.; Kanadoğlu, *Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, s. 124 vd. Bu bağlamda ileri sürülen yapılandırılmış dengeleme testleri için bkz. Brems, "Conflicting Human Rights", s. 303 vd.; Smet, *Resolving Conflicts between Human Rights*, s. 142 vd.; Sullivan, "Gender Equality and Religious Freedom", s. 821-823; Kosaş, "Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic", s. 376-377.

fazla kişinin menfaatleri arasında bir çatışma gerçekleştiğinde, öncelikle bu menfaatlerin anayasal hakların ve pozisyonların kapsamına girip girmediği incelenir. Eğer her iki tarafın da çatışan menfaatleri, anayasal hakların kapsamına giriyorsa bu durumda, ölçülülük ilkesine başvurulur. Yasa koyucu, özellikle olguda gerçekleşen çatışmaları düzenleyerek çözer. Yasa koyucunun geniş kural koyma kapasitesi dikkate alındığında, yasa koyucu çatışan menfaatleri, anayasal değerleri, anayasal pozisyonları ve anayasal hakları en büyük ölçüde birbirine uyumlulaştırabilen organ olarak gün yüzüne çıkar. Bu bakımdan, yasama organının yaptığı uyumlulaştırma ve çatışma çözümüne pratik uyum ya da olabildiğince dikkatli/ölçülü bir uyumlulaştırma da denebilir. Yasama organının yaptığı uyumlulaştırma veyahut dengeleme soyut ve geneldir. Yargı ve yürütme organlarının ve anayasa mahkemelerinin yaptığı dengeleme daha ziyade somuttur ve vakanın koşullarına özgüdür. Bu bağlamda, anayasa mahkemeleri, genel olarak menfaatlerin uyumunu gerçekleştirmekten ziyade, somut vakada oluşan normatif argümanlar çerçevesinde çatışan anayasal hak taleplerinden birisini tercih eder.

1.4.1.3. Ölçülülük İlkesinin Pratik ve Dogmatik Sorunları

Ölçülülük ilkesinin uygulaması, anayasal hakların yükümlüsü olan devletin organlarına göre değişmektedir ve değişmesi gerekmektedir.⁹⁹¹ Almanya’da 19. yüzyılda kolluk hukukunda uygulanmaya başlanan ölçülülük ilkesinin (nüvelerinin), 1950’lerde ve 1960’larda temel olarak yürütmenin eylemleri ve yargının kararları için uygulandığı düşünülmektedir. Bu bağlamda, yasama organının ölçülülük ilkesine olan bağlılığı diğer organlara göre daha zayıftır. Zira oluşan Nasyonal Sosyalist yönetimden yürütme ve yargı organlarının yasama organından daha fazla sorumlu olduğu kabul edilmiştir.⁹⁹² Bu bağlamda, vakalarda uygulanan ölçülülük kriteri/inceleme kriterleri, temel olarak mahkeme kararlarına karşı geliştirilen kriterlerdir. Ölçülülük ilkesi, en başından itibaren yasama organına karşı yöneltilmemiş, yürütme ve yargı erkleri tarafından somutlaştırılan normların anayasal denetiminin nesnesi haline gelmiştir. FAYM, 1970’li yıllara kadar, Bonn Anayasası sonrası çıkan kanunlar üzerinde kayda

⁹⁹¹ Michael, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept”, s. 51; Sebastian Seedorf, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung”, **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 139; Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 173.

⁹⁹² Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 3.

değer bir inceleme yapmamıştır.⁹⁹³ 70'li yılların sonuna kadar, FAYM'ın oluşturduğu içtihatlarda, orantılılık ilkesinin yasama organına karşı kullanımına nadiren rastlanmıştır.⁹⁹⁴ Bu ayrımın günümüzdeki uygulamaya da sirayet ettiği görülmektedir. Bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin uygulaması, genel-soyut bir normun ölçülülüğü ile birel-somut normun ölçülülüğü olarak ikiye ayrılır.⁹⁹⁵ Anayasa-altı mevzuatta yer alan bir norma uygulanan ölçülülük ilkesi, bu normun uygulamasını teşkil eden bir yargı kararına veya idari karara uygulanan ölçülülük ilkesinden farklılık arz eder. Birel-somut norm söz konusu olduğunda, anayasallığı incelenen yalnızca normun kendisi değildir. Burada normun anayasaya uygunluğu ve ölçülülüğü, normun somutlaştırılması ile meydana gelen ilgili olgular ve usuller çerçevesinde ele alınır. Bu vaka bazlı incelemede, ölçülülük incelemesi sübjektif hak korumasına hizmet eder. Ancak incelenen genel-soyut bir norm olduğunda, ölçülülük testi, objektif hukuk amaçlarına hizmet eder. Çünkü burada ölçülülük ilkesi, belirli bir olgu veya somut bir usule yönelmez.⁹⁹⁶

Genel-soyut normun ölçülülüğünde, vurgu orantılılık ilkesine kayar. Burada elverişlilik ve gereklilik incelemeleri ortadan kalkar. Zira bu alt ilkeler olgu odaklıdır ve olguların ve sabit senaryoların bilinmesini gerektirir. Bir yargı kararına nazaran bir kanun, elverişlilik ve gereklilik açısından incelenmeye daha az elverişlidir. Birel-somut normda ise hakka gerçekleştirilen müdahalenin olguları belirlidir ve bu olgulara bağlı olan amaç-araç ve hukuki menfaatler kesin olarak belirlenebilir. Genel-soyut normda, normun somutlaştırılmadan önceki hali incelenir ve normun somutlaştırılması bir hipotez ve tahmin olarak kalır. Bu da, yasaların ölçülülük denetimini yalnızca bir orantılılık testine dönüştürür.⁹⁹⁷ Burada ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanan bir gerilim de söz konusudur. Dengeleme yapmaya yetkili olan organ yasama organı mıdır, yoksa anayasa mahkemesi midir? Bu sorun, aslında 1976 yılında Schlink⁹⁹⁸ tarafından ele alınmıştır. Schlink anayasa mahkemesinin ne zaman yasama organının değer yargılarına olan müdahalesini meşrulaştırabileceğini göstermeye çalışmıştır.⁹⁹⁹

⁹⁹³ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 13-14.

⁹⁹⁴ Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle**, s. 138 vd.; Petersen, **Proportionality and Judicial Activism**, s. 87 vd.; Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 168.

⁹⁹⁵ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 5.

⁹⁹⁶ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 9-10.

⁹⁹⁷ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 14; Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", s. 168. Aksi yönde bkz. Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 140.

⁹⁹⁸ Schlink, **Abwägung im Verfassungsrecht**, s. 192 vd.

⁹⁹⁹ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 14-15.

Bununla birlikte uygulama Schlink'in kabul ettiği şekilde gelişmemiş, orantılılık ilkesinin kullanımı özellikle 1970'lerden sonra Almanya'da daha da artmıştır.¹⁰⁰⁰

Ancak özellikle ceza hukuku alanında FAYM'in orantılılık testini uygulamama iradesi söz konusudur.¹⁰⁰¹ FAYM, ikamet hukukuna ilişkin bir düzenlemenin özel olarak incelenmesi bağlamında, bir ceza kanunu hükmünün anayasaya uygun olup olmadığına incelenmesinin her halükarda "orantılılık ilkesine dayanmaması" gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰² Bir başka vakada ise "cezalandırılabilir davranışların kapsamını, bireysel durumu dikkate alarak bağlayıcı bir şekilde tanımlamanın ilke olarak yasama organının sorumluluğunda olduğunu" vurgulamıştır. Buna göre, FAYM, yasama organının en uygun, makul veya adil çözümü bulup bulmadığına ilişkin kararını denetleyemez; FAYM, sadece ceza hükmünün Anayasa hükümleriyle maddi olarak tutarlı olmasını ve yazılı olmayan anayasal ilkelere ve Anayasa'nın temel kararlarına uygun olmasını sağlamak zorundadır.¹⁰⁰³ Goeckenjan'a göre, ölçülülük standardı, yasa yapma yetkisini anlamlı bir şekilde sınırlandırmak için yeterli değildir. Ölçülülük ilkesi, her şeyden önce, rasyonel tartışmaları yönlendirebilecek, ancak kendisinden hiçbir maddi karar alma sonucunun çıkarılamayacağı biçimsel bir araçtır. Ölçülülük ilkesinin kapasitesinin son derece sınırlı olması nedeniyle, bu ilkenin yerini ceza hukukuna özgü başka standartların alması ya da en azından başka değerlendirmelerle desteklenmesi gerekmektedir.¹⁰⁰⁴

Genel-soyut bir normun incelemesinde, amaç tarafından gözetilen ve araçlarla müdahale edilen hukuki menfaatlerin yeterince kesin makul bir ilişki içine girebileceği somut vaka yapısının eksikliği söz konusudur. Yasama organının, daha sonraki fiili senaryoları önceden varsayımsal bir şekilde öngörmesi pek mümkün gözükmemektedir. Yasama organının norm yaratması, *ex ante* bir olgudur. Ölçülülük ilkesi ise bir *ex post* kontrol öngörür. Ölçülülük ilkesi yasama organının değil, yargı organının/anayasa mahkemesinin kurumsal karar alma durumunu varsayar. Bu bakımdan, ölçülülük ilkesinin norm yaratma sürecine rehberlik edebilecek bir standarda dönüşmesi halen

¹⁰⁰⁰ Petersen, **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle**, s. 141 vd.; Petersen, **Proportionality and Judicial Activism**, s. 91 vd.

¹⁰⁰¹ Goeckenjan, "Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", s. 187.

¹⁰⁰² BVerfG, **NVwZ**, 1989, pp. 951-952, s. 951-952 - Räumliche Beschränkung des Aufenthalts von Asylbewerbern.

¹⁰⁰³ BVerfGE 90, 145 (173) - Cannabis [1994].

¹⁰⁰⁴ Goeckenjan, "Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", s. 187-188.

sorunsuz değildir. Ancak her halükârda ölçülülük ilkesi yasama organını amaç-araç ilişkisini sağlamaya, yani seçilen aracı kendisiyle ulaşılmak istenen amaca göre gerekçelendirmeye zorlar. Yine de, siyasi sürecin ve yasama prosedürünün doğasında var olan rasyonellikler göz önünde bulundurulduğunda, münferit durumlarda bu her zaman kolay değildir.¹⁰⁰⁵ Bunun nedeni, ya normun bu deneyimin/olgusunun henüz mevcut olmadığı bir zamanda incelemeye tabi tutulması ya da çok sayıda faktör nedeniyle fiili sonuçların ortaya çıkması ve böylece söz konusu genel-soyut yasal tedbirin bunda ne gibi somut bir rol oynadığının şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenememesidir.¹⁰⁰⁶ Bu bakımından, yürütme veya yargıya nazaran yasama organının daha fazla takdir alanının bulunduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁰⁷ Özellikle iş piyasası, sosyal ve ekonomik düzen alanlarında, yasama organı, yasama hedeflerine ulaşmak için hangi önlemleri uygun gördüğü konusunda geniş kapsamlı bir değerlendirme ve öngörü ayrıcalığına sahiptir.¹⁰⁰⁸

Nihayetinde ölçülülük ilkesi, bir yandan yasama organını amaç-araç ilişkisi kurmaya, diğer yandan da anayasa mahkemelerini yalnızca yasama organının seçtiği hedeflerle ilgili sınırlı bir denetim yapmaya zorlamaktadır. Bu bir taraftan siyasetin önceliğini dikkate alır, çünkü gerçekten siyasi bir mesele olarak yerindelik hukuki denetime tabi değildir. Öte taraftan, yasama organından, tedbirlerini gerekçelendirmek için mahkemenin incelemesine katılması ve buna bağlı olarak hukuki incelemeye hazır materyallere sahip olması beklenir. Bu bağlamda, anayasa mahkemeleri yasama organının değerlendirme ayrıcalığına ve yasama sürecinin usule ilişkin kısıtlamalarına saygı göstermelidir.¹⁰⁰⁹

Reimer, burada genel-soyut normlar için farklı bir kriterin geçerli olabileceğini ileri sürer. Reimer'a göre, genel-soyut normların ölçülülüğünün denetimine yönelen en önemli ölçülülük kriteri amaç ile araç arasındaki tutarlılık/bağdaşıklık (*Folgerichtigkeit*) ilişkisidir. Orantılılık, müdahale (seçilen araçlarda var olan) ve amaç arasındaki değer ilişkisiyle ilgiliyken, tutarlılık araç ve amaç arasındaki araçsal bir ilişkiye atıfta bulunur. Burada söz konusu olan amacın müdahaleye değip değmeyeceği değil,

¹⁰⁰⁵ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 22; Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 141.

¹⁰⁰⁶ Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 141.

¹⁰⁰⁷ Michael, "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept", s. 51-52.

¹⁰⁰⁸ BVerfGE 103, 293 (307) - Urlaubsanrechnung [2001]; Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 142.

¹⁰⁰⁹ Lepsius, "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", s. 22-23.

araçların amaca tutarlı bir şekilde hizmet edip etmediğidir.¹⁰¹⁰ Böylece, kurumsal olarak, bir tutarlılık gerekliliğinin tesis edilmesi, yasama organının yargı tarafından daha da sıkı kontrol edilmesine yol açacak ve bu da yasama sürecindeki rasyonellik beklentilerini daha da artıracaktır.¹⁰¹¹

Seedorf ise yasama organının ve dolayısıyla genel-soyut normların ölçülülüğünün incelenmesinde farklı ek kriterlerin belirlediğini ileri sürer. Seedorf'a göre, genel-soyut normlar söz konusu olduğunda, yasama organının meşru amacı tespitinde idarenin/yürütmenin yasaya olan bağlılığının ve yürütme organına tanınan takdir alanının sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Diğer yandan içtihat hukukunun belirsizlik standartlarını ve genel-soyut düzenlemelerle ilişkili olan genelleme veya tipikleştirme ihtiyacını dikkate alması gerekir.¹⁰¹² İlk olarak, belirsiz olduğu kabul edilen tahmini varsayımlar en azından şeffaf hale getirilmelidir. Tahminler, "gösterilebilen ve gösterilmesi gereken"¹⁰¹³ ve yargı denetimine uygun olan bir olasılık yargısı içerir. Bu nedenle yasama organının, belirli bir tahminde bulunmasına yol açan varsayımları anlaşılır bir şekilde ortaya koyması gerekir. Böylece bu varsayımlar, bir normun yürürlüğe girdiği tarihte ölçülü olup olmadıkları açısından geriye dönük olarak da incelenebilir. Daha sonra yasama organının elde edilebilir materyalin uygun ve haklı bir değerlendirmesine yönelik yönelmediği ve düzenlemesinin olası etkilerini mümkün olduğunca güvenilir bir şekilde tahmin edebilmek için erişebileceği bilgi kaynaklarını tüketip tüketmediği incelenir. Yasama organı, aslında "daha çok usule yönelik"¹⁰¹⁴ olan bu gerekliliklere riayet ederse, maddi gerekçelendirilebilirlik şartını yerine getirmiş olur.¹⁰¹⁵ İkinci olarak, yasa koyucu, tahminlerinin daha da gelişmesine yol açan olguları gözlemlemek, bunları düzenli olarak gözden geçirmek ve sapmalar olması halinde ayarlamalar yapmakla yükümlüdür. Yasama organı ancak tahminlerinin değerlendirilmesinde başlangıçtaki cömertliği sayesinde politika oluşturma kapsamını etkin bir şekilde kullanabilir. Ancak daha sonra, yasama organının seçilen yolda öngörülebilir gelecekte istenen hedefe ulaşıp ulaşılamayacağını incelemesi gerekir. Bir normun mevcut durumda yasama hedefine ulaşmaya uygunluğunu tamamen yitirdiği tespit

¹⁰¹⁰ Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", s. 73-74.

¹⁰¹¹ Reimer, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", s. 74.

¹⁰¹² Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 139.

¹⁰¹³ BVerfGE 73, 40 (92) - 3. Parteispenden-Urteil [1986].

¹⁰¹⁴ BVerfGE 50, 290 (333) - Mitbestimmung [1979].

¹⁰¹⁵ Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 143-144.

edilebilirse, normun elverişliliği muhtemelen geriye dönük olarak da sona erecektir.¹⁰¹⁶

Değerlemenin ve dengelemenin dil aracılığıyla devam ettiği her yerde olduğu gibi ölçülülük ilkesinin uygulanmasında da belirsizliklerin olduğunu kabul etmek gerekir. Çatışan yasal menfaatlerin tartımında kendini gösteren sosyal çatışmaların alanı geniş olabilmektedir. Bu itibarla, ölçülülük ilkesine yönelen hukuki kesinlik itirazı göz ardı edilemez.¹⁰¹⁷ Önceki kararda uygulanabilir olan ölçülülük standardı olarak formüle edilen kriter, bir sonraki kararda güncelliğini yitirmiş, güncellenmesi veya tamamlanması gereken bir kriter olarak görülebilmektedir. Bu bağlamda, anayasa mahkemeleri veya AİHM, bir yasama tedbirinin ölçülülüğünün daha güvenilir ve kesin bir şekilde nasıl ölçülebileceğine dair sürekli olarak yeni maddi veya usuli kriterler öngörmüştür. Bu eğilim, hem kazuistik hem de dogmatik bir yaklaşımın içkin mantığına karşılık geldiğinden, öngörülebilir bir gelecekte sona ermeyecektir.¹⁰¹⁸ Anayasa yargısının güçlü yanlarından biri olan tepki esnekliği, yasama organının konumunu zayıflatmaktadır. Anayasa mahkemeleri tarafından ölçülülük ilkesinden türetilen yasama faaliyeti programının, yasama organı tarafından güvenilir bir şekilde tahmin edilmesi zorlaşır. Neredeyse hiç kimse yasama organının somut olarak ilgili ölçülülük gerekliliklerini yerine getirip getirmediğini güvenilir bir şekilde söyleyemeyecektir. Standartların *ex post facto* olarak belirlenmesi, bir yandan medyada artan parti rekabeti, diğer yandan siyasi eylemin anayasallaşması koşulları altında rekabet etmek zorunda olan bir yasa koyucu için büyük bir zorluktur.¹⁰¹⁹ Ancak ölçülülük ilkesinin uygulanmaması ve bir şeylerin tartılmadan değerlendirme yapılabilmesi de mümkün gözükmemektedir.¹⁰²⁰ Nitekim yukarıda ölçülülük ilkesi bakımından gerçekleştirilen olgusal sorun-hukuki sorun ayrımı, anayasal sorunlarla ilgilenen mahkemelerin gerekçelendirmelerini ve argümantasyonlarını kolaylaştırır. Elverişlilik ve gereklilik incelemesi yalnızca belirli bir vaka çerçevesinde gerçekleştirilebilir ve olguları ele alır. Orantılılık ilkesi ise normatif sorunları ele alır. Özellikle olguların değerlendirilmesinde anayasa mahkemeleri, olguları tek başına değil, derece mahkemelerinin kararlarına ve yasama sürecinin

¹⁰¹⁶ Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 144.

¹⁰¹⁷ Andreas von Arnould, "Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 291.

¹⁰¹⁸ Matthias Jestaedt, "Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß: Gesetzgebung angesichts der Vielfalt der Rationalitäten und des Eigenwert des politischen Kompromisses", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 298.

¹⁰¹⁹ Jestaedt, "Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß", s. 298-299.

¹⁰²⁰ Arnould, "Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit", s. 291.

sağladığı materyallere bağlı olarak bir değerlendirme yapar. Bu durum, anayasa mahkemelerinin özerk denetim yetkisini de belirli ölçüde sınırlar.¹⁰²¹ Bu aynı zamanda anayasa hukukunun disiplinler arası sorun ve bulguları dikkate almasını gerektirir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi kendisini daha çok disiplinler arası bir köprü kavram olarak sunmalı ve sosyal bilim araştırmalarıyla bağlantı kurulmasını sağlamalıdır.¹⁰²² Dengeleme somut menfaatler çerçevesinde gerçekleştirilirse ve hangi hukuki pozisyonların dengeleneceği belirlenirse, anayasa mahkemelerinin kararlarının şeffaflığı ortaya çıkar ve bu kararların yorumlanması kolaylaşır. Burada, tüm anayasal haklar veya tüm anayasa temelinde dağınık bir genel dengelemenin yapılmaması gerekir. Böylece yapılacak dengelemenin çerçevesi sınırlanmış olur.¹⁰²³

Ölçülülük ilkesinin, normun/norm metninin yaratımı için değil, normun uygulanması için geliştirilen bir standart olduğu dikkate alındığında, burada ölçülülük ilkesinin yasama erkine uygulanıp uygulanmayacağı değil, nasıl uygulanacağını belirlemek gerekir. Nitekim ölçülülük ilkesinin uygulanmasındaki bu farklılığın FAYM tarafından da yansıtılması söz konusudur. Yasama organına uygulanan ölçülülük ilkesi, ilk olarak (müdahalenin) amacını belirleme konusundaki temel yasama serbestisini, ikinci olarak öngörü, değerlendirme ve düzenleme alanını, üçüncü olarak gözlem ve düzeltme konusundaki yasama görevini, dördüncü olarak planı takip etme/tutarlılığı sürdürme konusundaki yasama görevini ve beşinci olarak da tipleştirme konusundaki yasama görevini imler.¹⁰²⁴

Bunların yanı sıra uygulamada, usuli ölçülülük ilkesinin de geliştirildiği görülmektedir. Ölçülülük incelemesi, seçilen araçlar ile amaçlar arasında ve çıkar çatışmasının özüne ilişkin bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Hâkim, hangi menfaatlerin tehlikede olduğunu ve bu menfaatlere ilişkin argümanlara ne kadar ağırlık verilmesi gerektiğini belirlemelidir. Mahkemeler bu değerlendirmeyi, demokratik olarak seçilmiş veya siyasi olarak sorumlu tutulabilecek organlara bırakabilmektedir.¹⁰²⁵ Bununla

¹⁰²¹ Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 23, 33.

¹⁰²² Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 40.

¹⁰²³ Lepsius, “Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, s. 24.

¹⁰²⁴ Jestaedt, “Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß”, s. 294-295.

¹⁰²⁵ Leontine Marieke Huijbers, **Process-based Fundamental Rights Review: Practice, Concept and Theory**, Cambridge, Intersentia, 2019, s. 288 vd.; Gerards, “The Age of Balancing Revisited?”, s. 17; Johannes Buchheim, “Angemessenheit als prozedurales Kriterium? Phänomen und normativer Beweggrund prozeduralisierender Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht”, **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 79 vd.; Yılmaz, **İnsan Haklarında Faydacı Teori**, s. 124-125.

birlikte bu kararı veren ve dengelemeyi yapan makamlar, belirli grupların veya kişilerin menfaatlerini veyahut anayasal haklara ilişkin belirli standartları görmezden gelebilir ya da gözden kaçırabilir. Bu durumda, mahkemeler, kendi ölçülülük incelemesini yapmak yerine, yapılan ölçülülük incelemesinin kusurlu olup olmadığını ve tüm anayasal gereklilikleri karşılayıp karşılamadığını inceler. Böylece mahkemeler usuli bir ölçülülük incelemesi yapmış olur.¹⁰²⁶ Burada, anayasal haklar ile çelişki içerisinde bulunabilecek bir düzenleme/önlem/müdahale söz konusu olduğunda, buna karar veren organın anayasal hakları, anayasal gereklilikleri ve bu konuda verilmiş önceki içtihatlarda belirtilen standartları yeterli ölçüde dikkate alıp almadığı incelenir. Bu kararı veren organının/kamu makamlarının gerekli özeni göstermesi, bu anayasal gerekliliklerin yerine getirildiğinin kabulü için yeterli olmaktadır. Bu bağlamda, mahkemeler özgün bir ölçülülük denetimi yapmak yerine ilgili organlar/kamu makamları tarafından yapılan ölçülülüğün dikkate alması gereken standartları değerlendirip değerlendirmediyi ve gerekli özeni gösterip göstermediğini inceler.

Netice itibarıyla anlaşılmaktadır ki, ölçülülük ilkesi, uygulamada tek bir doğru çözüme izin vermez ve yasama organının yasama yetkisini geçersiz kılacak ölçüde optimizasyonunu sağlamaz. Nitekim ölçülülük ilkesi, iddia edildiği üzere¹⁰²⁷ mevcut uygulandığı haliyle -gereklilik ilkesi tetiklenmedikçe- çatışan anayasal değerler arasındaki optimal/pratik uyuşumu da sağlamamaktadır. Anayasal değerler arasındaki her pratik uyum aynı zamanda ölçülü iken, her ölçülü olan müdahale pratik uyuşumu sağlamaz.¹⁰²⁸ Zira elverişlilik ilkesi yalnızca negatif anlamda uygulanmakta ve dengeleme yalnızca çatışan bir değeri tercih etmektedir.¹⁰²⁹ Dogmatik olarak bu uyuşumu sağlayacak bir ölçülülük ortaya konmaya çalışılsa bile, pratikte bu ilke bu şekilde işlememektedir. Aynı şekilde, anayasal haklar ile bu hakların sınırlandırılması arasındaki kural-istisna ilişkisinin ölçülülük ilkesi temelinde oluştuğu söylenemez.¹⁰³⁰

¹⁰²⁶ Huijbers, **Process-based Fundamental Rights Review**, s. 110 vd.; Gerards, “The Age of Balancing Revisited?”, s. 17.

¹⁰²⁷ von Arnould, “Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit”, s. 287-288.

¹⁰²⁸ Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, s. 576; Guckelberger, “Verfassungsimmanente Schranken”, Rn. 68. Aksi yönde bkz. Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 170.

¹⁰²⁹ Gerards, burada negatif anlamda uygulanan elverişlilik testi ile tamamen elverişlilik arasında bir elverişlilik testinin benimsenmesi gerektiğini belirtir. Buna göre, devletin amacı yerine getirmek için başvurduğu aracın elverişlilik derecesi, vakanın koşulları ve müdahale edilen hakkın niteliğine göre belirlenebilir. Bkz. Gerards, “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, s. 475-476. Benzer yönde bkz. Christoffersen, **Fair Balance**, s. 191.

¹⁰³⁰ Ölçülülük ilkesinin kural-istisna ilişkisi kurduğu yönünde bkz. von Arnould, “Zur Rhetorik

Ölçülülük ilkesi ile anayasa mahkemeleri ve Sözleşme organları, şikâyet edilen sınırlamanın, tamamen elverişsiz veya ölçüsüz olup olmadığını incelemekte ve denetlemektedir. Bu bağlamda, mahkemeler anayasal haklar ile sınırlama kłozları ve çatışan anayasal değerler arasında bir adil denge veya bir ölçü bulmaktan ziyade, gerçekleştirilmiş olan sınırlamanın elverişsiz, gereksiz veya ölçüsüz olup olmadığını incelemektedir.¹⁰³¹ Anayasal haklara gerçekleştirilen sınırlamalar tamamen elverişsiz olursa elverişlilik ilkesi¹⁰³²; daha az sınırlayıcı başka araçların mevcut olduğu açıkça ortaya konabilirse gereklilik ilkesi¹⁰³³ sınırlamalara bir sınır koyar.¹⁰³⁴ Ölçülülük ilkesinin temel anlamı, anayasal hakların “aşırısı” bir şekilde sınırlanmamasını güvence altına almaktır.¹⁰³⁵ Bu bakımdan, ölçülülük (orantılılık) ilkesi aslında tartılan ve karşılaştırılan değerler arasındaki hassas bir dengeyi ve dengelemeyi ifade etmez. Açıktır ki, tartılan değerler arasında ortaya çıkan dengesizliğin ve orantısızlığın kamu makamları ve özellikle anayasa mahkemeleri/AİHM nezdindeki tespiti için bu dengesizliğin ve orantısızlığın sarıh, gözle görülebilir ve tespit edilebilir olması gerekir. Aşırılık yasağının ihlali, amaçlar ve araçlar arasında bariz orantısızlık olması durumunda söz konusu olur.¹⁰³⁶

Anayasal sistemler, ölçülülük meşrulaştırma aracını kullansa da, bunu anayasal kültürü çerçevesinde kendi yorumladığı şekilde uygulamaktadır. Kimi anayasal sistemler, orantılılık alt ilkesini önemli bir argüman olarak benimserken, kimisi de çoğunlukla gereklilik alt ilkesine dayanır.¹⁰³⁷ Dolayısıyla burada, ölçülülük ilkesinin farklı anayasal sistemler arasında standartlaştırma etkisi olmasından ziyade, ölçülülük

der Verhältnismäßigkeit”, s. 281-282, 287.

¹⁰³¹ Starck, “Artikel 1”, s. 144; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 218-219.

¹⁰³² BVerfGE 16, 147 (181) - Werkfernverkehr [1963]; BVerfGE 19, 119 (126-127) - Coupons-teuer [1965].

¹⁰³³ BVerfGE 25, 1 (19-20) - Mühlengesetz [1968]; BVerfGE 30, 292 (319) – Erdölbevorratung [1971]; BVerfGE 37, 1 (21) - Weinwirtschaftsabgabe [1974].

¹⁰³⁴ Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 60.

¹⁰³⁵ Stern, “Einleitung”, s. 63.

¹⁰³⁶ Bodo Pieroth - Bernhard Schlink, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 12. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, s. 76; Albrecht, **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab**, s. 73; Lerche, **Übermaß und Verfassungsrecht**, s. 348; Poscher, “Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, s. 157, 183-184. Farklı gerekçelerle ve fakat aynı yönde bkz. Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 101; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 106; Poscher, “The Principles Theory”, s. 232. Köküarı, yasama organının AYM tarafından denetiminde buna benzer bir kriter belirler. Bkz. Köküarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 142-143. Aksi yönde bkz. Gallwas, **Grundrechte**, s. 115.

¹⁰³⁷ Schlink, “Proportionality (1)”, s. 732 vd.

ilkesinin, anayasal sistemlerin paylaştığı ve ayırıcına vardıkları bir standart olduğunu kabul etmek daha yerindedir.¹⁰³⁸

1.4.2. Hakkın Özüne Dokunma Yasağı

Hakkın özüne dokunma yasağı teoride Weimar döneminde özellikle kurumsal hak teorisiyle birlikte gelişen¹⁰³⁹ ve pratikte ölçülülük ilkesinin benimsenmesinden önce savaş sonrası Avrupa anayasalarında ortaya çıkan¹⁰⁴⁰ ve hakka müdahale eden devlet organlarının, müdahaleden kaçınmalarını gerektiren bir alandır. Alman Anayasası Madde 19/2’de, 1961 tarihli Türk Anayasası Madde 11’de ve 2001 değişikliğinden sonra Türk Anayasası Madde 13’te hakkın özüne dokunma yasağı düzenlenmiştir. AİHS metninde yer almasa da AİHM, erken dönem kararlarında, müdahalenin bir sınırı olarak hakkın özüne dokunma yasağını dile getirmiştir.¹⁰⁴¹ Bunun yanı sıra, hakkın özüne dokunma yasağı, devletleri de hak ve özgürlükleri yok etmeme yükümü altına sokan AİHS Madde 17’ye dayandırılmaktadır.¹⁰⁴² Burada önemli olan, anayasa yargısında ölçülülük ilkesinin benimsenmesinden sonra hakkın özüne dokunma yasağının konumudur.

Öncelikle hakkın özünün bireysel (sübjektif) veya genel/kurumsal (objektif)

¹⁰³⁸ Schlink, “Proportionality (1)”, s. 736.

¹⁰³⁹ Klaus Stern, “Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 843 vd.; Peter M. Huber, “Artikel 19”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1818-1819. Anna Leisner-Egensperger, “Wesensgehaltsgarantie”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 592; Michael Kloepper, “Einrichtungsgarantien”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 924 vd.; Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten”, s. 208 vd.; Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164 vd.; Albert Hensel, “Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 316.

¹⁰⁴⁰ Stern, “Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte”, 838-839; Takis Tridimas - Giulia Gentile, “The Essence of Rights: An Unreliable Boundry?”, **German Law Journal**, Vol. 20, 2019, pp. 794-816, s. 795 vd.; Huber, “Artikel 19”, s. 1819; Leisner-Egensperger, “Wesensgehaltsgarantie”, s. 592.

¹⁰⁴¹ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 5.

¹⁰⁴² Sébastien Van Drooghenbroeck - Cecilia Rizcallah, “The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?”, **German Law Journal**, Vol. 20, 2019, pp. 904-923, s. 907-908. Ayrıca bkz. *Regner v. the Czech Republic*, App. No. 35289/11, GC Judgment of 19 September 2017, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Lazarova, Trajkovska and López Guerra, para. 50; *Navalny v. Russia*, App. No. 29580/12 and 5 Others, GC Judgment of 15 November 2018, Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judges Pejhal, Dedov, Ravarani, Eicke and Paczolay. Krş. Christoffersen, **Fair Balance**, s. 138.

olarak ele alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Bireysel yaklaşımda, hakkın özü, bir vakada yalnızca bir hak sahibi için devletin müdahalesi bakımından ele alınır. Bu bağlamda, bir hak sahibinin anayasal hakkının özüne dokunan bir müdahale/önlem yasaktır. Genel yaklaşımda ise hakkın özüne dokunma yasağı, anayasal hakkı sınırlandıran yasa koyucuyu bağlayan bir yasaktır. Burada, bir hak sahibinin bir yasanın uygulanmasından dolayı gündeme gelen anayasal hakkı değil, genel ve soyut olarak bir yasanın bir anayasal hakkın özüne dokunması engellenir. Diğer bir deyişle, hakkın anlamını, yalnızca bir kişi için değil herkes için kaybetmesi gerekir.¹⁰⁴³ FAYM da bu tartışmaya değinmiş ve fakat cevabını açık bırakmıştır.¹⁰⁴⁴ Bununla birlikte, Mahkeme, bireysel ve genel hakkın özü görüşlerini bir arada kullanarak iki görüşün birlikte uygulanabilirliği de ortaya çıkmıştır.¹⁰⁴⁵ Gerçekten de bireysel hakkın özü teorisi ve genel/kurumsal hakkın özü teorisi, aslında birbirlerini dışlayan yaklaşımlar değildir. Zira genel/kurumsal hakkın özü teorisi, bireysel hakkın özü teorisinde olduğu gibi hakkın özünün korumasını görelileştirmez ve fakat güçlendirir. Bu bağlamda, her iki yaklaşımın da geçerli olduğunu kabul etmek daha yerindedir.¹⁰⁴⁶ Kamusal sübjektif hak olarak anayasal haklar, anayasal hakların objektif boyutundan doğar.¹⁰⁴⁷ Bundan zorunlu olarak, anayasal hakların özüne yapılan her müdahalenin sübjektif hakkı da etkilediği sonucu çıkar. Objektif teori, en başından itibaren anayasal hakların özünü bir sübjektif hak olarak da korur.¹⁰⁴⁸ Nitekim hakkın özü yasağının her üç devlet erki için de geçerli olduğu kabul edildiğinde, bu iki teorinin bir arada kabul edilmesinden başka bir

¹⁰⁴³ Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", 868-869; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 476; Huber, "Artikel 19", s. 1833-1836; Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 598-600; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 68-69; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 40-41; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 76-77; Michael Sachs, "Art. 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 735-736; Kay Windthorst, "Art. 19", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Chrisoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 299-300; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 56-57; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 268-269; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 193; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 189; Stein - Frank, **Staatsrecht**, s. 244-245; Gerhard van der Schyff, "Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective", **Conflicts Between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 133; Van Drooghenbroeck - Rizcallah, "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights", s. 912-913.

¹⁰⁴⁴ BVerfGE 2, 266 (284-285) - Notaufnahme [1953].

¹⁰⁴⁵ Bkz. BVerfGE 31, 58 (69) - Spanier-Beschluß [1971].

¹⁰⁴⁶ Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 601-602. Krş. Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 109.

¹⁰⁴⁷ Sachs, "Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte", s. 508 vd.

¹⁰⁴⁸ Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", 869.

seçenek yoktur. Hakkın z yasağının muhatabı, yürütme ve yargı organlarının yanı sıra özellikle yasama organıdır.¹⁰⁴⁹

Genel hakkın özü görüşü, bireysel olarak ele alınamayan bazı anayasal hakları açıklamaya yardımcı olur. Sözgelimi yaşam hakkının, gündeme gelebilmesi için kural olarak¹⁰⁵⁰ kişinin yaşamının sona ermesi gerekmektedir. Yaşam hakkının konusunun kişinin yaşamından ibaret olması, bireysel hakkın özü görüşü kabul edildiğinde, hakkın özü yasağının yaşam hakkına uygulanamamasına yol açmaktadır. Genel hakkın özü görüşü, bu yasağı sadece yasama organına yükler ve yasaların denetimini soyut bir şekilde gerçekleştirir.¹⁰⁵¹ Ancak her bir anayasal hakkın sınırlandırılabilirlik yapısının farklı olduğunu kabul etmek gerekir. Burada, hakkın kapsamında yer alan menfaatlerin, hukuki pozisyonların ve hakkın içeriğinin sınırlandırılabilirliği (*einschrnkbar*) ile yoksun bırakılabilirliği (*entziehbar*) arasında bir ayırım yapmak gerekir. Hakkın yapısı gereği, hak sahibinin hakkın içeriğinden yoksun bırakılabildiği anayasal haklar için mutlak hakkın özü uygulanamaz. Genel olarak yaşam hakkına yapılan bir müdahalede hak sahibinin yaşamından yoksun kalması gerektiğinden, yaşam hakkı için bireysel/sübjektif hakkın özüne dokunma yasağı uygulanamaz.¹⁰⁵²

Hakkın z ile ilgili tartışmalı diğer bir husus ise hakkın özü yasağının göreceli bir şekilde veya mutlak bir şekilde uygulanacağına ilişkindir. Mutlak hakkın özü yasağına göre, bir hakkın özüne, hiçbir şekilde dokunulamaz. Hakkın z, kamu gücünün geçemeyeceği son alandır. Bu bağlamda, hakkın özü, vaka bazlı olarak değil, daha sabit bir şekilde belirlenir. Bununla birlikte, bir hak bakımından neyin dokunulmaz alan olduğu belirli değildir. Bu belirleme büyük ölçüde çok yoğun bir sınırlamaya göre yapılır.¹⁰⁵³ Göreli hakkın özü yasağında ise hakkın özü, devletin aldığı önlemede izlediği

¹⁰⁴⁹ Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 114.

¹⁰⁵⁰ Bkz. *Krivova v. Ukraine*, App. No. 25732/05, Judgment of 9 November 2010, para. 45.

¹⁰⁵¹ Manssen, **Staatsrecht II**, s. 69.

¹⁰⁵² Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 597-598, 612 vd. Krş. Hillgruber, "Grundrechtsschrnken", s. 1070-1071. Nitekim 1982 Anayasası'nda da ze dokunma yasağından demokratik toplumda gereklilik kriterine geçişte, Kuzu bazı haklara (sözgelimi yaşam hakkına) yapılan müdahalenin kendiliğinden öz yasağını iğnediğine işaret eder. Bkz. Burhan Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 230-231. Benzer yönde bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 388-390.

¹⁰⁵³ Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", 866-867; Huber, "Artikel 19", s. 1828; Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 602; Sachs, "Art. 19", s. 734-735; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 189-190; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 40; Barbara Remmert, "Art. 19 Abs. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Drig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 27 vd.; Andreas Kerkemeyer, "Art. 19 Abs. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 1355; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 76; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 108-109; Manssen,

amaçla tartılan bir etken olmaktadır. Bu bağlamda, daha ağır basan bir meşru amaç mevcutsa, hakkın özüne dokunulmamıştır. Göreli hakkın özü yasağında, hakkın özü, her bir ayrı vakada ayrı ayrı olarak belirlenir. Hakkın özü, ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirilir. Dolayısıyla, göreli hakkın özü yasağında, hakkın özüne dokunma yasağının bir anlamı kalmamaktadır.¹⁰⁵⁴ FAYM, bazı kararlarında göreli hakkın özü görüşünü desteklerken¹⁰⁵⁵, bazı kararlarında mutlak hakkın özü görüşünü desteklemiştir.¹⁰⁵⁶ Bununla birlikte, Alman anayasa hukuk doktrininde baskın olan görüş, mutlak hakkın özünü yaklaşımdır.¹⁰⁵⁷

Benzer sorun Strasbourg organlarının içtihatlarında da gözükmemektedir. *Baka* kararında Mahkeme, hakkın özüne dokunma yasağını, ölçülülük ilkesinden ayrı ve

Staatsrecht II, s. 69; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 54-55; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 191-192; Stein - Frank, **Staatsrecht**, s. 244; Windthorst, "Art. 19", s. 299; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 70; van der Schyff, "Cutting to the Core of Conflicting Rights", s. 133-134; Van Drooghenbroeck - Rizcallah, "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights", s. 907-910; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 138; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 127-128, 327-328. Van Drooghenbroeck/Rizcallah, mutlak hakkın özü görüşünü, radikal ve pragmatik mutlak hakkın özü olarak ikiye ayırır. Buna göre, pragmatik hakkın özü yasağı, ölçülülük ile bağlantılı bir yasaktır. Buna göre, hakkın özüne dokunan her müdahale, ölçüsüz bir müdahaledir. Mahkeme burada dengeleme yapmaksızın, hakkın özüne dokunan bir sınırlamayı tespit ettiğinde bunun ayrıca ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşır (Bkz. *Matelly v. France*, App. No. 10609/10, Judgment of 2 October 2014, para. 75-76'dan aktaran Van Drooghenbroeck - Rizcallah, "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights", s. 911-912). Mutlak hakkın özü yasağında ise önceden, sınırlama bakımından anayasal hakkın özü doğrulanır ve sınırlamanın ölçülülük niteliği değerlendirilir. Van Drooghenbroeck - Rizcallah, "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights", s. 911-912.

¹⁰⁵⁴ Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", 867-868; Huber, "Artikel 19", s. 1828-1829; Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 602, 607-610; Sachs, "Art. 19", s. 735; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 189-190; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 40; Remmert, "Art. 19 Abs. 2", s. 27 vd.; Kerkemeyer, "Art. 19 Abs. 2", s. 1356; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 76; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 108; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 69; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 54-55; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 70; Häberle, **Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 58 vd., 235; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 133-134; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 298-299; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 193; van der Schyff, "Cutting to the Core of Conflicting Rights", s. 134-135; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 138 vd.; Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 127, 327.

¹⁰⁵⁵ *BVerfGE 22, 180 (219)* - Jugendhilfe [1967]; *BVerfGE 27, 344 (351)* - Ehescheidungsakten [1970]; *BVerfGE 58, 300 (348)* - Naßauskiesung [1981]; *BVerfGE 109, 133 (156)* - Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004].

¹⁰⁵⁶ *BVerfGE 7, 377 (411)* - Apotheken-Urteil [1958]; *BVerfGE 80, 367 (373-374)* - Tagebuch [1989]; *BVerfGE 34, 238 (245)* - Tonband [1973].

¹⁰⁵⁷ Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", 867 vd.; Huber, "Artikel 19", s. 1828 vd.; Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 604-605; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 476. Aksi yönde bkz. Kerkemeyer, "Art. 19 Abs. 2", s. 1356.

bağımsız bir sınırın sınırı kriteri olarak belirtmiştir.¹⁰⁵⁸ Nitekim Mahkeme, başvuru-
nun Yüksek Mahkeme Başkanı olarak görevinin zamanından önce sona ermesinin
incelenmemesinin ve bunun bir mahkeme veya yargı yetkisini kullanan başka bir or-
gan tarafından incelenmeye açık olmamasının, Madde 6/1'de güvence altına alınan
mahkemeye erişim hakkının özüne dokunduğunu belirterek ve herhangi ölçülülük de-
ğerlendirmesine girmeden ihlal kararı vermiştir.¹⁰⁵⁹ Ancak pratikte birçok farklı ka-
rarda, Mahkeme'nin metodolojik olarak zayıf gerekçelendirmelerinden dolayı hakkın
özü yasağının bağımsız bir kriter olmadığı ve ölçülülük ilkesine bağlı olduğu görül-
mektedir.¹⁰⁶⁰ Sözgelimi *Rhino* kararında, Mahkeme, başvurucuların derneklerinin fes-
hedilmesini hakkın özünü zedeleyen bir müdahale olarak nitelemesine rağmen ölçü-
lülük incelemesine devam ederek, müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşmış-
tır.¹⁰⁶¹ Bir başka kararda ise müdahalenin ölçüsüz olmadığı için hakkın özüne dokun-
madığını ifade etmiştir.¹⁰⁶² Bu bağlamda, pratikte AİHM'in mutlak hakkın özü yasağını
benimsediği söylenemez. Bunların yanı sıra, AİHM, hakkın özü terimine yalnızca bir
sınırlamanın sınırı fonksiyonunu da yüklemeyiz. Mahkeme, hakların kapsamını geniş-
letirken veya değerlerin önceliğini belirtirken de bu terime başvurmaktadır.¹⁰⁶³

Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında benzer metodolojik zayıflıkları gös-
termektedir. Hakkın özü yasağı ilk olarak 1961 Anayasası'nın metninde, Madde 11'de
yer almıştır. Bu dönemde, hakkın özüne dokunma yasağı, 1963 yılından itibaren Türk
Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararlarında sınırlamanın yerine getirmesi ge-
reken bir gereklilik olarak kendisini göstermiştir.¹⁰⁶⁴ 1982 Anayasası'nda ise hakkın
özü yasağı, Anayasanın ilk halinde yer almamıştır. Bu sebeple, hakkın özü yasağı
80'lerin sonunda ve 90'lı yıllarda oldukça zayıf bir şekilde ve az bir karar topluluğunda
yer almıştır.¹⁰⁶⁵ 2001 değişikliklerinden ve hakkın özü yasağının, ölçülülük ilkesi ile

¹⁰⁵⁸ *Baka v. Hungary*, App. No. 20261/12, GC Judgment of 23 June 2016, para. 120.

¹⁰⁵⁹ *Baka v. Hungary*, App. No. 20261/12, GC Judgment of 23 June 2016, para. 121.

¹⁰⁶⁰ Van Drooghenbroeck - Rizcallah, "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights", s. 910 vd.

¹⁰⁶¹ *Association Rhino and Others*, App. No. 48848/07, Judgment of 11 October 2011, para. 66-68.

¹⁰⁶² *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, App. No. 42527/98, GC Judgment of 12 July 2001, para. 69.

¹⁰⁶³ Bkz. Van Drooghenbroeck - Rizcallah, "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights", s. 913 vd.; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 140 vd.; Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, s. 148.

¹⁰⁶⁴ Bkz. AYM, E.1962/208, K.1963/1, Karar Tarihi 04.01.1963.

¹⁰⁶⁵ Bkz. AYM, E.1986/17, K.1987/11, Karar Tarihi 22.05.1987; AYM, E.1990/10, K.1990/14,

birlikte Anayasa Madde 13'e eklenmesinden sonra dahi, 2010 yılına kadar hakkın özü yasağının norm denetimi kararlarında kullanımı oldukça nadir bir şekilde gerçekleşmiştir.¹⁰⁶⁶ 2011 yılından itibaren Mahkeme'nin kararlarında müdahalenin/sınırlamanın yerine getirmesi gereken anayasal gereklilikler arasında, öze dokunmama yasağına sıkça başvurulmuştur.

Norm denetimi kararlarının birçoğunda Mahkeme, müdahalenin hakkın özüne dokunup dokunmadığını, ölçülülük incelemesinden ayrı ve bağımsız bir şekilde değerlendirmiştir.¹⁰⁶⁷ Bu bakımdan norm denetimi kararlarında Mahkeme'nin, mutlak hakkın özü görüşünü benimsediği söylenebilir. Bireysel başvuru kararları ise başka bir hikâye anlatmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında, bir yandan, hakkın özüne dokunma yasağını tanımlarken, mutlak hakkın özü görüşünü benimsediği izlenimini uyandırmaktadır.¹⁰⁶⁸

"Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir."

Diğer yandan hakkın özüne dokunma yasağını, ölçülülük ilkesine bağlı bir kriter olarak

Karar Tarihi 21.06.1990; AYM, E.1990/9, K.1990/13, Karar Tarihi 21.06.1990; AYM, E.1990/7, K.1990/11, Karar Tarihi 21.06.1990; AYM, E.1994/83, K.1994/78, Karar Tarihi 16.11.1994; AYM, 1999/1, K.1999/33, Karar Tarihi 20.07.1999; AYM, E.1997/75, K.1999/10, Karar Tarihi 13.04.1999; AYM, E.1999/33, K.1999/51, Karar Tarihi 29.12.1999.

¹⁰⁶⁶ Bkz. AYM, E.2002/112, K.2003/33, Karar Tarihi 10.04.2003; AYM, E.2004/90, K.2008/78, Karar Tarihi 11.03.2008; AYM, E.2005/60, K.2008/162, Karar Tarihi 13.11.2008; AYM, E.2008/77, K.2010/77, Karar Tarihi 03.06.2010.

¹⁰⁶⁷ Bkz. AYM, E.2016/125, K.2017/143, Karar Tarihi 28.09.2017, para. 42; AYM, E.2016/36, K.2016/187, Karar Tarihi 14.12.2016, para. 22; AYM, E.2014/88, K.2015/68, Karar Tarihi 13.07.2015, para. 35; AYM, E.2017/16, K.2019/64, Karar Tarihi 24.07.2019, para. 58; AYM, E.2016/125, K.2017/143, Karar Tarihi 28.09.2017, para. 42; AYM, E.2016/165, K.2017/76, Karar Tarihi 15.03.2017, para. 23; AYM, E.2014/50, K.2014/124, Karar Tarihi 03.07.2014.

¹⁰⁶⁸ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 48; Serap Tortuk Başvurusu, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 47; Meltem Sukan Başvurusu, Baş. No. 2013/9459, Karar Tarihi 21.04.2016, para. 83; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Baş. No. 2014/4077, Karar Tarihi 29.06.2016, para. 69; İlknur Yüksel Başvurusu, Baş. No. 2014/7738, Karar Tarihi, 13.07.2016, para. 45; Tefik Türkmen Başvurusu, Baş. No. 2013/9704, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 70; Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, Baş. No. 2013/4708, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 60; Bülent Polat Başvurusu, Baş. No. 2013/7666, GK Karar Tarihi 10.12.2015, para. 106; Hüseyin Yelkenci Başvurusu, Baş. No. 2013/9706, Karar Tarihi 10.03.2016, para. 69; Hakan Erdoğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9481, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 81; Aynur Özdemir ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/2453, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 93; Ö. Ç. Başvurusu, Baş. No. 2014/8203, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 70; Güzide Defne Samyeli Başvurusu, Baş. No. 2014/4399, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 92.

belirlemiştir.¹⁰⁶⁹

“Bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle korunan hukuksal çıkar arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa’nın 13. maddesinde, bu orantının değerlendirilmesi noktasında nazara alınmak üzere demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmesi şeklinde üç ayrı güvence ölçütüne daha yer verilmiştir.”

Nitekim Mahkeme, bir müdahalenin hakkın özüne dokunup dokunmadığını, vakanın bütününe ve kendine has özelliklerine bağlı olarak belirlemektedir.¹⁰⁷⁰ Yine aynı şekilde bir taraftan hakkın özünü ayrı ve bağımsız bir kriter olarak uyguladığı kararları bulunsa da¹⁰⁷¹, Türk Anayasa Mahkemesi, birçok kararında hakkın özüne dokunma yasağını belirttikten sonra, bireysel yarar ile kamu yararı veya başka bir bireysel yarar arasında kurulması gereken adil dengenin incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve bu inceleme ile yetinmiştir.¹⁰⁷² Mahkeme’nin mutlak hakkın özü görüşünü benimsediği, diğer bir deyişle hakkın özüne dokunan her müdahalenin evleviyetle ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ve hakkın özüne aykırı sınırlamalar bakımından ayrıca ölçülülük incelemesine gerek olmadığını belirttiği kararlar da bulunmaktadır.¹⁰⁷³ Bunlara ek olarak,

¹⁰⁶⁹ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 45; Serap Tortuk Başvurusu, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 44; Meltem Sukan Başvurusu, Baş. No. 2013/9459, Karar Tarihi 21.04.2016, para. 81; İlknur Yüksel Başvurusu, Baş. No. 2014/7738, Karar Tarihi, 13.07.2016, para. 42; Tevfik Türkmen Başvurusu, Baş. No. 2013/9704, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 68; Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, Baş. No. 2013/4708, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 58; Bülent Polat Başvurusu, Baş. No. 2013/7666, GK Karar Tarihi 10.12.2015, para. 104; Hüseyin Yelkenci Başvurusu, Baş. No. 2013/9706, Karar Tarihi 10.03.2016, para. 67; Hakan Erdoğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9481, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 79; Ö. Ç. Başvurusu, Baş. No. 2014/8203, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 68; Güzide Defne Samyeli Başvurusu, Baş. No. 2014/4399, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 90.

¹⁰⁷⁰ Ahmet Temiz Başvurusu (5), Baş. No. 2013/8689, Karar Tarihi 10.03.2016, para. 49; Kamuran Reşit Bekir Başvurusu (4), Baş. No. 2013/7644, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 43; Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/3986, Karar Tarihi 02.04.2014, para. 44; Emin Aydın Başvurusu, Baş. No. 2013/2602, Karar Tarihi 23.01.2014, para. 61.

¹⁰⁷¹ Sözelimi Emel Kaynar kararında, Türk Anayasa Mahkemesi, kamulaştırma kararının 30 günlük dava açma süresinin hakkın özüne dokunmadığını belirledikten sonra, taşınmaz bedelinin ödenmesi için açılan davanın reddini orantısız bularak ihlal kararı vermiştir. Bkz. Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/3667, Karar Tarihi 10.06.2015, para. 125 vd. Benzer yönde Meltem Sukan Başvurusu, Baş. No. 2013/9459, Karar Tarihi 21.04.2016, para. 83 vd.; Aynur Özdemir ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/2453, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 101 vd.; Osman Bayrak Başvurusu, Baş. No. 2013/3803, Karar Tarihi 25.02.2015, para. 72 vd.

¹⁰⁷² Bkz. K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 54 vd.; Serap Tortuk Başvurusu, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 53 vd.; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Baş. No. 2014/4077, Karar Tarihi 29.06.2016, para. 95 vd.; İlknur Yüksel Başvurusu, Baş. No. 2014/7738, Karar Tarihi, 13.07.2016, para. 51 vd.

¹⁰⁷³ Bkz. İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/7197, Karar Tarihi 08.09.2015, para. 53. Ayrıca bkz. AYM, E.2014/88, K.2015/68, Karar Tarihi 13.07.2015, para. 34; AYM,

Mahkeme'nin hakkın özü yasağını, ölçülülük başlığı altında incelediği de görülmektedir.¹⁰⁷⁴ Bu bağlamda, pratikte Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında hakkın özünün büyük ölçüde ölçülülük ilkesine bağlı olduğu ifade edilebilir.

Nitekim burada, hakkın özüne dokunma yasağının öngörüldüğü dönemde, hak sınırlamalarını meşrulaştıran ölçülülük ilkesi henüz kabul edilmediğinin farkında olmak gerekir. Ölçülülük ilkesinin benimsenmesi, hakkın özü yasağını belirli ölçüde etkisizleştirmiştir.¹⁰⁷⁵ Zira hakkın özüne dokunan bir sınırlama halihazırda ölçüsüz bir sınırlamadır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, hakkın özüne dokunma yasağını da kapsayan bir meşrulaştırma aracı olarak ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, kanaatimizce, hakkın özünün kullanılabileceği alanlar halen mevcuttur.¹⁰⁷⁶ Ağır basan bir meşru amaç veya üçüncü kişinin yararı söz konusu olduğunda, hakkın özüne dokunma yasağı halen kullanılabilir. Bu tip durumlarda, müdahale ölçülü olmakla birlikte, müdahalenin hakkın özüne dokunabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁰⁷⁷ Bu durumda, hakkın özü yasağını ortadan kaldıran görelî hakkın özü teorisi değil, ölçülülük ilkesinin yanında ve ölçülülük ilkesinin uygulamasından sonra incelenebilecek bir mutlak hakkın özü teorisi benimsenmesi yerinde olacaktır.¹⁰⁷⁸ Mutlak hakkın özü teorisinde korunan, anayasal hakların kendilerine/konularına özgü olan ve anayasal hakların içerdiği normatif argümanları belirleyen öz içeriğidir. Anayasal hakların bu iç çekirdeği genel bir şekilde belirlenmez. Her bir anayasal hakta her bir müdahalenin anayasal hakkın kapsamında dokunduğu yer ayrı bir şekilde belirlenir.¹⁰⁷⁹ Her bir anayasal hakkın özü yorum yoluyla ve anayasal hakkın koruduğu yaşam alanı ile ilişkisi dikkate alınarak

E.2015/29, K.2015/95, Karar Tarihi 22.10.2015, para. 25; AYM, E.2013/1, K.2014/61, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 28; AYM, E.2016/125, K.2017/143, Karar Tarihi 28.09.2017, para. 28; AYM, E.2016/36, K.2016/187, Karar Tarihi 14.12.2016, para. 11; AYM, E.2016/179, K.2017/176, Karar Tarihi 28.12.2017, para. 11; AYM, E.2016/165, K.2017/76, Karar Tarihi 15.03.2017, para. 13; AYM, E.2014/140, K.2015/85, Karar Tarihi 08.10.2015, para. 21.

¹⁰⁷⁴ Bkz. *Feridun Gülmez Başvurusu*, Baş. No. 2014/11451, Karar Tarihi 19.07.2017, para. 84; *Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3667, Karar Tarihi 10.06.2015, para. 124.

¹⁰⁷⁵ Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1069. Krş. Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 137-139.

¹⁰⁷⁶ Aksi yönde bkz. Seedorf, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", s. 138-139.

¹⁰⁷⁷ Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1070. Windthorst ise ölçülülük ilkesinin uygulandığı bir durumda, hakkın özünün özgün bir anlama sahip olabilmesi için genel/kurumsal (objektif) olarak ele alınması gerektiğini ileri sürer. Bkz. Windthorst, "Art. 19", s. 300.

¹⁰⁷⁸ Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1070.

¹⁰⁷⁹ *BVerfGE 22, 180 (219) - Jugendhilfe* [1967]; Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 114; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1070; Klopfer, *Verfassungsrecht II*, s. 100; Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, s. 328; Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 98-99.

belirlenmelidir.¹⁰⁸⁰ Anayasal hakların özleri, çatışan menfaatler dikkate alınarak belirlenmese de, soyut bir şekilde belirlenmeleri pek mümkün gözükmemektedir. Yaşam alanında ilgili anayasal hak için yaşamsal bir öneme sahip bir davranış, menfaat veya pozisyon anayasal hakların özünü oluşturur.¹⁰⁸¹

Sözgelimi *Evans* vakasında¹⁰⁸², *in vitro* döllenme ile çocuk sahibi olma konusunda anlaşma yapan bir çiftin ayrılması sonrasında, erkek partner, dondurulan spermelerinin kullanıldığı embriyoların yok edilmesini talep etmiştir. Ancak embriyolar yok edildiği takdirde, başvuru, tıbbi geçmişi dolayısıyla bir daha genetik olarak çocuk sahibi olamayacaktır. Büyük Daire, vakada birbiriyle uyumlulaştırılamayan iki ayrı menfaat belirlemiştir: Erkek partnerin baba olmaya zorlanmama hakkı (Madde 8) ve başvurunun genetik olarak ebeveyn olabilme hakkı (Madde 8).¹⁰⁸³ Büyük Daire, bu vakada, erkek partnerin rızasını sonradan çekerek söz konusu embriyoların yok edilmesine ve başvurunun genetik olarak çocuk sahibi olamayacak olmasına imkan tanıyan ulusal düzenlemelerin ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁸⁴ Kanaatimce burada hakkın özüne dokunma yasağının uygulanma olanağı doğar. Mahkeme, ağır basan üçüncü kişinin yararı kapsamında, menfaatler arasında bir dengeleme olduğunu bulmuştur ve fakat müdahale dengeli olmasına rağmen başvurunun hakkının özüne dokunmuştur. Müdahaleyi hakkın özüne dokunduran etken ise embriyolar yok edildikten sonra başvurunun genetik olarak ebeveyn olamayacak olmasıdır.¹⁰⁸⁵ Bu bakımdan, hakkın özünün, müdahalenin taşıdığı meşru amaca bakmadan yalnızca kişinin hakkı ve müdahale edilen somut menfaati dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Bu çalışma çerçevesinde, hakkın özü, meşru amaç ile bir dengeleme ilişkisi kurulmadan, müdahale edilen somut menfaat ve bu menfaatin ilgili hak bakımından merkezdeki konumu dikkate alınarak belirlenir. Dolayısıyla, bireysel hakkın özü görüşü, genel hakkın özü görüşü ve mutlak hakkın özü görüşü birbirleriyle bağdaştırılmış olur. Anayasal

¹⁰⁸⁰ Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 328; Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 98-99.

¹⁰⁸¹ Krş. Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 328; Müller - Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, s. 248-249.

¹⁰⁸² Bkz. *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, GC Judgment of 10 April 2007.

¹⁰⁸³ *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, GC Judgment of 10 April 2007, para. 73.

¹⁰⁸⁴ *Evans v. the United Kingdom*, App. No. 6339/05, GC Judgment of 10 April 2007, para. 92.

¹⁰⁸⁵ Yaşanan bu trajedi (Jacco Bomhoff - Lorenzo Zucca, "Evans v. UK – European Court of Human Rights", **European Constitutional Law Review**, Vol. 2, No. 3, 2006, pp. 424-442, s. 427 vd.) teknolojik gelişmeler dolayısıyla başvurunun sonradan bebek sahibi olması ile mutlu sona (Lorenzo Zucca, "Law, Dilemmas, and Happy Endings", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?**, Ed. Stijn Smet - Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 95) dönüşmüştür.

hak çatışmalarında, her iki anayasal hakkın özünün çatıştığı varsayımında da¹⁰⁸⁶, mutlak hakların birbiriyle çatış(ama)masında belirlenen çözüm¹⁰⁸⁷ benimsenmelidir.

Hakkın özü yasağını, ölçülülük ilkesinden sonra uygulanan ve ölçülülük ilkesinden bağımsız bir maddi gereklilik olarak belirlediğimizde, hakkın özü yasağı da ölçülülük ilkesi gibi, görünüşte veya gerçek hak çatışmalarını çözecek bir araç haline gelir ve anayasal hak ile anayasal hakkın sınırlandırılması arasında normatif bir bağlaç (K_b) işlevini görür:

$N1_a$: Her kişi, [bireysel menfaatleri,] başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

$N4_a$: Her kişi, [bireysel menfaatleri,] genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan, [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Anayasal hakların sınırlandırılmasında, hakkın özü yasağının bağımsız bir maddi anayasal gereklilik haline gelmesi ile bu normatif cümleler değişikliğe uğrar:

$N1_b$: Her kişi, [bireysel menfaatleri,] başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] ve başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkının özüne dokunmayan düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Bu husus aynı şekilde, sınırlama ölçütleri için de uygulanır:

$N4_b$: Her kişi, [bireysel menfaatleri,] genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] veya genel yasanın gerekliliklerinin özüne dokunduğu düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Böylece, anayasal hakların sınırlandırılmasında, maddi anayasal gereklilikleri çatışan normlar arasında bir bağlaç haline getirilerek anayasal hak çatışmalarının ve sınırlandırmalarının normatif hali belirlenmiş olur.

1.4.3. Pratik Uyuşum

Pratik uyum ilkesi, Gratian'ın 12. yüzyıldan kalma “*Concordia discordantium canonum*”una ve Nikolaus von Kues'un “*De concordantia catholica*” adlı eserine

¹⁰⁸⁶ Zippelius - Württenberger, *Deutsches Staatsrecht*, s. 192.

¹⁰⁸⁷ Bkz. **Bölüm 1.1.1.3.3.**

dayanmaktadır.¹⁰⁸⁸ Pratik uyuşum ilkesini (*praktische Konkordanz*), Hesse, Scheuner'in anayasanın bütünlüğü ve harmonisi¹⁰⁸⁹ ve Lerche'nin değerlerin en iyi şekilde uyumlulaştırılması¹⁰⁹⁰ düşüncelerinden yola çıkarak ileri sürmüştür. Pratik uyuşum ilkesi, anayasa tarafından korunan menfaatlerin birlikte gerçekleştirilmelerini gerektirir. Bu menfaatler ve haklar arasında bir çatışma olduğunda, bu menfaatlerin hiçbirisinin, diğerinin tamamen zararına olacak şekilde dengelenmemesi gerekir. Anayasanın bütünlüğü ilkesi, burada bir optimizasyon yükümlülüğü yükler. Her iki menfaate de bir sınır çizilmelidir. Böylece her iki menfaat de optimum etkiyi elde eder. Bu sınırlandırma her somut vakada ölçülü olmak zorundadır. Her iki menfaatin uyuşumu için bu sınırlandırma gerekenden fazla olmamalıdır.¹⁰⁹¹ Hesse, pratik uyuşum ilkesini yalnızca hak çatışmalarında değil, aynı zamanda herhangi bir hakkın sınırlandırılmasında uygulanması gerekli olan bir ilke olarak görür.¹⁰⁹² Ancak FAYM, bu ilkenin uygulamasını yalnızca anayasal hakların çatışması ile veyahut yasa kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılması ile sınırlı tutmuştur.¹⁰⁹³

Öncelikle ölçülülük ilkesi ile pratik uyuşum arasındaki farkı göstermek gerekir. Ölçülülük ilkesinde, tartım/dengeleme, dengelenen değerlerden birisi pahasına gerçekleşir. Pratik uyuşumda yapılacak dengeleme ise ikili bir optimizasyon yükümlülüğüne tabidir. Burada, değerlerden birisi pahasına yapılan dengeleme değil, anayasal değerlerin karşılıklı tavizleri söz konusudur.¹⁰⁹⁴ Dengeleme sürecinde, bir hukuki menfaat tipik olarak dengelenen başka bir hukuki menfaatle ilişkilendirilerek incelenir. Böylece birinci hukuki menfaatin ikincisi tarafından kısıtlanma derecesi hakkında bir karar verilir. Bu bağlamda, tek taraflı bir öncelik perspektifinden söz edilebilir. Ölçülülük ilkesindeki dengelemede incelenen soru, etkilenen anayasal hakkın, yani incelemenin merkezinde yer alan anayasal hakkın sınırlandırılmasının uygun olup olmadığı, yani sınırlandırmanın tolere edilebilir bir seviyeyi gözetip gözetmediğidir. Öte yandan, pratik

¹⁰⁸⁸ Friedrich Müller, **Die Einheit der Verfassung**, Berlin, Duncker & Humboldt, 1979, s. 76, Dipnot 170; Andreas Fischer-Lescano, "Kritik der praktischen Konkordanz", **Kritische Justiz**, Vol. 41, No. 2, 2008, pp. 166-177, s. 170.

¹⁰⁸⁹ Scheuner, "Pressefreiheit", s. 53.

¹⁰⁹⁰ Lerche, **Übermaß und Verfassungsrecht**, s. 125 vd.

¹⁰⁹¹ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 27.

¹⁰⁹² Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 127 vd.

¹⁰⁹³ Marcus Schladebach, "Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip", **Der Staat**, Vol. 53, No. 2, 2014, pp. 263-284, s. 269-270.

¹⁰⁹⁴ Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 343; Schladebach, "Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip", s. 271

uyuşumda, tek taraflı bir ön dayatmaya değil, optimal seyri münferit davanın koşulları tarafından belirlenen, dalgalanan sınırlara dayanan farklı, karşılıklı bir yaklaşım benimsenir. Dolayısıyla değerlendirme iki kutuplu bir perspektife dayanmaktadır. Anayasal menfaatlerin karşılıklı olarak sınırlandırılmasına rağmen, her iki menfaatin temel koruyucu içeriğinin mümkün olduğunca korunmasını sağlayacak şekilde optimizasyonu amaçlayan bir dengenin bulunması gerekir. Duruma uygun optimal bir denge aranmalıdır.¹⁰⁹⁵ Sözgelimi aynı yerde ve aynı tarihte toplanmak isteyen iki farklı grup söz konusu olduğunda, gruplar için zaman veya yer/alan bakımından sınırlama yapılarak pratik uyuşum elde edilebilir. Burada odaklanılan temel husus, çatışan anayasal değerlerin asgari gerekliliklerinin yerine getirilmesidir.¹⁰⁹⁶ Bu bağlamda, pratik uyuşum, çatışan anayasal değerlerin dengelenmesini içeren davalar için üst düzey dengelemeye entegre edilmiş özel bir yöntem olarak kendini göstermektedir.¹⁰⁹⁷ Schladebach'a göre, Hesse'nin asıl amacı, pratik uyuşumun ölçülülük ilkesinin tamamına teşmil edilmesini sağlamaktır.¹⁰⁹⁸

Somut bir vakada çatışan menfaatler arasında aslında bir optimizasyon gerçekleşmez. Gereklilik alt ilkesinin uygulaması tetiklenmedikçe, Yüksek Mahkemeler, çatışan iki normdan birisinin hukuki sonucunu uygulayacaktır. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, pratik uyuşum ilkesinin, hakkın yalnızca sınırlandırılabilir alanını değil aynı zamanda hakkın kapsamını/koruma alanını da tahdit edebileceğini belirtir. İkinci olarak da bu ilkenin oldukça belirsiz bir ölçüt olduğunu dile getirir.¹⁰⁹⁹ Ayrıca günümüzde özellikle ölçülülük ilkesinin, anayasal hak doktrinlerine olan hakimiyeti karşısında pratik uyuşum ilkesinin varlığı sorgulanabilir. Zira Hesse ölçülülük ilkesinin anayasa mahkemesi kararlarında uygulandığı ilk zamanlarda pratik uyuşum ilkesini ileri sürmüştür. Bununla beraber, pratik uyuşum ilkesi, ölçülülük ilkesini yönlendiren ve onu anayasanın bütünlüğünden sapmasını engelleyen bir meta ilke olarak görülebilir.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁵ Schladebach, "Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip", s. 271.

¹⁰⁹⁶ Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 371-372.

¹⁰⁹⁷ Schladebach, "Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip", s. 272.

¹⁰⁹⁸ Schladebach, "Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip", s. 273.

¹⁰⁹⁹ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 80-81.

¹¹⁰⁰ Thilo Marauhn - Nadine Ruppel, "Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court", **Conflicts Between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 280-281;

Hesse'nin ortaya attığı bu ilke, FAYM tarafından benimsenmiştir. Ancak FAYM, yalnızca hakların çatışması gerçekleştiğinde, pratik uyum ilkesine başvur-maktadır.¹¹⁰¹ Doktrinde, anayasal hakların çatışması, özellikle sınırlama klozu olma-yan anayasal haklar¹¹⁰² söz konusu olduğunda, lafzi olarak pratik uyum ilkesinin uygulanacağı düşüncesi ağır basmaktadır.¹¹⁰³ Nitekim bu çalışmada, anayasal hak çatışmalarında hangi ölçütlerin nasıl uygulanacağı yukarıda belirtilmiştir.¹¹⁰⁴

1.5. ARA SONUÇ

Anayasal hakların sınırlandırılması bakımından yapılan normatif yapılandır-mada, anayasal hak çatışmaları veyahut anayasal hakların sınırlama ölçütleriyle sı-nırlandırılması maddi anayasal gereklilikler (ölçülülük/hakkın özüne dokunma yasağı) aracılığıyla formüle edilmiştir:

N1_b: Her kişi, [bireysel menfaatleri,] başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hak-kına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan [veya kişiliğini öz-gürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] ve *başkasının kişiliğini öz-gürce geliştirme hakkının özüne dokunmayan* düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4_b: Her kişi, [bireysel menfaatleri,] genel yasanın gerekliliklerine [veya bu ge-rekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] *veya genel yasanın gerekliliklerinin özüne dokunduğu* düşün-celerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Sınırlandırılabilen anayasal hakların yapısı, kurgusal olarak **Tablo - 4**'te gös-terilmiştir. Burada **I** numaralı alan, diğer bir deyişle dikdörtgenin daireler dışındaki alanı, yaşam/düzenleme alanını ifade eder. Bu alanda yer alan davranışlar ve hukuki pozisyonlar, anayasal hakların kapsamının dışında yer alır ve anayasal hakların ko-rumasını tetiklemez. **II** numaralı daire, hakkın kapsamını ifade eder. Bu alan, yorum yöntemleri ve ilkeleri ile belirlenir. **III** numaralı iç daire ise devletin müdahalesini meş- rulaştırmadığı yasaklanan alanı ifade eder. Bu alan, anayasal sistemin belirlediği

Uffer, **Die Grundrechtskollision**, s. 172.

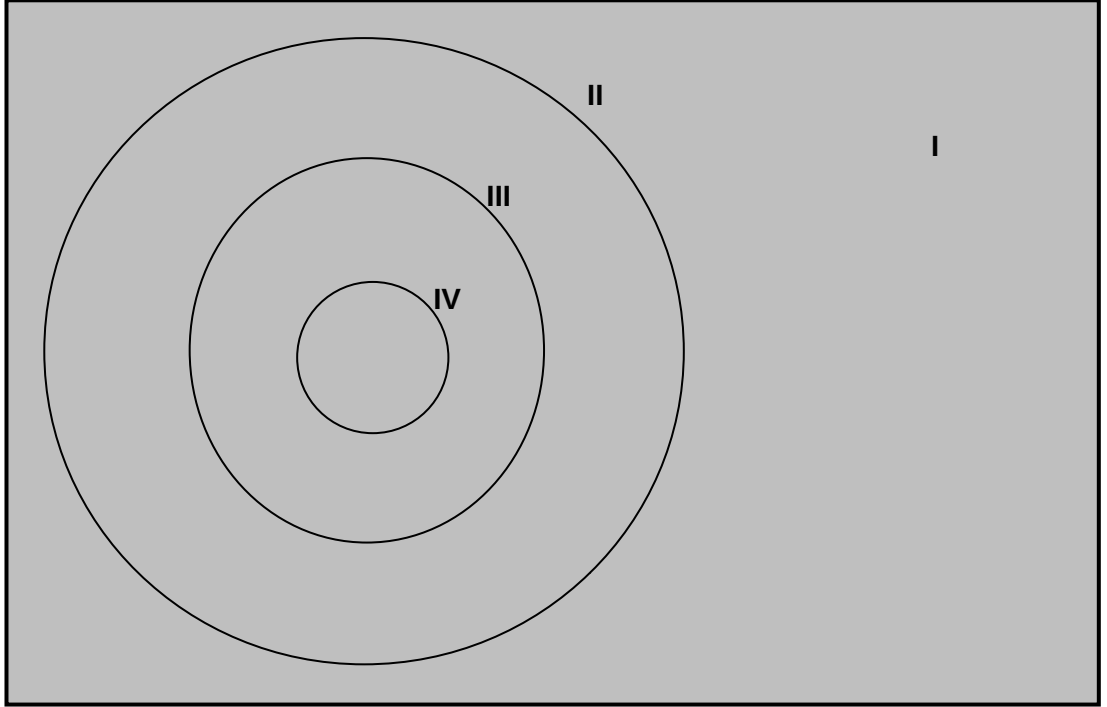
¹¹⁰¹ Bkz. *BVerfGE* 41, 29 (50 vd.) - Simultanschule [1975]; *BVerfGE* 89, 214 (232 vd.) - Bürgsc-haftsverträge [1993]; *BVerfGE* 97, 169, (176) - Kleinbetriebsklausel I [1998]; *BVerfGE* 129, 78 (101 vd.) - Anwendungserweiterung [2011]; *BVerfGE* 134, 204 (223 vd.) - Werkverwertungs-verträge [2013]; *BVerfGE* 140, 240, para. 108 vd. [2015]; *BVerfGE* 142, 74 (96 vd.) - Sampling [2016]; *BVerfGE* 148, 267 (280-281) - Stadionverbot [2018].

¹¹⁰² Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 81.

¹¹⁰³ Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 195; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 51 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 403 vd.

¹¹⁰⁴ Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.2.**

anayasal gerekliliklere göre belirlenir. Anayasal gereklilikleri yerine getirmeyen her müdahale, hakkın bu yasaklanan alanına denk düşer. Bu durumda, anayasal hakkın hukuki sonucu gerçekleşir. Anayasal hakların kapsamlarının (II numaralı dairenin) daraltılması veya genişletilmesi, çoğunlukla daha iyi anayasal hak korumasını göstermez. Zira III numaralı dairenin genişlemesi veya daralması, farklı hususlara bağlıdır. En içte bulunan IV numaralı daire, hakkın özünü teşkil eder. Bazı müdahaleler, her ne kadar amaçladığı yüksek anayasal değerler dolayısıyla anayasal hakkın sınırlandırılmasını meşrulaştırabilse de, müdahalenin amaçladığı yüksek anayasal değere bakılmaksızın müdahalenin oldukça ağır veya katlanılmaz olmasına bakılarak hakkın özüne dokunduğu tespit edilebilir.



Tablo - 4

İKİNCİ BÖLÜM

İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİ

Birinci Bölümde bir devlet teorisi çerçevesinde anayasanın anlamına, yorumlamaya ve anayasal hak teorisine ilişkin bazı belirlemeler ve bazı tercihlerde bulunulmuştur. Bu tercihlere bağlı olarak bir anayasal hak teorisi oluşturulmuştur. Bu tezin ana konusu olan içkin sınırlama doktrini, birinci bölümde oluşturulan anayasal hak teorisinin üzerine inşa edilecektir.

İçkinlik kavramı, bu doktrinin tamamen anlaşılmasında bazı karışıklıklara yol açmaktadır. Zira içkinlik kavramı, çoğunlukla aşkınlığın bir karşıtı olarak anlaşılmakta ve anayasal hakkın yalnızca “doğası gereği” bazı sınırlamalara sahip olabileceğini çağrıştırmaktadır. Bu çağrışım, hakkın ilgili içeriği daha baştan itibaren hak sahibine herhangi bir hak vermediği anlamı ortaya çıkmaktadır. İçkinlik kavramı, nesnelere ayrılmaz bir şekilde bağlı olan ve sınır aşılamaayan karakteristik özellikleri ifade eder.¹ Ancak bu bölümde de gösterileceği üzere, içkin sınırlama yalnızca içeriden değil, aynı zamanda dışarıdan yapılan sınırlamayı da ifade etmektedir.

İçkin sınırlama doktrini büyük ölçüde Alman anayasa hukuk literatürü ve içtihatlarında oluşturulan bir doktrindir. Bu itibarla, bu bölümde oluşturulan içkin sınırlama doktrini büyük ölçüde Alman anayasa hukuk literatürüne ve içtihatlarına dayanacaktır. Bununla beraber, burada ortaya konulan içkin sınırlama doktrini, bu tezde incelenen diğer anayasal sistemler bakımından da karşılık bulacaktır. Dolayısıyla Türk anayasa hukuku ve AİHS hukukundaki literatür ve içtihatlar da burada oluşturulan içkin sınırlama doktrinini destekleyici bir şekilde kullanılacaktır.

Bu bölümde, öncelikle içkin sınırlamaya ilişkin teoriler incelenecek ve içkin sınırlamanın niteliği sınırlama doktrininin tarihsel gelişimi ile birlikte belirlenecektir (2.1.). Özellikle maddi teorilerin bazılarının büyük ölçüde içkin sınırlamanın meşruiyetine ilişkin bir teori olduğu belirlendikten sonra içkin sınırlamanın meşruiyeti belirlenecektir (2.2.). İçkin sınırlamanın meşruiyetini sağlayan hususlar, büyük ölçüde içkin sınırlamanın nasıl gerçekleştiğine ilişkin bazı ipuçları da vermektedir. Bu bağlamda, içkin

¹ Kathrin Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, s. 77-78; Markus Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der “verfassungsimmanenten” Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 25-26; Thomas Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”: Zur Frage des Begriffs und der Existenz schutzbereichsimmanenter Grenzen der Freiheitsgrundrechte im Unterschied zu den so genannten verfassungsimmanenten Schranken**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, s. 41.

sınırlama kategorileri incelenecektir (2.3.). Nihayetinde, bu bölümün ara sonucu ortaya konacaktır (2.4.).

2.1. İÇKİN SINIRLAMANIN NİTELİĞİ

Anayasal hakların sınırlandırılmasında içkin sınırlamanın tam olarak neyi ifade ettiği belirsizdir. Sözgelimi FAYM, içkin sınırlama doktrinini yalnızca sınırlama klozu/yasa kaydı bulunmayan anayasal haklar için kabul etmiştir.² Ancak literatürde büyük ölçüde, tüm anayasal haklar için geçerli olan içkin sınırlama teorileri ortaya atılmıştır. Bu bakımdan içkin sınırlama, bir yandan yalnızca sınırlama klozu/yasa kaydı bulunmayan anayasal hakları, diğer yandan ise genel olarak bütün anayasal hakları ilgilendirmektedir.³ Buradaki farklılık aslında kaynağını tarihsel bir ayrım olan dahili sınırlama (*Innentheorie*) ve harici sınırlama (*Außentheorie*) ayrımından⁴ alır. Dolayısıyla içkin sınırlama doktrinini daha iyi anlamak için sınırlama doktrininin tarihçesini açıklamak zorunludur (2.1.1.). Ardından ise anayasal hakların bağlayıcılık kazandığı dönemde ortaya çıkan içkin sınırlama teorileri incelenecek (2.1.2.) ve varılan ara sonuç açıklanacaktır (2.1.3.).

2.1.1. Sınırlama Doktrininin Tarihsel Gelişimine Kısa Bir Giriş

Anayasal hakların sınırlandırılmasını konu alan doktrinlerin tarihçesine giriş yapmadan önce (2.1.1.2.), bu tarihçede iki karşıt kutbu teşkil eden dahili ve harici sınırlama teorileri kısaca açıklanacaktır (2.1.1.1.).

2.1.1.1. Dahili ve Harici Sınırlama Teorileri

Dahili ve harici teoriler, yukarıda açıklanan mutlak hak ve *prima facie* hak anlayışının⁵ temelini teşkil eder. Harici teoriye göre, anayasal hak iki alana/içeriğe ayrılır. Birinci alan/içerik, daha geniş olan *prima facie*⁶ hak alanını/içeriğini ifade eder. Bu anayasal hak terminolojisinde hakkın kapsamı (*Schutzbereich/Tatbestand*) kavramı

² BVerfGE 30, 173 (191-193) - Mephisto [1971]; BVerfGE 32, 98 (107-108) - Gesundheitsrecht [1971].

³ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 68-75.

⁴ Her ne kadar "*Innentheorie*" kavramı sınırlandırmanın içkinliğini, "*Außentheorie*" kavramı ise sınırlandırmanın dışsallığını ifade etse de, günümüzde kullanılan içkin sınırlamadan farklılıklarını vurgulamak için dahili ve harici sınırlama kavramları tercih edilmiştir.

⁵ Bkz. **Bölüm 1.1.1.1.**

⁶ Burada "*prima facie*" kavramı için Ross'a bakılabilir. W. D. Ross, **The Right and the Good**, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 18 vd.

ile karşılanır. İkinci alan/içerik, daha geniş olan *prima facie* hak alanının/içeriğinin içinde yer alan ve hakkın sınırlanması ile sınırlanan alandan ayrılan içeriği ifade eder. Bu ise anayasal hak terminolojisinde, kesin hak veya hakkın etkili güvence alanı olarak ifade edilir.⁷ Sonuç olarak harici teoride anayasal hak, hakkın kapsamı ve etkili güvence alanı olmak üzere iki içerikten oluşur.⁸

Dahili teori ise en başından itibaren içeriği belirli bir hak yapısı ortaya koyar. Burada hakkın tek bir alanı/içeriği bulunmaktadır. Hakkın içeriğinin “sınırlanması” burada içeriden gerçekleşir.⁹ Bu sınırı aşan bir hukuk pozisyonun hak sahipliği söz konusu değildir. Dolayısıyla burada aslında bir sınırlamadan ziyade hakkın içeriğinin belirlenmesi söz konusudur. Bu bağlamda, başından itibaren hakkın içeriği belirlidir ve bu “kendiliğinden” veya “eşyanın doğasından” ortaya çıkar.¹⁰

Dahili teoride, harici teorideki *prima facie* hak ile etkili güvence alanı arasındaki ayrıma benzer bir şekilde, hakkın görünüşte içeriği (*scheinbare Inhalt*) ve hakkın gerçek içeriği (*wahre Inhalt*) arasında bir ayrım yapılabilir. Nitekim bu kabul çerçevesinde, öncelikle inceleme konusu vakanın, görünüşte hakkın içeriğinin kapsamına girip girmediği incelenir. Söz konusu vaka, görünüşte hakkın içeriğinin kapsamına giriyorsa, bu sefer söz konusu vakanın hakkın gerçek içeriğinin kapsamına girip girmediği incelenir. Bununla beraber bunun harici teorideki ayrımdan en önemli farkı, görünüşte hakkın içeriğinin, herhangi bir hukuki pozisyon sağlamamasıdır. Harici teoride ise *prima facie* hakka yapılan bir müdahalenin yerine getirmesi gereken şekli (kanunilik vs.) ve maddi (ölçülülük ilkesi vs.) gereklilikler söz konusudur.¹¹ Dahili teoride, hakkın

⁷ Bu ayrımı, Alexy, kesin (*definitive*) ve *prima facie* hak terimleri ile yaparken (Robert Alexy, **Theorie der Grundrechte**, 8. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2018, s. 87-89, 456; Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, Trans. by Julian Rivers, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 57-58, 336; Martin Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 67); Lübke-Wolf, hakkın kapsamı ve etkili güvence alanı terimleri ile bunu gerçekleştirir (Gertrude Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen**, Baden-Baden, Nomos, 1988, s. 25 vd.).

⁸ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 66-67; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 50.

⁹ Wolfgang Siebert, “Zur Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht: Vertretung und Geschäftsführung”, **Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Vol. 95, No. 4, 1935, pp. 629-655, s. 629-630; Otto von Gierke, **Die Soziale Aufgabe des Privatrechts**, Berlin, Springer, 1889, s. 20; Peter Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**, 2. Auflage, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, s. 179 vd.; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 68; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 50-51.

¹⁰ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 68-69.

¹¹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 70; Lübke-Wolff, **Die Grundrechte als**

ihlal edilip edilmediğinin incelemesi tek adımlı bir usul ile yapılırken, harici teoride bu incelemenin iki adımlı bir usul ile yapılması sebebiyle, harici teoride yapılan gerekçelendirmenin daha öngörülebilir ve daha şeffaf olduğu ileri sürülmüştür.¹² Nitekim harici teoride, devletin, hakkın *prima facie* alanına düşen sınırlamalarını da meşrulaştırması gerektiğinden dolayı burada devletin eylemlerini meşrulaştırma yükümlülüğü doğmakta ve hak ile sınırlama arasında, kural-istisna ilişkisi kurulmaktadır.¹³

2.1.1.2. Sınırlama Doktrinin Tarihsel Gelişimi

Anayasal hakların gelişiminde ve sınırlandırılmasında özellikle bütün vatandaşlarına temel hak veren/vaat eden ulus devletlerin¹⁴ oluşması bir dönüm noktası teşkil eder. Bu bakımdan, temel/anayasal hakların sınırlandırılması, 19. yüzyıl öncesi (2.1.1.2.1.) ve sonrası olmak üzere (2.1.1.2.2.) iki ayrı başlıkta incelenecektir.

2.1.1.2.1. 19. Yüzyıl Öncesi Sınırlama Doktrinlerinin Gelişimi: Temel/Anayasal Hakların Sınırlanmasına Bir Giriş

Temel hakların oluşumu için öncelikle devlete karşı ileri sürülebilir bir hak talebinin olması gerekir. Erken dönem Orta Çağ teolojisinde, devlet öncesinde anlaşılan veya devlete karşı ileri sürülebilir bir hak anlayışı henüz oluşmamıştır.¹⁵ Geç Orta Çağ'da özellikle direnme hakkı çerçevesinde başlayan tartışma¹⁶ ve bu dönemi

Eingriffsabwehrrechte, s. 17; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 51.

¹² Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 83; Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht”, **JuristenZeitung**, 49. Jahrg., Nr. 11, 3. Juni 1994, pp. 541-549, s. 549; Wolfram Höfling, “Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben”, **JuristenZeitung**, 50. Jahrg., Nr. 1, 5. Januar 1995, pp. 26-33, s. 31-32; Matthias Klatt - Moritz Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 46-48; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 53; Christian Matthias Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, Hamburg, Lit, 2002, s. 90.

¹³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 88-89; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 58; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 84; Klatt - Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, s. 47-48; Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 50; Andreas von Arnould, “Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit”, **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 281-282.

¹⁴ Bkz. Seyfullah Tosun, **Bölgeli Devlet: İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık Örnekleri**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 309.

¹⁵ Klaus Stern, “Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 59; Michael Sachs, “Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 235.

¹⁶ Fritz Kern, **Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter: zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie**, Leipzig, K. F. Koehler, 2014, s. 204 vd.; Krş. Thomas Aquinas, **On the Government of Rulers: De Regimine Principum**, Trans. James M. Blythe,

ve sonrasını büyük ölçüde etkileyen Thomas Aquinas'ın (1225-1274) insan yaşamı, mülkiyeti ve kişiliğine değer vermesi¹⁷, devlete karşı ileri sürülebilen hak anlayışının gelişmesine yardımcı olmuştur.¹⁸ Nitekim Aquinas'ın bu hakların sınırlanabileceğini gösteren ifadeleri de bulunmaktadır. Tanrının hükmü altında olan tek başına kral olan hayvanlardan farklı olarak, insanların bir toplum içerisinde yaşamasının gerektiğini belirten Aquinas, insanların, hayvanlar gibi sadece bireysel olarak kendilerine gerekeni sağlayamayacaklarını ve dolayısıyla bir serbestlik/keyfilik içerisinde olamayacaklarını belirtir.¹⁹ Sözgelimi, hükümdarların mallarını ve malvarlıklarını alarak tebaalarını yükümlülük altına sokmamaları gerektiğini belirttikten sonra, yalnızca iki durumda tebaanın mülkiyet hakkını sınırlayabileceğini dile getirmiştir. Bunlardan ilki, sınırı aşma veya tecavüzken, diğeri yönetimin kamu(sal) yararadır. Burada sınırı aşma ifadesi, daha çok ilahi yasanın çiğnenmesini ifade ederken, yönetimin kamu yararı, toplumun korunması gerekliliği ile nitelenmektedir.²⁰ Orta Çağ'da Magna Carta ile başlayan ve sonradan Avrupa'nın diğer yerlerinde görülen hak bildirileri (bunların arasında 1188 tarihli León Bildirisi (*The Decreta of León*), Danimarka Bildirisi (1282), Belçika Bildirisi (1316) gibi bildirgeleri saymak mümkün)²¹, daha çok objektif hukuk ifadeleridir ve bireylere değil zümrelere özgürlük/ayrıcılık tanır. Bu bildirilerde, her insana veya vatan-daşa verilen bir sübjektif hak yoktur.²²

Geç Orta Çağ ile modern dönem arasında bir köprü olan devlet aklı (*Della Ragion di Stato*) düşüncesinin nüvelerinde, kamu yararı ve kamu hizmeti genellikle *ratio status* kavramıyla bütünleştirilmiştir.²³ Kamu yararı ve kamu hizmeti

Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1997, s. 73 vd.

¹⁷ Aquinas, **On the Government of Rulers**, s. 60 vd., 180, 249; Stern, "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", s. 61-62. Krş. Thomas Fleiner-Gerster, **Allgemeine Staatslehre**, 2. Auflage, Heidelberg, Springer, 1995, s. 67.

¹⁸ Stern, "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", s. 60-62.

¹⁹ Aquinas, **On the Government of Rulers**, s. 61-62. Ayrıca bkz. Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 235-236; Antoine Pierre Verpaalen, **Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin: Ein Beitrag zum Problem des Personalismus**, Heidelberg, F. H. Kerle, 1954, s. 67 vd.

²⁰ Aquinas, **On the Government of Rulers**, s. 180-181.

²¹ Stern, "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", s. 63; Evelyn S. Procter, "The Interpretation of Clause 3 of the Decrees of León (1188)", **The English Historical Review**, Vol. 85, No. 334, Jan., 1970, pp. 45-53, s. 45 vd.

²² Stern, "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", s. 63-64.

²³ Martin Loughlin, **Political Jurisprudence**, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 143; Martin Loughlin, **Politik Hukukbilim**, Çev. Kivılcım Turanlı, Ankara, Fol, 2021, s. 250; Gaines Post, **Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322**, Princeton, Princeton University Press, 1964, 254 vd.

argümanlarının bu birleşimi, kralı “siyasal düzenin koruyucusu ve adaletin dağıtıcısı” konumuna getirmiştir. Hukukçular, kralın “kamu güvenliğini sağlamak için adaletsiz hareket etmeden hukuka aykırı hareket edebileceğini kabul etmişlerdir. Bunu meşru- laştıran Ortaçağ hukukçuları, *salus populi suprema lex esto* (halkın güvenliği en yüksek yasadır), *necessitas legem non habet* (zorunluluğun yasası yoktur) ve *princeps legibus solutus* (egemen yasalardan muaftır) gibi Roma hukuku ilkelerinden yararlanmışlardır.”²⁴ Devlet aklı düşüncesinin temsilcilerinden Gabriel Naudé (1600-1653), egemene bu argümanlarla verilen yetkilere bazı sınırlar da çizmiştir. Naudé, devletin hukuka aykırı eylemlerinin devletin ve hükümdarın açık ve önemli bir menfaati için gerekli olması gerektiğini belirtir.²⁵ Devlet hukuka aykırı eylemlerini gerçekleştirirken ihtiyatlı davranmalı ve aceleyle hareket etmemelidir.²⁶ Devlet, her zaman bu eylemlerden en hafif ve en yumuşak olanları seçmelidir.²⁷ Son olarak hükümdarlar bu eylemleri gerçekleştirirken suçlarını hafifletmeye çalışmalı ve endişe ve pişmanlık duymalıdır.²⁸ Naudé, bu sınırlara uyduğunda hükümdarın barbar veya tiran olarak anılmayacağını belirtir.²⁹ Naudé’nin devletin hukuk aykırı eylemleri için ortaya koyduğu bu sınırlarda, meşru amaç ve gereklilik ilkesinin yanı sıra bir özen yükümlülüğü de ortaya çıkmaktadır.

Orta Çağ toplumunda özellikle 15. yüzyıldan itibaren yaşanan değişim, feodal düzenin temel paradigmasını kırarak ve güçlü bir bürokrasiye sahip mutlak monarşilere/modern devlete yol açacaktır.³⁰ Temel hakların pozitifleştirilmesi sürecinde özellikle doğal hukuk ve doğal haklar düşüncesi, 18. yüzyılın başına kadar büyük bir rol oynamıştır. Doğal hukukun sözleşme düşüncesinde, bireyin doğal özgürlüğünün ne kadarını kendinde bırakacağı ve ne kadarını devredeceği, bu doğal hukuk

²⁴ Loughlin, **Political Jurisprudence**, s. 144; Loughlin, **Politik Hukukbilim**, s. 250-251; Post, **Studies in Medieval Legal Thought**, s. 269 vd.

²⁵ Gabriel Naudé, **Political Considerations upon Refin’d Politicks, and the Master-Strokes of State, as Practis’d by the Ancients and Moderns**, Trans. by William King, London, H. Klements, 1711, s. 69-70.

²⁶ Naudé, **Political Considerations upon Refin’d Politicks, and the Master-Strokes of State, as Practis’d by the Ancients and Moderns**, s. 70-71.

²⁷ Naudé, **Political Considerations upon Refin’d Politicks, and the Master-Strokes of State, as Practis’d by the Ancients and Moderns**, s. 71.

²⁸ Naudé, **Political Considerations upon Refin’d Politicks, and the Master-Strokes of State, as Practis’d by the Ancients and Moderns**, s. 73.

²⁹ Naudé, **Political Considerations upon Refin’d Politicks, and the Master-Strokes of State, as Practis’d by the Ancients and Moderns**, s. 71.

³⁰ Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, 2. Baskı, Ankara, Tekin Yayınevi, 2017, s. 84 vd.; Berke Özenç, **Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, 2. Baskı, İstanbul, İletişim, 2016, s. 120 vd.

düşüncesindeki sınırlamayı ifade eder. John Locke (1632-1704), bir yandan bireylerin sözleşmede kendilerinde tuttıkları doğal hakların ihlal edilemeyeceğini ilan eder.³¹ Ancak diğer yandan, Locke, temel hakların sınırlanmasını en başında, yani bireyin toplumsal insana/vatandaşa geçişi ile gerçekleştirir. Locke'a göre, birey, toplumun iyiliğinin, refahının ve güvenliğinin gerektirdiği ölçüde doğal özgürlüğünden ayrılır.³² Birey mülkiyetinden keyfi bir şekilde mahrum bırakılamaz. *Bireyin rızası olmadan*, devlet bireyin mülkiyetinin herhangi bir kısmını devralamaz.³³ Locke'un burada istisna tuttuğu bireyin rızası ise bireyin veyahut bireylerin seçtikleri temsilcileri tarafından verilen çoğunluğun rızası olarak tanımlanır.³⁴ Bu bağlamda, Locke'un öğretisi, özgürlük ve mülkiyete yapılan müdahalenin kanuna dayanması gerekliliğinin ve dolayısıyla kanunilik denetiminin temelini teşkil eder.³⁵ Sözleşme düşüncesinde, doğal haklar özellikle devletin oluşturulma amacı ile sınırlanır. Nitekim bu sınırlar Thomas Hobbes'ta (1588-1679) en geniş şekilde belirlemektedir. Tebaa ile egemen arasında eşlik ilişkisi kuran Hobbes, bu sebeple egemen ne yaparsa yapsın tebaanın bundan bir zarar göremeyeceğini dile getirir.³⁶ Rousseau, egemenin tebaasını topluma bir yararı olmayan

³¹ John Locke, "Two Treatises of Government", **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, Ed. by Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 137-138, 154-157, 189-190.

³² Locke, "Two Treatises of Government", s. 156. Nitekim aslında bu düşüncelerin kaynağı olarak Aquinas hatta Aristoteles gösterilebilir. Zira Aquinas, insanların bir arada yaşama zorunluluklarına dayanarak aslında o toplumda yaşayan bireylerin haklarının her halükârda o toplumun korunması ve yararı ile sınırlı olacağını kabul edilmesini doğal bir sonuç olarak gösterir. Nitekim benzer değerlendirmeye Althusius'ta da rastlayabiliriz. Bkz. Johannes Althusius, **The Politics of Johannes Althusius**, Trans. Frederick S. Carney, Boston, Beacon Press, 1964, s. 12 vd., 47, 118-119; John Witte, **The Reformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism**, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, s. 179-181; Carl Joachim Friedrich, **Johannes Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, s. 76 vd.; Otto von Gierke, **Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien: zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik**, Breslau, Wilhelm Koebner, 1880, s. 18 vd. 112 vd. Aynı yönde bkz. Christian Wolff, **The Law of Nations Treated According to the Scientific Method**, Trans. by Joseph H. Drake, Indiana, Liberty Fund, 2017, s. 16 vd.; Samuel Pufendorf, **Gesammelte Werke: De officio**, Bd. II, Berlin, Akademie Verlag, 1997, s. 143 vd.; Samuel Pufendorf, **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, s. 56 vd.

³³ Locke, "Two Treatises of Government", s. 161-162.

³⁴ Locke, "Two Treatises of Government", s. 163.

³⁵ Dietrich Jesch, **Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetz-massigkeitsprinzipes**, 2. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968, s. 120-121; Rolf Eckhoff, **Der Grundrechtseingriff**, Köln, Carl Heymanns Verlag 1992, S. 54-55. Aksi yönde bkz. Hans Heinrich Rupp, **Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre: Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1965, s. 137, dipnot 92.

³⁶ Thomas Hobbes, **Leviathan**, Oxford, Oxford University Press, 1996, s. 99, 117-118.

yüklerle yükleyemeyeceğini ileri sürmüştür.³⁷

İngiltere'nin 17. yüzyıl belgelerinden olan ve Birinci İngiliz Devrimi ile başa geçen Cromwell'in döneminde İngiltere'nin ilk yazılı anayasası olarak 1653-1657 tarihleri arasında yürürlükte kalan Yönetim/Hükümet Belgesi'nin 37. maddesi de din özgürlüğünün sınırlandırılmasına örnek oluşturur. Bu maddede, öncelikle mezhepleriyle birlikte Hristiyanlığa inananların, inançlarına ilişkin beyanlarının ve dini uygulamalarının kısıtlanmaması ve fakat korunması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, maddenin devamında bu özgürlüğün, başka birisine zarar vermesini ve kamu barışını bozmasını engellemek için Papalık, Piskoposluk veya Mesih'in mesleği altında ahlaksızlığı ileri sürenleri ve uygulayanları kapsamayacağı belirtilmiştir.³⁸ 1689 tarihli Haklar Bildirisi'nde silah taşıma hakkı ile ilgili olarak Protestan tebaanın kendi koşullarına (olayın şartlarına) uygun olduğu ve yasanın izin verdiği ölçüde kendilerini savunmak için silah taşıyabileceği düzenlenmiştir.³⁹ William Blackstone (1723-1780) da bireylere tanınan bu hakları şu şekilde ifade etmiştir:⁴⁰

“Ülkemizin yasalarının gerekli kısıtlamalar altına koymadığı durumlar haricinde, bütün bu hak ve özgürlüklerden tam olarak yararlanmak bizim doğuştan hakkımızdır. Kısıtlamalar kendi içlerinde o kadar yumuşak ve ılımlıdır ki, ... hiçbir sağduyulu veya dürüst adam bunların esnediğini görmek istemez. Çünkü, kendimize veya yurttaşlarımıza zararlı olabilecek şeyler haricinde hiçbir şey kısıtlanmadan, iyi bir adamın yapmak isteyeceği her şeyi yapmak hepimizin elindedir.”

Nitekim Blackstone, aynı zamanda ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik ilkesini de dile getirmiştir.⁴¹

“[T]oplumun bir üyesinin siyasi veya medeni özgürlüğü, kamunun genel yararı için gerekli ve amaca uygun olduğu kadarıyla (daha ilerisine gitmeyen) insan

³⁷ Jean-Jacques Rousseau, “The Social Contract”, **Discourse on Political Economy and The Social Contract**, Trans. by Christopher Betts, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 1999, s. 68.

³⁸ Metin için bkz. Samuel Rawson Gardner, **The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660**, 12. Edition, Oxford, Clarendon Press, 1968, s. 405 vd, 416.

³⁹ Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction> (Çevrimiçi: 03.09.2022). Ayrıca bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Baskı, İstanbul, Legal, 2016, s. 253-255.

⁴⁰ William Blackstone, **Commentaries on the Laws of England**, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2016, s. 97. Loewenstein da, Büyük Britanya'da temel hakların, barış zamanında kamu düzeninin veya olağanüstü durumların gerektirebileceği yasal sınırlamalara bağlı olarak, *Common Law*'da temellendiğini ve mahkemeler tarafından uygulandığını belirtir. Karl Loewenstein, **Political Power and the Governmental Process**, 2. Edition, Chicago, The University of Chicago Press, 1965, s. 321.

⁴¹ Blackstone, **Commentaries on the Laws of England**, Vol. 1, s. 85.

yasaları tarafından sınırlanan doğal özgürlükten başka bir şey değildir.”

Aynı şekilde Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) de bu doğal özgürlüğün sınırlandırılmasında bazı kriterler belirterek hem ölçülülük ilkesinin bir nüvesini oluşturmuştur, hem de sınırlama doktrinine katkıda bulunmuştur. Buna göre, kamu hukukunun/kolluk hukukunun ilk ilkesi, “devlet, vatandaşlarının doğal özgürlüklerini, herkesin güvenlik ve özgürlüğünün var olabilmesi için ancak gerekli olduğu ölçüde sınırlayabil[mesi]” olmalıdır.⁴² Svarez, aynı zamanda dengeleme kriterinin de temelini atmıştır. Svarez’e göre, kolluk hukukunun ikinci temel ilkesi şudur: “Özgürlüğün kısıtlanmasıyla önlenen zarar, böyle bir kısıtlama sonucunda herkesin veya bireyin uğradığı dezavantajdan çok daha önemli olmalıdır.”⁴³ Robert von Mohl (1799-1875), 19. yüzyılda, bu kriteri biraz daha somutlaştırmıştır. Buna göre, devlet tarafından gözetilen kurum ne kadar önemli ise zorlamanın yoğunluğu da o ölçüde artabilir.⁴⁴ Her halükârda, bir hakka yapılan müdahale, amaca uygun ve olabildiğince az yoğun olmalıdır.⁴⁵ Teoride gerçekleşen bu fikirlere, pratik de kayıtsız kalmamış, özellikle Prusya Yüksek İdare Mahkemesi, 19. yüzyılın ikinci yarısında gereklilik fikrini ele almış ve ölçülülük ilkesini Alman idare hukukunun bir yasal ilkesi olarak tanımıştır.⁴⁶ Otto Mayer, 1895 yılında yayınlanan ders kitabında, bugün hala kullanılan ve tüm polis müdahaleleri için “en üst ilke” olarak geçerli olan “ölçülülük” (*Verhältnismäßigkeit*) terimini ortaya atmıştır.⁴⁷

Immanuel Kant (1724-1804), öncelikle doğuştan elde edilen haklar ile sonradan iktisap edilen haklar arasında bir ayrım yapar. Kant’a göre doğuştan elde edilen haklar, “tüm yasal işlemlerden bağımsız olarak, doğası gereği herkese ait olan bir haktır”. Özgürlük, bir başkasının zorlayıcı keyfiliğinden bağımsızlık olarak anlaşılır. Bu

⁴² Carl Gottlieb Svarez, **Vorträge über Recht und Staat**, Wiesbaden, Springer, 1960, s. 486, 501. Svarez, burada devletin oluşturduğu tekellerin vatandaşın, ürünleri istediği yerden alma özgürlüğünü sınırlandırdığını açıkklarken dile getirir. Bkz. Svarez, **Vorträge über Recht und Staat**, s. 498-501.

⁴³ Svarez, **Vorträge über Recht und Staat**, s. 487.

⁴⁴ Robert von Mohl, **Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**, Bd. I, 2. Auflage, Tübingen, H. Lauppschen Buchhandlung, 1844, s. 39.

⁴⁵ von Mohl, **Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**, Bd. I, s. 31.

⁴⁶ Bkz. *ProVGE* 1, 375 (378 vd.) - Nr. 56 [1876]; *ProVGE* 27, 325 (328 vd.) - Nr. 46 [1894]; Johann Caspar Bluntschli, **Allgemeines Staatsrecht**, Bd. II, 6. Auflage, Stuttgart, J. G. Cotta’schen Buchhandlung, 1885, s. 284; Johannes Biermann, **Privatrecht und Polizei in Preußen**, Berlin, Julius Springer, 1897, s. 19-20; Oliver Koch, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, s. 39.

⁴⁷ Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, s. 267, 297.

özgürlük, aynı zamanda eşitliği, onuru ve ifade özgürlüğünü içermelidir. İktisap edilen haklarda, doğuştan gelen hakların aksine bireyin bir fiili gereklidir. İktisap edilen haklarda bir anlaşmazlık olduğunda ise doğuştan gelen haklara başvurulur.⁴⁸ Kant'ın hukuk düşüncesinde bu özgürlük, halkın iradesinden doğan yasaya itaat ile belirlenir. Kant'a göre, bir devletin vatandaşı, ancak kendisinin rıza verdiği yasanın tanımladığı özgürlükten yararlanabilir.⁴⁹ Bununla beraber, yasanın işlevi herkesin özgürlüğünü karşılıklı sınırlar ile aynı anda gerçekleştirmeye çalışmaktır.⁵⁰

18. yüzyıl Amerikan belgelerinde her ne kadar temel hakların sınırlama olmadan güvence altına alındığı iddia edilse de⁵¹, bu belgelerin metinleri dikkatli incelendiğinde anayasal/temel hakların sınırlanmasına ilişkin düşünceler görülmektedir.⁵² Sözgelimi, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi'nin 3. maddesinde hükümet, ulusun, halkın veya toplumun ortak yararı, korunması ve güvenliği için kurulmuştur. Bu ifade, bir yandan devletin iktidarını sınırlamayı amaçlarken, diğer yandan doğal hukuk düşüncesinden doğan bu Bildiri'de, özellikle Locke'un etkisi düşünüldüğünde, devlete temel hakları sınırlandırmak için yetki vermektedir. Bu husus, aynı Bildiri'nin 6. maddesinde daha çok açığa çıkmaktadır. Madde 6'da, toplum ile sürekliliği olan bir ortak çıkara ve topluluğa bağlılığa sahip olan tüm erkeklere oy kullanma hakkı verilmiştir. Maddenin devamında, erkeklerin kendi rızaları veya temsilcilerinin rızaları olmadan vergilendirilemeyecekleri ve mülklerinden yoksun bırakılamayacakları ve aynı şekilde kamu yararı için kabul edilmeyen herhangi bir kanun ile de bağlı olmadıkları düzenlenmiştir. Bu maddeden, mefhumu muhalifinden istidlal (*argumentum a contrario*) ile bireylerin, oy hakkı verilerek vergilendirilebilecekleri ve mülkiyet haklarının sınırlanabileceği ve bunun kamu yararına sahip kanun ile olabileceği anlaşılmaktadır. ABD Anayasası'nda sınırlama kaydının açık bir şekilde düzenlenmemesi, gerekli sınırlamaların dışlanmasını zorunlu olarak gerektirmez. Aksine, bu gerekli sınırlamalar, sınırlama kaydına

⁴⁸ Immanuel Kant, "Die Metaphysik der Sitten", **Kant's gesammelte Schriften**, Bd. VI, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1914, s. 237-238; Stern, "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", s. 102.

⁴⁹ Kant, "Die Metaphysik der Sitten", s. 313-314; Stern, "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", s. 102-103; Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 238.

⁵⁰ Kant, "Die Metaphysik der Sitten", s. 271; Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 238.

⁵¹ Eike von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, s. 13; Georg Jellinek, **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Berlin, Julius Springer, 1929, s. 413-416. Krş. Loewenstein, **Political Power and the Governmental Process**, s. 321.

⁵² Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 239.

dayanmadan yargı tarafından geliştirilir.⁵³ Sözgelimi, Birinci Değişiklik'te düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının tahdit edilmesi/sınırlanması özellikle hangi ifadenin hakkın kapsamına gireceği ile ortaya çıkar.⁵⁴ Burada bir ifadenin Birinci Değişiklik'ten yararlanıp yararlanamayacağı sözgelimi bu ifadenin *kışkırtıcı ifade (fighting words)* olup olmadığı ile belirlenir.⁵⁵

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi temel haklar için öngörülen sınırlama kayıtları, Amerikan belgelerinden farklılık oluşturur.⁵⁶ Bildiri'nin 4. maddesinde özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapmak olarak tanımlanır. Özgürlük, en başından itibaren başkasına verilen zarar ile sınırlanmıştır. Madde 5'te ise topluma zararlı olan eylemlerin yasa ile yasaklanabileceği öngörülmüştür. Madde 10'da kimsenin dini görüşleri de dahil olmak üzere görüşlerinden dolayı rahatsız edilmeme hakkı, yasayla kurulmuş kamu düzeni ile sınırlanmıştır. Madde 11'de ifade ve basın özgürlüğü, yasa tarafından tanımlanan kötüye kullanma yasağı ile sınırlanmıştır. Madde 17'de ise kanunla belirlenmiş umumi bir zaruretin bulunması ve mal sahibinin önceden hakaniyete uygun olarak tazmin edilmesi ile mal sahibinin malından mahrum edilebileceği veya diğer bir deyişle kamulaştırma yapılabileceği öngörülmüştür.

18. yüzyılın sonunda yaşanan büyük devrimlerle, temel hakların doğal hukuktan, aklilik/rasyonellik ilkesinden, Hristiyan düşüncelerden, felsefi temellerden, pozitif hukukta uygulanma aşamasına geçişi de gerçekleşmiştir. Temel hakların, beyannamelerde veya anayasalarda formüle edilmesine ve uygulanmasına ve yüzyıllardır süren fikri hazırlıkların belirli bir aşamaya erişmesine yol açmıştır.⁵⁷ Bu fikri hazırlıkların

⁵³ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 239; Loewenstein, **Political Power and the Governmental Process**, s. 321-322; Jellinek, **Allgemeine Staatslehre**, s. 413-416.

⁵⁴ Bu yönde bkz. Alexander Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, 3. Edition, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2004, s. 256-257; Hafize Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul, Legal, 2019, s. 39-40.

⁵⁵ Bkz. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Nitekim Hâkim Holmes tarafından geliştirilen "açık ve yakın tehlike" formülünün benimsendiği Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kararları için bkz. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

⁵⁶ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 240-241.

⁵⁷ Klaus Stern, "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 11; Klaus Stern, "Die Idee der Menschen- und Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 6-10; Hasso Hofmann, "Die Grundrechte 1789 - 1949 - 1989", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1989, pp. 3177-3187, s. 3177.

temelinde ise sübjektif, temel ve devredilemez insan haklarını ileri süren Hanefî-İslâm hukuku bilginleri ve 11. Yüzyılda vefat eden Ebû Zeyd ed-Debûsî yer alır.⁵⁸

2.1.1.2.2. 19. Yüzyıl ve Sonrasında Anayasal Hakların Sınırlanması

Sübjektif hakların ilk olarak özel hukukta belirmesi, bu hakların sınırlanması sorununu da ilk olarak özel hukuka taşımıştır. Bu bakımdan özel hukukta gelişen sınırlama doktrini (2.1.1.2.2.1.) incelendikten sonra kamu hukukundaki gelişim (2.1.1.2.2.2.) belirlenecektir. Bunların yanı sıra, 19. yüzyıl ve sonrasındaki Alman anayasal belgelerinde ve doktrinde ortaya çıkan temel/anayasal hakların sınırlanmasına ilişkin görüşlere yer verilecektir (2.1.1.2.2.3.). Son olarak da 19. yüzyıl ve sonrası Osmanlı-Türk anayasal belgelerinde anayasal hakların gelişimi incelenecektir (2.1.1.2.2.4.).

2.1.1.2.2.1. Özel Hukukta Sınırlama Doktrini

Harici teorinin özel hukuktaki izleri Roma hukukuna⁵⁹, dahili teorinin izleri ise Alman hukuk düşüncesine⁶⁰ dayandırılmaktadır.⁶¹ Burada tartışılan en önemli husus mülkiyet kavramına ve bu hakkın nasıl sınırlanacağına ilişkindir. Her ne kadar Roma hukukunda mülkiyet hakkının daha çok kendisiyle veyahut sosyal bağ dolayısıyla içerdiren sınırlı olduğu görüşü ileri sürülse de⁶², Roma hukukunda mülkiyet hakkını dışarıdan sınırlamanın mümkün olduğu belirtilir.⁶³ Bununla beraber, *Gai 1, 53*'te kölelerle ilgili olarak vatandaşların haklarını kötü bir şekilde kullanmama gerekliliği ifade edilir.⁶⁴

19. yüzyılda Alman hukukunda kendine özgü bir mülkiyet kavramı⁶⁵

⁵⁸ Bkz. Asım Cüneyd Köksal, "İnsan Haklarının Felsefi Krizi: İslâmi Bir Perspektif", **Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi**, C. 58, 2020, pp. 25-67, s. 29 vd.

⁵⁹ Paul Jörs - Wolfgang Kunkel - Leopold Wenger, **Römisches Recht**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 1949, s. 120, 124.

⁶⁰ Rudolph von Jhering, **Zweck im Recht**, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1877, s. 519; von Gierke, **Die Soziale Aufgabe des Privatrechts**, s. 20; Otto von Gierke, **Deutsches Privatrecht**, Bd. II, Leipzig, Duncker & Humblot, 1905, s. 348; Otto von Gierke, **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. II, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1873, s. 137 vd.

⁶¹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 84-85.

⁶² Max Kaser, **Das Römisches Privatrecht**, München, C. H. Beck, 1955, s. 105, 125; Max Kaser, **Römisches Privatrecht**, 16. Auflage, München, C. H. Beck, 1992, s. 107-108; Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin, Springer, 2015, s. 56; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 86-87.

⁶³ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 59 vd., 149 vd.; Jörs - Kunkel - Wenger, **Römisches Recht**, s. 120, 124; Friedrich Endemann, **Römisches Privatrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1925, s. 110-111.

⁶⁴ Honsell, **Römisches Recht**, s. 56; Edward Poste, **Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius**, Oxford, Clarendon Press, 1904, s. 36-39. "*male enim nostro iure uti non debemus*" ("Haklarımızı kötü bir şekilde kullanmamalıyız").

⁶⁵ Burada özellikle Albrecht'in benimsediği ve daha çok fiziki kontrolü ifade eden "*Gewere*"

geliştirilmiştir. Bu dönemde, öncelikle, *fief*⁶⁶ olarak mamelekin tanrı tarafından insana verildiğinden ve insanlar bu sebeple tanrıya karşı sorumlu olduğundan, mülkiyet hakkının ahlaki bir kullanım yetkisi tanıdığı ve dolayısıyla ahlaki olmayan kullanımların hakkın kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür.⁶⁷ Nitekim Schmidt'in bu mülkiyet tanımı, Wilhelm Arnold⁶⁸ ve Otto von Gierke⁶⁹ tarafından Alman medeni hukukunun bir parçası haline getirilmiştir.⁷⁰ Weimar öncesi mülkiyet hakkı için geliştirilen bu tanımlamalar nihayetinde Nasyonal Sosyalizm zamanında, Wolfgang Siebert tarafından daha da ileri götürülmüştür. Bireyi topluma mutlak bir şekilde bağlayan bu düşüncede, toplum temel sebep, amaç ve temel yapı olduğundan, toplumsal gereklilikler, bireyin hakkını dışarıdan değil, içeriden sınırlar. Dolayısıyla bireyin topluma olan bu mutlak bağlılığı, bireyin toplumun zararına veya toplumdan ayrı olarak en başından itibaren bir hak elde edememesine yol açar.⁷¹

Alman hukuk doktrininde ortaya çıkan bu eğilim, 19. yüzyılda diğer ülkelerin özel hukuk uygulamalarında da belirmiştir. *Code Napoleon* Madde 544'te mülkiyet

kavramı üzerinden mülkiyet kavramı belirlenir. Bkz. Wilhelm Eduard Albrecht, **Die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts**, Königsberg, Gebrüder Bornträger, 1828, s. 1 vd.

⁶⁶ Kavram için ayrıca bkz. Tosun, **Bölge Devlet**, s. 35-36; Otto von Gierke, **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. I, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868, s. 153 vd.; Perry Anderson, **Passages from Antiquity to Feudalism**, London, New Left Books, 1974, s.139-140; Marc Bloch, **Feudal Society: The Growth of Ties of Dependence**, Vol. I, Translated by L. A. Manyon London, 2. Edition, Routledge and Kegan Paul, 1962, s. 18, 150, 164-168, 181-183, 245; Scott L. Taylor, "Feudalism in Literature and Society", **Handbook of Medieval Culture: Fundamental Aspects and Conditions of the European Middle Ages**, Ed. by Albrecht Classen, Berlin, Walter de Gruyter, 2015 s. 474; Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım**, 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 34, 40; Scott L. Taylor, "Law in Literature and Society", **Handbook of Medieval Culture: Fundamental Aspects and Conditions of the European Middle Ages**, Ed. by Albrecht Classen, Berlin, Walter de Gruyter, 2015, s. 840; Jean Touchard, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Çev. İsmail Yerguz, İstanbul, İslık Yayınları, 2015, s. 176-177.

⁶⁷ Carl Adolf Schmidt, **Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte**, Bd. I, Rostock, Stiller, 1853, s. 224.

⁶⁸ Wilhelm Arnold, **Cultur und Recht der Römer**, Berlin, Ferd Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1868, s. 171 vd.

⁶⁹ von Gierke, **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. II, s. 137 vd.; von Gierke, **Die Soziale Aufgabe des Privatrechts**, s. 20; von Gierke, **Deutsches Privatrecht**, Bd. II, s. 348.

⁷⁰ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 88-89.

⁷¹ Wolfgang Siebert, "Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht", **Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung**, Ed. by Hans Frank, 2. Auflage, München, Franz Eher Nachfolger, 1935, s. 957 vd.; Wolfgang Siebert, "Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung", **Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft**, Ed. by Georg Dahm - Ernst Rudolf Huber - Karl Larenz - Karl Michaelis - Friedrich Schaffstein - Wolfgang Siebert, Berlin, Junker und Dünhaupt, 1935, s. 201.

hakkı, yasayla sınırlanabilen mutlak bir hak olarak tanımlanmıştır.⁷² Mülkiyet hakkının katı bir şekilde tanımlanması, yargılamalarda yasal olmayan sınırlamaların belirlenmesine sebep olmuştur. 2 Mayıs 1855 tarihinde, Colmar mahkemesi⁷³, komşusunun gürültüsünü kapatmak ve komşusunu karanlık içinde bırakmak için kişinin kendi taşınmazına sahte bir baca inşa etmesini, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı içerisinde görmemiştir. Mahkemeye göre, mülkiyet hakkının kullanımı, hak sahibinin ciddi ve meşru bir menfaati ile sınırlıdır. Mahkeme, hak sahibine bir menfaat sağlamayan ve başkasına da ciddi bir zarar veren kötü niyetli fiillerin, ahlak ve eşitlik ilkeleri sebebiyle kişinin mülkiyet hakkının korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir.⁷⁴ Yasal olmayan sınırlamanın uygulanması, Fransız özel hukukunda Colmar mahkemesinin bu kararı ile sınırlı kalmamış ve temel bir kabul haline gelmiştir. Buna göre, makul olmayan, kötü niyetli ve/veya kötüye kullanılan hakların korunmayacağı Fransız mahkemeleri tarafından benimsenmiştir.⁷⁵ Nitekim bu dönemde Louis Josserand tarafından ileri sürülen sosyal fonksiyon düşüncesi de önemlidir. Josserand bireysel hakları, bireyin özerk alanından toplumsal alana kaydığını ileri sürmüş ve bu hakların kullanımını toplumsal fonksiyonlarla bağlı tutmuştur. Dolayısıyla, hakkın sosyal fonksiyonu ile uyuşmayan hak kullanımları, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Bu yüzden, bir hakkın sosyal fonksiyonu ile uyuşmayan fiil, hakkın kapsamında yer almaz.⁷⁶

2.1.1.2.2. Kamu Hukukunda Sınırlama Doktrini

Bir sınırlama teorisinin geliştirilmesi, büyük ölçüde sınırlanan hakların subjektif

⁷² Bkz. **Code Napoleon or, the French Civil Code**, London, William Benning, 1827, s. 150.

⁷³ Colmar, May 2, 1855, D.P. 1856.2.9'dan aktaran Julio Cueto-Rua, "Abuse of Rights", **Louisiana Law Review**, Vol. 35, No. 5, 1975, pp. 965-1013, s. 965; Anna di Robilant, **Abuse of Rights: The Continental Drug and Common Law**, Boston University School of Law Working Paper No. 14-28, 2014, s. 68.

⁷⁴ Cueto-Rua, "Abuse of Rights", s. 965; Vera Bolgár, "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine", **Louisiana Law Review**, Vol. 35, No. 5, 1975, pp. 1015-1036, s. 1021; András Sajó, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Ed. by András Sajó, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, s. 38-39; di Robilant, **Abuse of Rights**, s. 68.

⁷⁵ Bkz. Maurice Sheldon Amos, "Abusive Exercise of Rights According to French Law", **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Vol. 2, No. 3, 1900, pp. 453-463, s. 454 vd.; Cueto-Rua, "Abuse of Rights", s. 965-966; di Robilant, **Abuse of Rights**, s. 68 vd.

⁷⁶ Bolgár, "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland", s. 1016-1017; Sajó, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", s. 63; Jan Paulsson, **The Unruly Notion of Abuse of Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, s. 47 vd. Sosyal fonksiyon teorisi, bazı Marksist hukuk teorilerini de etkilemiştir. Bkz. Evgeny B. Pashukanis, **The General Theory of Law and Marxism**, New Brunswick, Transaction Publishers, 2003, s. 103; Karl Renner, **The Institution of Private Law and their Social Functions**, London, Routledge & Kegan Paul, 1949, s. 55 vd.

niteliğine bağlıdır. Sübjektif olarak bağlayıcılık sağlamayan bir hakkın sınırlanmaya da bir ihtiyacı yoktur. 19. yüzyılda, temel hak ve özgürlüklerin aslında bireyi yasayla öngörülen bir zorlamaya karşı değil ve fakat yasasız bir zorlamaya karşı koruduğu görülmektedir.⁷⁷ Nasyonal Sosyalist yönetimine kadar, Otto von Gierke, Carl Schmitt ve Rudolf Smend kendi teorileri çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili bazı görüşler ileri sürmüştür.⁷⁸

Otto von Gierke'nin eserlerinin merkezinde, "kooperatif toplum" (*Genossenschaft*) kavramı yer alır.⁷⁹ Bununla beraber, bu toplumsallık merkezli tezde, von Gierke, radikal bir toplumsallık ideolojisini benimsemez. Devlet ile birey arasındaki ilişki, yalnızca bir üyelik ilişkisi değildir. Rousseau'nun birey-vatandaş ve genel irade/so-mut(yönetilen) halk ayırımına benzer bir şekilde⁸⁰, von Gierke'nin bireye iki farklı alan tanıdığı görülmektedir.⁸¹ Temel hak ve özgürlükler ile vatandaş, devletin kendisine kooperatif toplumun üyesi olarak değil ve fakat belirli ölçüde bu toplumdan ayrı bir birey olarak bir anayasal hak talebi elde eder. Bu bağlamda, temel hak ve özgürlükler, bireyin, "vatandaş" içinde erimesini engeller. Buna göre, devlet bireyin kişiliğinin yalnızca belirli bir kısmını sönmüleyebilir, en yüksek kamu yararı söz konusu olsa bile devletin dokunamayacağı bir bireysel özgürlük alanı vardır.⁸² Dolayısıyla bireyin temel hak ve özgürlükleri, kooperatif topluma üye olarak sınırlanırken, bu sınırlamanın vatandaşın bireysel özgürlüğünün belirli bir alanına (hakkın özüne) kadar izin verilmesi, temel hak ve özgürlüklerin dışarıdan sınırlandırılmasını ifade eder.

Carl Schmitt erken dönem eserlerinde (1928), temel hak ve özgürlüklerin bir hukuk devletinde, devletin yasasıyla onaya ihtiyacı bulunmayan devletten önce ve devletin üstünde haklar olduğunu belirtir. Buna göre, devlet yalnızca ölçülebilir bir

⁷⁷ Johann Christoph Freiherrn v. Aretin - Karl v. Rotteck, **Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie**, Bd. II/1, Altenburg, Literatur Comptvir, 1827, s. 5; Georg Jellinek, **System der Subjektiven Öffentlichen Rechte**, Freiburg, J. C. B. Mohr, 1892, s. 98.

⁷⁸ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 91 vd.

⁷⁹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 92. Bkz. Otto von Gierke, **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung**, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1887.

⁸⁰ Mehmet Ali Ağaoğulları, "Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-2, 1991, pp. 21-30, s. 22; Mehmet Ali Ağaoğulları, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 2.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2013, s. 77-78.

⁸¹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 92.

⁸² Otto von Gierke, "Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtsprechung", **Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung: Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich**, Vol. 7, 1883, pp. 1097-1195, s. 1133; Otto von Gierke, "Recht und Sittlichkeit", **Logos**, Vol. 6, 1916/1917, pp. 211-264, s. 260 vd.

şekilde ve müdahale usulü düzenlendikten sonra bu haklara müdahale edebilir.⁸³ Schmitt, temel hak ve özgürlüklerin tanınmasıyla, bir yanda bireyin kural olarak sınırlanmayan bir özgürlük alanının, diğer yanda ise kural olarak devletin sınırlı, ölçülebilir ve denetlenebilir müdahale imkanının olduğunu belirtir.⁸⁴ Her yasa, idarenin her müdahalesi, devletin her sınırlaması kural olarak sınırlı, ölçülebilir ve öngörülebilir olmalı ve devlet tarafından gerçekleştirilen her kontrolün yeniden kontrol edilebilir olması gerekir.⁸⁵ Schmitt, temel hak ve özgürlüklerin ölçülebilir ve öngörülebilir bir şekilde sınırlandırılmasını kabul etse de bu sınırlandırmanın hangi kriterle gerçekleşeceğini Rudolf Smend belirlemiştir.⁸⁶

Anayasal hakların sınırlandırılmasında dengeleme düşüncesi, ilk defa Rudolf Smend tarafından ileri sürülmüştür. Smend, Weimar Anayasası Madde 118'de⁸⁷ düzenlenen ifade özgürlüğü ve onun genel yasa ile sınırlanmasını yorumlarken dengeleme düşüncesine ulaşmıştır. Buna göre, bir yasa, ifade özgürlüğünden daha önemli bir toplumsal menfaati koruyorsa genel yasadır. Burada genel yasa, ifade özgürlüğüne üstün gelen bir toplumsal menfaati koruyan yasayı ifade eder.⁸⁸

Nasyonal Sosyalizm dönemi doktrininde, toplumsallığın temel aldığı ve hatta bireyselliği yok ettiği bir anlayış hâkim olmuştur. Buna göre, sözgelimi kişi özgürlüğü hakkı, liberal hukuk devleti temelinde devlet ile bireyi karşı karşıya getirdiğinden, nasyonal sosyalist hukuk düşüncesi ile uyumsuz bulunmuştur.⁸⁹ Nitekim bu dönemde liberal hak kuramı da pek taraftar bulmamıştır. Anayasal haklar, temel olarak devletten talep edilebilen sübjektif haklar değil ve fakat düzen ilkelerinin objektif çekirdeğini

⁸³ Carl Schmitt, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, s. 163.

⁸⁴ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164.

⁸⁵ Carl Schmitt, "Grundrechte und Grundpflichten", **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, s. 208 vd.; Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164 vd.

⁸⁶ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 93.

⁸⁷ Weimar Anayasası Madde 118/I/1: Her Alman, genel yasanın sınırları içerisinde yazılı, basılı, resim veya diğer herhangi bir şekilde kendi düşüncesini özgürce ifade etme hakkına sahiptir.

⁸⁸ Rudolf Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928, s. 52.

⁸⁹ Siegmund Dannbeck, "Freiheit der Persönlichkeit im nationalsozialistischen Gemeinschaftsstaat", **Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung**, Ed. by Hans Frank, 2. Auflage, München, Franz Eher Nachfolger, 1935, s. 427; Ulrich Scheuner, "Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft", **Deutsches Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans Frank, München, Franz Eher Nachfolger, 1937, s. 89; Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 94.

teşkil eder.⁹⁰ Bu itibarla, devletten önce veyahut devletin üstünde bulunan kişi özgürlüğüne saygı gösterme yükümlülüğü devletten beklenemez. Bu durumda bireyin konumu, toplumun bir üyesinden başka bir şey değildir.⁹¹ Dolayısıyla bireye herhangi bir özerk alan bırakmaması ve onu bütünüyle toplumun içinde eritmesi bakımından, Nasional Sosyalizm döneminde hakkın sınırlandırılması ile ilgili olarak dahili teorinin benimsendiği anlaşılmaktadır.⁹²

Alman Anayasasının, anayasal hakların sınırlandırılmasında, gerek ilk dönemler gerekse hazırlık çalışmaları bakımından, hangi teorinin benimsendiği belirsiz ve tartışmalı kalmıştır. Bu tartışmanın temelinde, anayasal haklar için genel bir sınırlama normu öngörülen *Herrenchiessee Taslağı*'nın⁹³ 21. maddesi⁹⁴ yatmaktadır. Taslağın 21/4 hükmünün açık bir şekilde harici teoriyi benimsediği görülmektedir. Burada, belirli toplumsal değerler ile yasaya dayanarak bütün anayasal haklar için nitelikli yasa kaydı/sınırlama klotu belirlenmiştir. Ancak diğer yandan aynı maddenin 3. fıkrasının anayasal hakların geçerli ve etkili olmasını "anayasal hakların içeriğinden aksi sonuç elde edilmeme" şartına bağlaması, bu genel sınırlama klotunu dahili teoriye yaklaştırmıştır. Herrenchiessee Taslağı'nın bu bağlamda, her iki teoriyi de benimsediğini kabul etmek gerekir.⁹⁵ Ancak Herrenchiessee Taslağı Madde 21/3 ve 21/4

⁹⁰ Ernst Rudolf Huber, "Bedeutungswandel der Grundrechte", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 62 (N.F. 23), No. 1, 1933, pp. 1-98, s. 79 vd.

⁹¹ Ernst Rudolf Huber, **Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches**, 2. Auflage, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939, s. 361; Dannbeck, "Freiheit der Persönlichkeit im nationalsozialistischen Gemeinschaftsstaat", s. 431; Otto Koellreutter, **Grundriß der Allgemeinen Staatslehre**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1933, s. 105.

⁹² Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 95.

⁹³ Bkz. Peter Bucher, **Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle**, Bd. II, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1981, s. 44 vd., 504 vd., 579 vd. Taslağın Alman Anayasası ile karşılaştırmalı metinlerini incelemek ve taslak hazırlanırken yapılan tartışmalar için bkz. Angela Bauer-Kirsch, "Herrenchiessee: Der Verfassungskonvent von Herrenchiessee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates", **Bonn Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi**, 2005.

⁹⁴ **Herrenchiessee Taslağı Madde 21**

- (1) Temel haklar ilga edilemez. Böyle bir amacı hedefleyen uygulamalar geçersizdir.
- (2) Temel haklar, yasama organını, hakimleri ve idareyi doğrudan bağlar.
- (3) Temel hakların içeriğinden aksi sonuç elde edilmedikçe, temel haklar, genel hukuk düzeni çerçevesinde anlaşılır.
- (4) Bir temel hakkın sınırlanması, yalnızca yasa ile ve kamu güvenliği, ahlakı veya sağlığı bunu zorunlu kılması şartıyla caizdir. Bir temel hakkın sınırlandırılması veya kanunla daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, söz konusu temel hakkın özüne dokunulmadan yapılmalıdır.
- (5) Olağanüstü hâl yasası (Madde 111 fıkra 3 ve 4), bundan etkilenmez.

⁹⁵ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 78-79.

hükümlerinin yasama organına tehlikeli denebilecek ölçüde yetki verdiği düşünülerek genel yasa kaydı/sınırlama klotundan vazgeçilmiştir.⁹⁶ Bunun yerine, sınırlama klotlarının daha fazla somutlaştırılması ve belirli hale getirilmesi, sınırlandırılabilirliğin kapsamının “daha fazla açıklığa kavuşturulması” ve böylece aynı zamanda “anayasal hakların daha fazla korunmasının” sağlanması istenmiştir.⁹⁷

FAYM’ın ilk dönem kararlarında dahili teoriden izler görülmektedir.⁹⁸ Mahkeme, bu dönem kararlarında, sözelimi Alman Anayasası Madde 2/2 ve Madde 104/1’de düzenlenen ve basit yasa kaydına tabi olan kişi özgürlüğü hakkının usulüne uygun olarak çıkarılan yasayla başından itibaren sınırlı olduğunu belirtir.⁹⁹ Yine başka bir kararda, Madde 2/1’de düzenlenen genel fiil özgürlüğü hakkının, sınırlama klotunda öngörülen başkalarının hakkını, anayasal düzeni veya ahlak kurallarını ihlal etmedikçe başından itibaren güvence altına alındığını ifade etmiştir.¹⁰⁰ Ancak bu durum Mahkeme’nin içtihatlarında ölçülülük ilkesinin yerleşmeye başlamasıyla değişikliğe uğramıştır. Mahkeme öncelikle, hakkın içeriğinin belirlenmesi ile hakkın sınırlandırılmasını birbirinden ayırmıştır. Buna göre, hakkın içeriği belirlendikten sonra ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırma yapılacaktır.¹⁰¹

FAYM, *Dinleme* kararında¹⁰² dahili teoriyi açıkça reddetmiştir. Haberleşmenin gizliliği hakkını ilgilendiren bu vakada, sınırlama klotuna uygun olmadan getirilen idarenin dinleme yetkileri için Mahkeme doktrinde ve içtihatlarda¹⁰³, içkin sınırlamanın veyahut dahili teorinin benimsendiğini ve dolayısıyla hakkın kapsamında olmayan böyle bir menfaat için sınırlama klotuna tabi olunmayacağını ileri sürüldüğünü belirtmiştir.¹⁰⁴ Ancak Mahkeme, ileri sürülen bu dahili teorinin anayasal hakların anlamı

⁹⁶ Gerhard Leibholz - Hermann v. Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Bd. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951, s. 177.

⁹⁷ Eberhard Pikart - Wolfram Werner, **Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle**, Bd. V/1, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1993, s. 215.

⁹⁸ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 96.

⁹⁹ BVerfGE 1, 418 (420) - Ahndungsgesetz [1952].

¹⁰⁰ BVerfGE 4, 7 (15) - Investitionshilfe [1954].

¹⁰¹ BVerfGE 32, 54 (72) - Betriebsbetretungsrecht [1971].

¹⁰² BVerfGE 85, 386 - Fangschaltungen [1992].

¹⁰³ Bkz. FAYM’ın dinleme ile ilgili olarak haberleşmenin gizliliğinin içkin sınırlarına dahil olduğunu belirttiği kararı için bkz. BVerwG, **NJW**, 1984, pp. 2112-2113, s. 2112 - Innere Begrenzung des Postgeheimnisses durch postbetriebliche Erfordernisse. Aynı belirlemeyi yapan Köln Yüksek Mahkemesi’nin kararı için de bkz. **OLG Köln**, **NJW**, 1970, pp. 1856-1857, s. 1857 - Recht zur Überwachung eines Fernsprechanchlusses.

¹⁰⁴ BVerfGE 85, 386 (396-397) - Fangschaltungen [1992].

bakımından doğru olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, dahili teori, müdahale merkezli bir sav içerir. Ancak anayasal haklar, bireyin özgürlüğü merkezinde anlaşıl-mak zorundadır. Bu bağlamda Mahkeme, hakkın kötüye kullanılması yasağına daya-nılarak hakkın kapsamının/koruma alanının tahdit edilemeyeceğini belirtmiştir. Hakkın kapsamında yer alan menfaatlerin, davranışların ve hukuki pozisyonların, anayasal gereklilikler çerçevesinde sınırlanacağını kabul etmiştir.¹⁰⁵ Bu itibarla, FAYM'ın açık bir şekilde dahili teoriyi reddettiği ve harici teoriyi benimsediği söylenebilir.¹⁰⁶ Alman anayasa doktrinde, dahili teoriyi azınlıkta kalan Häberle ve Krebs gibi yazarlar sa-vunurken, çoğunluk görüşü temsil eden Alexy ve öğrencileri harici teoriyi benimse-miştir.

2.1.1.2.2.3. 19. Yüzyıl ve Sonrası Alman Belgelerinde Anayasal Haklara ve Anayasal Hakların Sınırlandırılmasına İlişkin Görüşler

Bonn Anayasası öncesinde Alman anayasal belgeleri dört bölüme ayrılır. An-cak burada, 19. yüzyıldaki Alman anayasal jurisprudansında anayasal hak sınırlama-sına ilişkin temel hususlar ve son bölüm olan Weimar dönemi incelenecektir.

Anayasanın ve anayasal hakların yasalara üstün olduğu görüşü, 19. yüzyıla hâkim olan anayasa teorisine yabancıdır.¹⁰⁷ Laband'a göre, hem anayasanın hem de yasanın egemenin iradesine dayanmasından dolayı anayasa yasadın üstün de ğil-dir.¹⁰⁸ Anschütz'e göre, yasa anayasada izin verilenleri yasaklananlara dönüştürebilir. Yasa koyucunun anayasanın herhangi bir maddesiyle çelişen herhangi bir kararı, anayasanın değiştirilmesini ifade eder.¹⁰⁹ Anayasa, yasama organından üstün de ğil, onun kontrolündedir.¹¹⁰ Anayasal haklar, bireyi yalnızca idareye (monarşiye) karşı

¹⁰⁵ BVerfGE 85, 386 (397) - Fangschaltungen [1992].

¹⁰⁶ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 96.

¹⁰⁷ Axel Hopfau, "Einleitung", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Hey-mann, 2018, s. 46.

¹⁰⁸ Paul Laband, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. I, 3. Auflage, Freiburg, J. C. B. Mohr, 1895, s. 521.

¹⁰⁹ Gerhard Anschütz, **Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Ja-nuar 1850: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis**, Bd. I, Berlin, D. Häring, 1912, s. 134.

¹¹⁰ Georg Meyer, **Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes**, 4. Auflage, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, s. 509 vd. Bununla birlikte, yasa koyucunun basit yasa ile anayasayı de ğiş-tirme kudreti, i) Alman devletlerinin bir araya gelmelerini sağlayan anlaşma hükümleri ile, ii) federe yönetimlere 1871 İmparatorluk Anayasası tarafından yetki verilen konularda ilgili federe yönetimin rızasıyla ve iii) Kuzey Almanya Federal Konfederasyonu ile güney Alman devletleri arasında yapılan anlaşma hükümleri ile sınırlıdır. Bkz. Meyer, **Lehrbuch des deutschen Sta-tsrechtes**, s. 509 vd., 513 vd. 517 vd.

koruyan bir norm olarak tanınmıştır. Anayasal haklar, idarenin kanuniliğini güvence altına almıştır. Halk tarafından seçilen bir parlamentonun anayasayı ihlal etme olasılığı henüz düşünülmediğinden, anayasal hakların yasama organına karşı da koruma sağaldığı ve onu bağladığı fikri gereksiz görülmüştür.¹¹¹ Bu normatif zayıflığa rağmen, 19. yüzyıl Alman anayasalarında, temel hakların pozitif formülasyonu, Almanya’da polis devletinden anayasal devlete geçiş dönemini ifade eder. Anayasal hakların sembolik varlığı dahi bireyin devlet karşısında haklara sahip olduğunu kapalı bir şekilde işlemiştir. Bu dönemde, temel haklar, devletin dışlanması, devletten bağımsız bir alan, devlet öncesi özgürlük anlamında değil ama devlet tarafından garanti edilen bir özgürlük olarak anlaşılmıştır. Burada temel haklar anayasal bir ilke değil, daha ziyade devletin örgütlenme ilkesidir.¹¹²

En azından Birinci Dünya Savaşı’na kadar anayasal hakların yalnızca yasal olmayan zorlamalara karşı bir hak verdiği düşüncesi hakimiyetini göstermektedir.¹¹³ Bununla beraber, doktrinde daha farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Anayasal hakların anayasada yer almadığı 1871 Alman Anayasası (Birinci İmparatorluk) döneminde, anayasanın normatif-hiyerarşik üstünlüğünün yokluğunda ve mevcut anayasal hak anlayışı çerçevesinde, temel hakların yasalarla güvence altına alınması temel hakların anayasada güvence altına alınması ile aynı işlevi görür.¹¹⁴ Anayasal/Temel haklar yalnızca idareye yönelik olarak düzenlendiklerinden ve idari/yürütmeye ilişkin yetkilerin çoğunluğu da federe yönetimlere bırakıldığından dolayı, İmparatorluk düzeyinde/federal düzeyde anayasal/temel hak güvencelerinden vazgeçmenin makul olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁵ Böylece bu yasalar, temel haklar kataloğunun eksikliğinin yerini almış ve Alman anayasal mevzuatının bir parçası olarak anlaşılmıştır. Buna ek olarak, güçlü bir federal yapıya sahip olan Birinci İmparatorluk’ta, federe yönetimlerin

¹¹¹ Anschütz, **Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850**, s. 96, 135; Rainer Wahl, “Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts”, **Der Staat**, Vol. 18, No. 3, 1979, pp. 321-348, s. 329-330.

¹¹² Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 39. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2023, s. 9.

¹¹³ Gerhard Anschütz, “Deutsches Staatsrecht”, **Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung**, Ed. by Franz von Holtzendorff - Josef Kohler, 7. Auflage, München, Duncker & Humblot, 1914, s. 90; Klaus Stern, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 59; Dietmar Willoweit, **Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Frankreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands**, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2001, s. 306.

¹¹⁴ Willoweit, **Deutsche Verfassungsgeschichte**, s. 306.

¹¹⁵ Hopfauf, “Einleitung”, s. 50.

anayasalarında temel haklar güvence altına alınmıştır.¹¹⁶ Diğer taraftan, yasaların uygulanması temel olarak federe yönetimlere bırakılmıştır ve bu nedenle kendi anayasalarında yer alan temel haklarla bağlı tutulmuş ve İmparatorluk Anayasası'nda yer alan bir temel hak kataloğunun üniterleştirme etkisi İmparatorluğun federalist karakterine bir tehlike olarak görülmüştür.¹¹⁷ Bunların yanı sıra, bu dönemde "mülkiyet ve özgürlük" formülü benimsenmiştir. Bu formül, bireylerin mülkiyetine ve özgürlüğüne müdahale eden her devlet faaliyetinin yasaya dayanma gerekliliğini ortaya koyar. Bu bakımdan, yürütme organının anayasal hakları sınırlarken parlamentodan izin alması gerekli olmaktadır.¹¹⁸ Bu slogan, burjuvazinin kraliyet ve onun idaresi ile olan çatışmasında, yasal bir kazanım olarak yasa kaydı yetkisini kazanmasını ifade eder.¹¹⁹ Her halükârda, özellikle temel hak normlarının anayasada güvence altına alınmayarak yasama organını bağlayamaması, temel bir eksiklik oluşturmuştur.¹²⁰ Yasaların maddi olarak anayasaya uygunluğunun incelenmesi ve bu şekilde bir anayasal yargı alanının oluşturulması da içtihatlar¹²¹ ve doktrin tarafından reddedilmiştir.¹²²

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1919 tarihli Weimar Anayasası oluşturulmuştur.¹²³ Weimar Anayasası'nda düzenlenen anayasal hakların 1871 İmparatorluk Anayasası döneminde, 1914'e kadar anayasa altı mevzuatlarda ulaşılan anayasal hak standardıyla bir süreklilik ilişkisi vardır.¹²⁴ Anayasal haklar, Weimar Anayasası ile birlikte pozitif anayasada yerini alır. Anayasal hakların tebellür etmesi ve anayasanın üstünlüğünün benimsenmesi ile anayasal hakların sınırlandırılması problemi gündeme gelir. Weimar Anayasası, yeknesak bir sınırlama yaklaşımı benimsememiş ve

¹¹⁶ Horst Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 60.

¹¹⁷ Peter Badura, **Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 40.

¹¹⁸ Friedhelm Hufen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 24

¹¹⁹ Hopfauf, "Einleitung", s. 46.

¹²⁰ Jörg-Detlef Kühne, "Von der bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 140 vd.; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 60.

¹²¹ RGZ 9, 232 (235-236) - Gemeinheit. Deichrecht. Verfassung [1883].

¹²² Hopfauf, "Einleitung", s. 51.

¹²³ Weimar Anayasası'nın arka planı ve Weimar döneminde yaşanan gelişmeler için bkz. Michael Kotulla, **Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)**, Heidelberg, Springer, 2008, s. 581 vd.

¹²⁴ Christian Starck, "Artikel 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 90.

Weimar Anayasası, anayasal hakların yapılarına ve içeriklerine göre farklı sınırlamalar belirlemiştir.¹²⁵

Bunlardan ilki sınırlama kaydı açıkça düzenlenmeyen anayasal haklardır. Bu haklar, çoğunlukla, yasaya bağlı olan¹²⁶ veya yasayla uygulanması amaçlanan diğer hükümler¹²⁷ gibi katı hukuki geçerliliği reddedilen¹²⁸ veya bağlayıcılığı başka bir şekilde zayıflatılan¹²⁹ veya içeriği tanımlanmamış anayasal haklarla¹³⁰ ilgilidir. Eşitlik

¹²⁵ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 253.

¹²⁶ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 109/3: "Doğuştan veya statüden kaynaklanan kamu hukuku ayrıcalıkları veya dezavantajları kaldırılmalıdır."; Madde 121: "Yasalar, evlilik dışı doğan çocukların fiziksel, psikolojik ve sosyal gelişimleri için evlilik içi doğan çocuklarla aynı koşulları sağlamalıdır."; Madde 128/3: "Memur statüsünün esasları, İmparatorluk yasalarıyla düzenlenmelidir."; Madde 129/1: "Emekli maaşı ve dul maaşı kanunla düzenlenir."; Madde 130/3: "Memurlar, İmparatorluk yasasının detaylı hükümlerine göre, özel memur [sendikası] temsili elde eder."; Madde 138/1: "Yasa, sözleşme veya özel yasal unvanlara dayalı olarak dini topluluklara yapılan devlet ödemelerinin yerini devlet mevzuatı almaktadır. İmparatorluk bunun ilkelerini belirler."; Madde 143/2: "Öğretmenlerin eğitimi, genellikle yüksek öğretim için geçerli olan ilkelere göre İmparatorluk için tek tip olarak düzenlenecektir."; Madde 147/3: "Okul öncesi özel eğitimleri kaldırılmalıdır."; Madde 157/2: "İmparatorluk, yeknesak bir iş hukuku oluşturur."

¹²⁷ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 119/1: "Evlilik, iki cinsiyet arasındaki eşitliğe dayanır."; Madde 128/2: "Kadın memurlara yönelik tüm muafiyetler kaldırılacaktır."

¹²⁸ Herhangi bir sübjektif hak oluşturmeyen ve devlete de bireyin yararına herhangi bir yükümlülük yüklemeyen bu maddeler için bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 109/6: "Hiçbir Alman, yabancı bir hükümetten, unvan veya madalya kabul edemez."; Madde 130/1: "Memurlar, bir partinin değil toplumun hizmetkarlarıdır."; Madde 132: "Yasaya göre, her Alman gönüllü olarak çalışmakla yükümlüdür."; Madde 133/1: "Tüm vatandaşlar, yasalara uygun olarak devlete ve topluma kişisel hizmet sunmakla yükümlüdür."; Madde 145: "Genel zorunlu eğitim vardır. Kural olarak, en az sekiz yıl olan ilkokul ve on sekiz yaşına kadar müteakip mesleki eğitim okulu bu şartı yerine getirmeye hizmet eder."; Madde 155/3: "Toprağın işlenmesi ve işletilmesi, toprak sahibinin topluma karşı bir görevidir."; Madde 163/1: "Kişi özgürlüğüne halel getirmeksizin, her Alman, zihinsel ve fiziksel yeteneklerini toplumun iyiliği için gerekli olacak şekilde kullanmak için ahlaki bir göreve sahiptir."

¹²⁹ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 109/2: "Erkekler ve kadınlar, temelde aynı yurttaşlık haklarına ve görevlerine sahiptir."; Madde 147/4: "Devlet okullarına ikame olmayan özel okullar için geçerli yasa uygulanır."

¹³⁰ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 112/2: "İmparatorluk topraklarının içinde ve dışındaki tüm İmparatorluk vatandaşları/üyeleri, İmparatorluğun korumasını talep etme hakkına sahiptir."; Madde 113: "İmparatorluk halkının yabancı konuşan kısımlarının özgür ve geleneksel gelişimleri, özellikle eğitimde, kendi iç yönetimlerinde ve yargı idaresinde ana dillerini kullanma konusunda yasama ve idare tarafından kısıtlanmamalıdır."; Madde 119/1: "Aile yaşamının temeli ve ulusun korunması ve çoğalması olan evlilik, anayasanın özel koruması altındadır."; Madde 119/2: "Aileyi temiz, sağlıklı ve sosyal açıdan destekleyici tutmak devletin ve belediyelerin görevidir. Çok çocuklu ailelerin telafi eden bir bakım alma hakları vardır."; Madde 119/3: "Anne, devletin korumasını ve bakımını talep etme hakkına sahiptir."; Madde 122/1: "Gençler, sömürüye ve ahlaki, zihinsel veya fiziksel ihmale karşı korunmalıdır. Devlet ve belediye gerekli düzenlemeleri yapmalıdır."; Madde 143/1: "Kamu kurumları gençlerin eğitiminden sorumludur. İmparatorluk, federe devletler ve belediyeler, bunun düzenlenmesinde işbirliği içinde olurlar."; Madde 145: "İlköğretim okullarında ve ileri [mesleki] eğitim okullarında dersler ve öğrenme materyalleri ücretsizdir."; Madde 146/3: "İmparatorluk, federe devletler ve belediyeler, daha az varlıklı orta ve yüksek okullara erişim için kamu fonları, özellikle ortaokul ve

ilkelerini düzenleyen haklar¹³¹, belirli usuli güvenceler¹³² ve belirli müdahaleleri yasaklayan anayasal hak maddeleri¹³³ de sınırlama kaydı içermez. Bunlara ek olarak, bazı

lisede öğrenim görmesi uygun görülen çocukların velilerine öğrenimlerinin sonuna kadar eğitim bursları sağlayacaktır.”; Madde 148/1: “Alman vatandaşlığı ve uluslararası uzlaşma ruhu içinde ahlaki eğitim, yurttaşlık duygusu, kişisel ve profesyonel yetenek tüm okullarda amaçlanmalıdır.”; Madde 148/4: “Yetişkin eğitim merkezleri de dahil olmak üzere ulusal eğitim, İmparatorluk, federe devletler ve belediyeler tarafından teşvik edilmelidir.”; Madde 149/1: “Dini dersler, federe devletlerin denetimine hâle getirmeksizin ilgili dini topluluğun ilkelerine uygun olarak verilir.”; Madde 149/3: “Üniversitelerdeki ilahiyat fakülteleri, yerinde kalacaktır.”; Madde 151/1: “Ekonomik hayatın düzeni, herkes için onurlu bir varoluşu garanti etmek amacıyla adalet ilkelerine uygun olmalıdır.”; Madde 155/1: “Toprakların dağıtımı ve kullanımı, kötüye kullanımı önleyecek şekilde devlet tarafından kontrol edilir ve her Alman sağlıklı bir ikamet yeri ve özellikle çok çocuklu aileler olmak üzere tüm Alman ailelere, ihtiyaçlarını karşılayan bir konut ve ticari arazi sağlamayı amaçlar. Oluşturulacak olan arazi yasasında savaş katılımcılarına özel bir önem verilecektir.”; Madde 158/2: “Alman bilim, sanat ve teknolojisinin yarattıkları uluslararası anlaşmalarla yurtdışında da geçerlilik kazanacak ve koruma altına alınacaktır.”; Madde 162: “İmparatorluk, insanoğlunun bütün işçi sınıfının genel bir asgari sosyal hakları için çabalayan işçilerin hukuki koşullarının devletlerarasında düzenlenmesini savunur.”; Madde 164: “Tarım, endüstri ve ticarete bulunan orta sınıf, mevzuatta ve idare içinde desteklenmeli/teşvik edilmeli ve aşırı yüke ve yok olmaya karşı korunmalıdır.”

¹³¹ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 109/1: “Bütün Almanlar, yasalar nezdinde eşittir.”; Madde 110/2: “Her Alman, İmparatorluk içindeki federe devletlerde, federe devletin vatandaşlarıyla eşit haklara ve yükümlülüklerle sahiptir.”; Madde 128/2: “Kadın memurlara yönelik tüm muafiyetler kaldırılmıştır.”; Madde 134: “Tüm vatandaşlar, ayırım gözetmeksizin, yasaya uygun olarak, tüm kamu yükümlülüklerine imkanları oranında katkıda bulunurlar.”; Madde 136/7: “Ortak bir dünya geliştirmeyi görev edinen örgütlere, dini topluluklarla eşit statü verilir.”

¹³² Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 129/1 ve 4: “Memurların maddi tazminat taleplerine kanun yolu açıktır... Kazanılmış hakların dokunulmazlığı ve mülkiyet talepleri için kanun yolunun açıklığı da özellikle profesyonel askerlere garanti edilmektedir.”

¹³³ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 112/3: “Hiçbir Alman, soruşturma veya cezalandırma için yabancı bir hükümete teslim edilemez.”; Madde 116: “Bir fiil ancak cezai sorumluluk fiil işlenmeden önce kanunla belirlenmişse cezalandırılabilir.”; Madde 129/2: “Memurlar ancak kanunla belirlenen şart ve şekillerde geçici olarak görevlerinden alınabilirler, geçici veya sürekli emekli olabilirler veya daha düşük bir maaşla başka bir göreve alınabilirler.”; Madde 136/4: “Hiç kimse dini bir eylem veya tören yapmaya, dini faaliyetlere/uygulamaya katılmaya veya dini bir yemin etmeye zorlanamaz.”; Madde 139: “Pazar günleri ve devlet tarafından tanınan resmi tatiller, dinlenme ve zihinsel/ruhsal gelişim günleri olarak yasa ile korunur.”; Madde 141: “Orduda, hastanelerde, ceza infaz kurumlarında veya diğer kamu kurumlarında ibadet ve manevi desteğe ihtiyaç duyulursa, dini toplulukların dini faaliyetlerde bulunmalarına izin verilir ve bu sayede her türlü zorlamadan kaçınılır.”; Madde 144: “Bütün okul sistemi, federe devletin denetimindedir; federe devlet, bu denetime belediyeleri dahil edebilir. Okul denetimi, tam zamanlı, profesyonel olarak eğitilmiş memurlar tarafından yürütülür.”; Madde 148/2: “Devlet okullarında ders verirken farklı düşünenlerin hassasiyetlerini incitmemeye özen gösterilmelidir.”

özel hükümler¹³⁴ de sınırlama kaydı olmadan düzenlenmiştir.¹³⁵ Sınırlama kaydı bulunmayan ve daha geniş kapsamlı olan anayasal haklar ise Weimar Anayasası'nda ender bulunur. Bunlar, dilekçe hakkı¹³⁶, sanat ve bilim özgürlüğü¹³⁷, sendika özgürlüğü¹³⁸ ve eğitimde din özgürlüğü¹³⁹ olarak sayılabilir.¹⁴⁰ Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlanması sorunu, bu dönemde anayasal hakların yasama organını bağlaması sorunu ile kesişir. Weimar döneminde, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların, hakların konularına ilişkin yasal düzenlemeyi dışlayamadığı kabul edilir. Dolayısıyla yasama organının dilekçe hakkı¹⁴¹ ve sanat ve bilim özgürlüğü hakkı¹⁴² üzerinde çeşitli şekillerde sınırlama imkanlarına sahip olması kabul görmüştür. Bununla birlikte nadir bir şekilde sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların, sözelimi Madde 129'da düzenlenen memurların ve askerlerin kazanılmış haklarının¹⁴³ ve Madde 138/2'de düzenlenen mülkiyet hakkının (kısmen)¹⁴⁴ yasa ile

¹³⁴ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 110/1: "Federe devletlerin her vatandaşı, aynı zamanda, İmparatorluğun vatandaşıdır."; Madde 114/2: "Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere, özgürlüğünden mahrum bırakma kararının hangi makam tarafından ve hangi sebeplerle verildiği en geç takip eden güne kadar bildirilmelidir; bu kişilere derhal özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına itiraz etme fırsatı verilecektir."; Madde 137/1: "Devlet kilisesi yoktur."; Madde 148/3: "Yurttaşlık ve iş eğitimi okullarda öğretilen derslerdir. Zorunlu eğitimin tamamlanmasının ardından her öğrenciye anayasanın bir kopyası verilir."; Madde 149/1: "Din eğitimi, mezhebe bağlı olmayan (seküler) okullar hariç, okullarda normal bir derstir..."

¹³⁵ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 253-255.

¹³⁶ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 126: "Her Alman yetkili makama veya temsilci organa yazılı talep veya şikâyetlerde bulunma hakkına sahiptir. Bu hak, bireysel veya toplu olarak kullanılabilir."

¹³⁷ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 142: "Sanat, bilim ve bunların öğretimi serbesttir. Devlet bunlara koruma sağlar ve bunların muhafazasına/teşvikine/bakımına katılır."

¹³⁸ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 159: "Çalışma ve ekonomik koşulların korunması ve geliştirilmesi için örgütlenme özgürlüğü, herkes ve tüm meslekler için garanti altına alınmıştır. Bu özgürlüğü sınırlamaya veya engellemeye çalışan tüm anlaşmalar ve önlemler yasa dışıdır."

¹³⁹ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 149/2: "Din eğitiminin verilmesi ve kilise törenlerinin yürütülmesi öğretmenlerin irade beyanına, dini derslere ve kilise törenlerine ve faaliyetlerine katılım ise çocuğun dini eğitimi belirlemekle yükümlü olan kişinin irade beyanına bırakılmıştır."

¹⁴⁰ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 255-256.

¹⁴¹ Gerhard Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, 14. Auflage, Berlin, Georg Stilte, 1932, s. 580-581.

¹⁴² Friedrich Kitzinger, "Artikel 142 Satz 1: Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1930, s. 449 vd.; Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 658-662.

¹⁴³ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 591 vd.; Arthur Brand, "Artikel 128-131: Rechte und Pflichten der Beamten", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, 1930, s. 230 vd.

¹⁴⁴ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 654; Godehard Josef Ebers, "Artikel 137, 138, 140, 141: Religionsfreiheit" **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, 1930, s. 383.

sınırlanamayacağı kabul edilmiştir.¹⁴⁵

Weimar Anayasası'nda yasa kaydına bağlı tutulan anayasal haklar/(negatif statü hakları), yasama organının anayasa ile bağlanmasına ilişkin tartışmalarla bağlantılı olarak belirli bir ağırlık kazanmıştır. Bu, özellikle basit yasa kaydı öngörülen anayasal hakları¹⁴⁶, yasama organına karşı pasifleştirilmiştir.¹⁴⁷ Weimar Anayasası'nda basit yasa kaydının yanı sıra, nitelikli yasa kaydına veyahut soyut sınırlama normuna tabi olan anayasal haklar¹⁴⁸ da düzenlenmiştir.¹⁴⁹ Somut sınırlama

¹⁴⁵ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 256.

¹⁴⁶ Sözelimi bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 111: "Her Alman, tüm İmparatorlukta hareket özgürlüğüne sahiptir. Herkes, İmparatorluğun herhangi bir yerinde ikamet etme ve yerleşme, gayrimenkul edinme ve herhangi bir gıda alanında faaliyet gösterme hakkına sahiptir. Sınırlamalar, İmparatorluk yasasını gerektirir."; Madde 112/1: "Her Alman, Alman olmayan ülkelere göç etme hakkına sahiptir. Göç ancak İmparatorluk yasasıyla sınırlanabilir."; Madde 114/1: "Kişi özgürlüğü dokunulmazdır. Kamu otoritesi tarafından kişi özgürlüğüne müdahaleye veya kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yalnızca yasalara dayanılarak izin verilir."; Madde 115: "Her Almanın evi, onun için bir sığınaktır ve dokunulmazdır. İstisnalar yalnızca yasalara dayanılarak izin verilir."; Madde 117: "Yazışmanın gizliliği ile posta, telgraf ve telefon gizliliği dokunulmazdır. İstisnalar yalnızca İmparatorluk yasaları ile izin verilebilir."; Madde 123/2: "Açık hava toplantıları, İmparatorluk yasalarına göre önceden başvuruya tabi tutulabilir..."; Madde 127: "Belediyeler ve belediye örgütleri, yasayla belirlenen sınırlar içinde kendi kendini yönetme hakkına sahiptir."; Madde 137/3: "Her dini toplum, işlerini herkes için geçerli olan yasaların sınırları içinde bağımsız olarak düzenler ve yönetir..."; Madde 153/1: "Mülkiyet anayasa ile güvence altına alınmıştır. İçeriği ve sınırları, yasalardan kaynaklanmaktadır."

¹⁴⁷ Michael Sachs, "Die Gesetzvorbehalte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 377-378; Klaus Stern, "Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 1190.

¹⁴⁸ Bkz. 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 118/1: "Her Alman, genel yasa sınırları içinde, düşüncesini söz, yazı, baskı, resim veya başka herhangi bir yolla özgürce ifade etme hakkına sahiptir..."; Madde 124/1: "Tüm Almanlar, ceza hukukuna aykırı olmayan amaçlar için dernekler veya topluluklar kurma hakkına sahiptir..."; Madde 135/1: "İmparatorluğun bütün mukimleri, tam bir inanç ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Dinin rahatsız edilmeden uygulanması, anayasa tarafından güvencesi ve koruması altındadır. Genel federe devlet yasaları bundan etkilenmez."; Madde 153/2: "Kamulaştırma ancak kamu yararına ve yasaya uygun olarak yapılabilir. Bir İmparatorluk yasası aksini belirlemedikçe, kamulaştırma, makul tazminat karşılığında gerçekleşir..."

¹⁴⁹ Sachs, "Die Gesetzvorbehalte", s. 378-379.

kayıtları/sınırlama normları¹⁵⁰ ise Weimar Anayasası'nda seyrek bulunur.¹⁵¹ Aynı şekilde, yürütme organına yetki veren sınırlama kayıtları da Weimar Anayasası'nda nadir bulunur. Weimar Anayasası Madde 123/2'de, toplanma özgürlüğünün sınırlama klotunda, yasa ile sınırlamadan ayrı olarak kamu güvenliğine yakın bir tehlike olması durumunda toplanmaların yasaklanabileceği belirtilerek zımnen de olsa yürütmeye/idareye sınırlama yetkisi verilmiştir.¹⁵² Madde 136/3'te düzenlenen dini inançlarını açıklamaktan kaçınma özgürlüğünde de kişinin hak ve yükümlülükleri buna bağlıysa kamu makamına kişiye hangi dini topluluğa üyeliği olduğunu sorma yetkisi verilmiştir.¹⁵³

Weimar Anayasası, Alman anayasal belgeleri arasında anayasal hakların bağlayıcılığı hususunun ağırlık kazandığı ilk belgedir. Anayasal hakların bağlayıcılığı, talep edilebilirliği ve dolayısıyla yargısal olarak ağırlık kazanması belirli ölçüde Weimar Anayasası'nda gerçekleşmiştir.¹⁵⁴ Bu dönemde öne çıkan en önemli husus ise yasama organının anayasal haklarla bağılılığıdır. Doktrinde baskın olmayan görüş, Weimar Anayasası'nda düzenlenen anayasal hakların program hüküm olmadığını ileri sürer.¹⁵⁵ Buna göre, Weimar Anayasası'nda düzenlenen anayasal haklar, program

¹⁵⁰ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 137/5: "Dini topluluklar, şimdiye kadar oldukları ölçüde, kamu hukuku tüzel kişisi olarak kalır. Ana sözleşmeleri ve üye sayısı bir süreklilik garantisi veriyorsa, diğer topluluklara da talep üzerine aynı haklar verilecektir."; Madde 146/2: "Bununla birlikte, belediyeler içinde yasal vasiliği olanların talebi üzerine, okulların düzenini bozmamak kaydıyla, birinci fıkra anlamında, kendi inançlarına veya ideolojilerine göre ilköğretim okulları kurulmalıdır."; Madde 147/1: "Devlet okullarına ikame olan özel okullar, federe devletin onayını gerektirir ve federe devlet yasalarına tabidir. Özel okullar, öğretim amaç ve olanaklarının yanı sıra öğretmenlerinin bilimsel eğitiminde devlet okullarından daha düşük değilse ve öğrencilerin ebeveynlerinin mülkiyet durumuna göre ayrılması teşvik edilmiyorsa, onay verilir."; Madde 149/1: "Din eğitimi, mezhebe bağlı olmayan (seküler) okullar hariç, okullarda normal bir derstir..."; Madde 152/2: "Tefecilik yasaktır. İyi ahlaka aykırı hukuki işlemler geçersizdir."; Madde 160/1: "Memur veya işçi olarak hizmet veya istihdam ilişkisi içinde olan herkes medeni haklarını kullanma ve sonuç olarak şirket önemli ölçüde zarar görmediği sürece, kendisine verilen hatır görevlerini yerine getirmek için gereken boş zaman hakkına sahiptir."

¹⁵¹ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 257-259.

¹⁵² Bu yönde bkz. Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 571-572; Hans Delius, "Artikel 123 und 124: Versammlungs- und Vereinsrecht", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, 1930, s. 154; Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 257.

¹⁵³ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 257.

¹⁵⁴ Stern, "Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte", s. 1187.

¹⁵⁵ Hans-Jürgen Papier - Christoph Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte**, 4. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2020, s. 12-13; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 60-61; Christoph Gusy, "Die Grundrechte in der Weimarer Republik", **Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte**, Bd. 15, 1993, pp. 163-183, s. 168-169; Ernst-Wolfgang Böckenförde, **Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz**, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990, s. 11-13. Bununla birlikte Dreier, Weimar Anayasası'ndaki pozitif statü haklarının ise program hüküm niteliğinde olduğunu kabul eder. Bkz.

hükümler olmadığı gibi, yalnızca geçerliliği yasalar ile sınırlı da değildir.¹⁵⁶ Gerçekten de Weimar Anayasası döneminde, yasaların anayasaya uygunluğunun yüksek bir mahkeme tarafından kontrol edilmesi hususu sürekli olarak tartışmalı ve güncel kalmıştır.¹⁵⁷ Dreier'e göre, federal ve federe yasa koyucuların sınırsız bir şekilde içeriklerini değiştirebildiği haklar, bağlayıcılığı olmayan program hükümlere dönüşür ve yalnızca idarenin kanuniliğini garanti eder. Bunların haricindeki anayasal haklar, aslında federal ve federe yasa koyucuların keyfi sınırlamaların karşı koruma sağlar ve böylece anayasal hakların pasifleştirilmesi önlenir.¹⁵⁸ Bu bağlamda, yalnızca anayasayı değiştirme yetkisine sahip yasa koyucunun, anayasal hakları sınırlandırma bakımından bir sınırının olmadığı ileri sürülür.¹⁵⁹ Weimar Anayasası'nda, anayasal hakların yasa koyucuyu bağlaması istisna tutulmamış, bilakis bu bağlayıcılık özellikle, ifade özgürlüğü, din özgürlüğü ve sanat özgürlüğü için açıkça tanınmıştır.¹⁶⁰ Bugünkü anlamda bir anayasa şikâyeti veya bireysel başvuru usulü bulunmasa da, anayasal hakları içeren bir devlet veya anayasa yargısı eksikliği söz konusu değildir. Bu bağlamda, Weimar Anayasası Madde 13 uyarınca, federe yönetim yasaları ve düzenlemeleri üzerinde bir yandan arızı bir norm kontrolü (*inzidente Normenkontrolle*) imkanı varken, diğer yandan soyut norm kontrolü imkanı mevcuttur.¹⁶¹ Nitekim Madde 19 uyarınca da federe yönetim içerisinde veyahut federe yönetimler arasında anayasal bir uyumsuzluğun çözülememesi (*akzidentielle Normenkontrolle*), yine İmparatorluk mahkemelerinin/Federal mahkemelerin yetkisine verilmiştir.¹⁶² Nitekim 1925 yılından itibaren İmparatorluk Mahkemeleri/Federal Mahkemeler¹⁶³, somut norm denetimini uygulamaya başlamıştır.¹⁶⁴ Gusy ise Weimar Anayasası'ndaki anayasal haklar bakımından 6

Horst Dreier, "Zwischenkriegszeit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 174-175, 183.

¹⁵⁶ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 60-61.

¹⁵⁷ Dieter Grimm, **Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage**, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, s. 9-10.

¹⁵⁸ Gusy, "Die Grundrechte in der Weimarer Republik", s. 168-169; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 61.

¹⁵⁹ Dreier, "Zwischenkriegszeit", s. 170-171, 178; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 61.

¹⁶⁰ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 553-555, 619, 622, 660; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 61.

¹⁶¹ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 104 vd.

¹⁶² Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 122-123, 161 vd.

¹⁶³ *RGZ 111, 320 (322 vd.) - Aufwertungsgesetz.*

¹⁶⁴ Hopfauf, "Einleitung", s. 53.

bağlayıcılık tipolojisi saymıştır. Buna göre:¹⁶⁵

1. Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar (Weimar Anayasası Madde 112/3; 113, 116, 126, 136, 142, 149/2, 159), yalnızca anayasayı değiştiren yasalar uyarınca sınırlanabilir.
2. Basit yasa kaydına tabi olan anayasal haklar (Weimar Anayasası Madde 114, 115, 152, 153), yasa koyucu tarafından herhangi bir sınır olmadan sınırlanabilir.
3. İmparatorluk/Federal yasa kaydına tabi olan anayasal haklar (Weimar Anayasası Madde 111, 112/1, 117, 151/3, 154, 157), federe yönetimlerin yasaları ile sınırlanamazken, yalnızca İmparatorluk yasaları/federal yasalar ile sınırlanabilir.
4. Nitelikli yasa kaydına tabi olan anayasal haklar (Weimar Anayasası Madde 118, 123, 124, 135), yasa kaydında yazılı gereklilikleri yerine getiren İmparatorluk/federal ve federe yönetim yasaları ile sınırlanabilir.
5. Yasa koyucunun görevi içerisinde olan anayasal haklar, yasa ile sınırlanamaz ve fakat oluşturulur.
6. Weimar Anayasası Madde 48/2 uyarınca diktatörlük/olağanüstü hâl kaydına tabi olan anayasal haklar (Weimar Anayasası Madde 111, 112, 114, 115, 117, 118, 153), şekli bir yasa gerekliliği olmadan sınırlanmanın yanı sıra askıya alınabilir.

Ancak Weimar Anayasası'nın oluşum sürecindeki tartışmalar ve erken dönem doktrindeki baskın görüş, Weimar Anayasası'ndaki anayasal hakların program hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir. Ulusal Meclis Anayasa Komisyonu'nun anayasanın nihai halinden önceki oluşturduğu 18 Haziran 1919 tarihli son taslağın 107. maddesinde anayasal hakların bağlayıcılığı şu şekilde ifade edilmiştir:¹⁶⁶ "Temel haklar ve yükümlülükler, yönlendirici ilkeleri ve İmparatorluk'taki ve federe devletlerdeki yasama organının, idarenin ve yargı organının sınırını oluşturur." Weimar Anayasası hazırlık çalışmalarına bakıldığında bu taslak hükmün aslında şu şekilde devam ettiği görülmektedir:¹⁶⁷ "...Bireylerin güvence altına alınan temel haklarının kamu

¹⁶⁵ Gusy, "Die Grundrechte in der Weimarer Republik", s. 168-169.

¹⁶⁶ Bkz. http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_verse1919/1084 (Çevrimiçi: 15.09.2022). Bu taslak maddesiyle ilgili olarak bkz. Friedrich Giese, **Die Reichverfassung vom 11. August 1919**, Berlin, Carl Heymann, 1920, 306-307; Erich Koch, "Die Grundrechte in der Verfassung", **Deutsche Juristen-Zeitung**, Vol. 24, 1 August 1919, pp. 609-615, s. 613-614; Stern, "Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte", s. 1187.

¹⁶⁷ Bkz. Ulusal Meclis Anayasa Komisyonu, 42. Oturum Tutanağı, s. 43 (http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_verse1919/1084)

makamları tarafından sınırlandırılmasına itiraz edilebilir. Eğer halihazırda yasal koruma mevcut değilse, [itirazın muhatabı] yetkili makamı İmparatorluk yasası belirler.” Ancak, hazırlık çalışmalarında maddenin bu kısmına, anayasal hakların bireye subjektif bir hak sağlama amacı taşımadığı gerekçesiyle itiraz edilmiş¹⁶⁸ ve yalnızca ilk cümle taslakta yerini almıştır.¹⁶⁹ Weimar Ulusal Meclisi’nin genel oturumunda ise bu maddenin zayıf anlamı ve pratik yararsızlığı nedeniyle 18 Haziran 1919 tarihli son taslağın 107. maddesi tamamen silinmiştir.¹⁷⁰ Burada milletvekillerin çoğunluğu, anayasal haklar içerisinde yer alan her hukuki pozisyonun doğrudan/kendiliğinden uygulanabilir olamayacağını, bilakis birçok durumda, gelecekteki yasama organı için yönlendirici ilkeler olduğunu benimsemiştir. Yalnızca madde metninin lafzında var olan bir kurumun veya sınırlamanın derhal kaldırılması yer alıyorsa, anayasal hakların doğrudan bir etkiye sahip olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁷¹ Dolayısıyla anayasal hakların yönlendirici ilkeler olarak mevcut bir yasa için veyahut gelecekteki yasama organı için bir geçerliliğinin ve uygulanabilirliğinin olup olmadığı¹⁷² Ulusal Meclis’te açıklığa kavuşmamıştır.¹⁷³

Weimar Anayasası dönemi doktrini ve içtihatları da anayasal hakların geçerliliği ve bağlayıcılığı konusunda temkinli bir yaklaşım sergiler. İlk dönemlerde, çoğunluk anayasal hakların istisnai olarak bir hukuk normu olduğunu ve özel bir düzenleme olmadan etkisi olmadığını benimsemiştir.¹⁷⁴ Bu erken dönemde nadiren anayasal

freiburg.de/diglit/nat_vers1919/1065 (Çevrimiçi: 15.09.2022)).

¹⁶⁸ Bkz. Ulusal Meclis Anayasa Komisyonu, 42. Oturum Tutanağı, s. 43 (http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/1065 (Çevrimiçi: 15.09.2022)).

¹⁶⁹ Bkz. Ulusal Meclis Anayasa Komisyonu, 42. Oturum Tutanağı, s. 44 (http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/1066 (Çevrimiçi: 15.09.2022)).

¹⁷⁰ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 515; Koch, “Die Grundrechte in der Verfassung”, s. 613-614; Stern, “Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte”, s. 1188.

¹⁷¹ Bkz. **Stenographische Berichte**, Bd. 328, Berlin, Norddeutschen Buchdruckerei, 1920, s. 1501 D (Erich Koch, 54. Sitzung, 11 Juli 1919); **Stenographische Berichte**, Bd. 328, s. 1557 B (Adolf Gröber, 57. Sitzung, 15 Juli 1919); **Stenographische Berichte**, Bd. 328, s. 1557 D (Hermann Luppe, 57. Sitzung, 15 Juli 1919); **Stenographische Berichte**, Bd. 328, s. 1558 (Wilhelm Kahl, 57. Sitzung, 15 Juli 1919); **Stenographische Berichte**, Bd. 328, s. 1558 C (Adelbert Düringer, 57. Sitzung, 15 Juli 1919). Krş. **Stenographische Berichte**, Bd. 328, s. 1559 B C (Oskar Cohn, 57. Sitzung, 15 Juli 1919). Weimar Anayasası’nda düzenlenen anayasal hakların bu belirtilenlerin aksine bağlayıcı olduğunu belirten görüşler de vardır. Bkz. Papiers - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 12-13.

¹⁷² Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 514

¹⁷³ Stern, “Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte”, s. 1188.

¹⁷⁴ Hugo Preuß “Deutschlands Republikanische Reichsverfassung (1923)”, **Gesammelte Schriften**, Bd. IV, Ed. by Detlef Lehnert, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 353; Stern, “Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte”, s. 1188.

hakların doğrudan geçerliliği ve normatif bağlayıcılığı savunulmuştur.¹⁷⁵ Bu dönemde özellikle Hatschek açık bir şekilde anayasal hakların sübjektif bir hak olduğunu vurgulamıştır. Monarşi ile demokrasi arasında ayrım yapan Hatschek, monarşilerde anayasal hakların yasa koyucu için sadece bir direktif ve yönlendirici ilke olduğunu belirtir. Ancak monarşilerde dahi idarenin yasallığı gerektiği için her halükârda anayasal hakların sınırlanması bir yasaya ihtiyaç duyar. Diğer yandan, demokrasilerde durum farklıdır.¹⁷⁶ Buna göre, demokrasilerde her anayasanın temel dayanağı olan ve yasama organındaki çoğunluğun iradesi ile yasa koyucunun ihlal edemeyeceği anayasal haklar, sübjektif haklardır. Bu bağlamda, anayasal haklar devlet ve parlamento içindeki azınlığın korunması içindir. Zira Hatschek için anayasal haklar, demokratik devletlerin oluşturduğu sosyal paktın bir parçasıdır. Anayasanın güvencesi olan anayasal haklar için adli veya idari mahkemelerde koruma öngörülmalıdır.¹⁷⁷

Weimar döneminin sonlarına doğru anayasal hakların, doğrudan uygulanabilen hukuk ilkeleri olduğuna yönelik genel bir karine ileri sürülmüştür. Hensel, İmparatorluk mahkemelerinin birçok kararına¹⁷⁸ atıf yaparak anayasal hakları ileride uygulanması öngörülen bir tavsiye değil, güncel bir şekilde uygulanan hak olarak görmüştür.¹⁷⁹ Thoma ise yalnızca anayasal hakların içeriğinin belirlendikten sonra anayasal hakların uygulanabilirliği tartışmalı muğlak bir hukuk ilkesi değil, nihai ve doğrudan uygulanabilecek bir hukuk ilkesi olarak geçerli olabileceğini belirtmiştir.¹⁸⁰

Weimar Anayasası'nın son döneminde baskın olan görüşe göre, her bir

¹⁷⁵ Moritz Liepmann, **Die Bedeutung der Reichsverfassung für die geistige Kultur Deutschlands**, Hamburg, W. Gente, 1920, s. 19 vd.; Stern, "Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte", s. 1188.

¹⁷⁶ Julius Hatschek, **Deutsches und preussisches Staatsrecht**, Bd. I, Berlin, Georg Stilke 1922, s. 173.

¹⁷⁷ Hatschek, **Deutsches und preussisches Staatsrecht**, Bd. I, s. 173.

¹⁷⁸ Sözelimi bkz. *RGZ 117, 138 (141)* - Presse und Polizei [1927] (24 Mayıs 1927 tarihli bu kararda, İmparatorluk/Federal Hukuk Mahkemesi, Weimar Anayasası Madde 118'de güvence altına alınan basın özgürlüğünün, Madde 48'e göre usulüne uygun olarak askıya alınıp alınmadığını incelemiştir.); *RGSt 56, 380 (384)* - Verjährung. Wahrnehmung berechtigter Interessen [1922] (9 Şubat 1922 tarihli bu kararda ise İmparatorluk Ceza Mahkemesi, Weimar Anayasası Madde 118'de güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile 1871 tarihli Ceza Kanunu Madde 193'te düzenlenen hakaret suçu arasındaki ilişkiyi inceler. Öncelikle Mahkeme, hakkın kötüye kullanılmasının, Madde 118'de belirtilen anayasal hakkın kapsamında olmadığını belirtir. Ancak Mahkeme incelemesine devam eder ve Weimar Anayasası'nın da öngördüğü bu hakkın yasa ile sınırlandırılabilmesinin mümkün olduğunu dile getirir.).

¹⁷⁹ Albert Hensel, "Grundrechte und Rechtsprechung", **Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben**, Bd. I, Ed. by Otto Schreiber, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, s. 23 vd.

¹⁸⁰ Richard Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. I, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1929, s. 13-14.

anayasal hak farklı hukuki sonuç öngörür. Burada bir taraftan sübjektif olarak tanınan anayasal haklar ile objektif hukuk boyutunda olan anayasal haklar arasında, diğer bir deyişle eski yasanın çelişen hükümlerini ilga eden ve doğrudan geçerliliği olan anayasal haklar ile doğrudan uygulanabilir olmayan ve uygulanması için yasaya ihtiyacı olan hukuk ilkesi arasında bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülür.¹⁸¹ Bu ayırım, anayasal hakkın kolay tanınabilir ve uygulanabilir bir içeriğe sahip olup olmamasına göre yapılır.¹⁸² Doğrudan uygulanabilen anayasal haklar, temel olarak idare ve yargı da dahil olmak üzere hukuku uygulayan devlet organları üzerinde bağlayıcı hale gelir. Bu, yasanın önceliği doktrini ve tartışmasız bir çatışma kuralı olan “sonraki yasa önceki yasayı ilga eder” kuralı ile uyumludur.¹⁸³ Bununla beraber, Schmitt’e göre, anayasal hakların, Weimar Anayasası bakımından, yasa koyucunun hukuklaştırmacı otoritesini (*auctoritatis interpositio*¹⁸⁴) yok edecek bir pozitifliği ve doğrudan uygulanabilirliği olamaz.¹⁸⁵

Weimar Anayasası’nın olağanüstü hal düzenlemesi olan Madde 48’in devlet başkanına belirli anayasal hakları askıya alma yetkisini vermiş olmasının aslında anayasal hakları doğrudan uygulanmasını iktiza eden bir sübjektif hak haline getirmesi gerekir.¹⁸⁶ Buna rağmen, anayasal haklar konusunda anayasa koyucunun bu üstünlüğü, istemsiz bir şekilde tanınır veyahut uygulanmaz bulunmuştur.¹⁸⁷ Halbuki henüz 1914 yılında Bühler, anayasal hakların, sübjektif haklar oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁸⁸ Bu dönemde, Carl Schmitt, *Verfassungslehre* eserinde, anayasal hakların bağlayıcılığını ve normatifliğini en kuvvetli noktaya getirmiştir. Buna göre, anayasal

¹⁸¹ Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, s. 514.

¹⁸² Stern, “Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte”, s. 124-125.

¹⁸³ Carl Schmitt, “Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 598.

¹⁸⁴ Bkz. Andreas Fischer-Lescano - Ralph Christensen, “Auctoritatis Interpositio: Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie”, **Der Staat**, Vol. 44, No. 2, 2005, pp. 213-241; Andreas Fischer-Lescano - Ralph Christensen, “Auctoritatis Interpositio: How Systems Theory Deconstructs Decisionism”, **Social & Legal Studies**, Vol. 21, No. 1, pp. 93-119.

¹⁸⁵ Schmitt, “Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung”, s. 602.

¹⁸⁶ Stern, “Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte”, s. 125.

¹⁸⁷ Ottmar Bühler, **Die Reichsverfassung vom 11. August 1919: Mit Einleitung, Erläuterungen und Gesamtbeurteilung**, Wiesbaden, Springer, 1922, s. 85; Giese, **Die Reichsverfassung vom 11. August 1919**, s. 179-180; Erich Kaufmann, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1927, s. 6.

¹⁸⁸ Ottmar Bühler, **Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung**, Berlin, Kohlhammer, 1914, s. 61, 129, 155.

haklar, Alman halkının kendi varoluş şekline ilişkin verdiği siyasal kararın bir parçasıdır. Anayasal haklar, basit bir yasa ile veya anayasa değişikliği ile kaldırılamaz ve fakat Alman halkının kurucu iktidarının yeni bir fiili ile kaldırılabilir.¹⁸⁹ Dikkat edilirse Schmitt, bu düşüncesiyle anayasal hakların sınırlandırılmayacağını değil anayasal hakların tamamen uygulanamaz hale getirilemeyeceğini ifade eder. Bu bağlamda, bu görüş, günümüzde anayasalarda yer alan ve içtihatlarda benimsenen öze dokunma yasağının nüvesini oluşturur.¹⁹⁰ Anayasal hakların sınırlandırılması bakımından ise Weimar döneminde pek rastlanılmayan anayasal haklar için korunaklı olan bir pozisyon benimser. Buna göre, “devletin bireyin özgürlük alanlarını sınırlama yetkisi, *kural olarak sınırlıyken*, bireyin özgürlüğü *kural olarak sınırsızdır*.”¹⁹¹ Schmitt’in düşüncesinde gerçek anayasal haklar mutlak ve anayasal hakların içeriği yasadan doğmaz. Bu sebeple, anayasal haklar, yasaya uygun olarak güvence altına alınmaz. Yine de anayasal haklar, istisnai olarak sınırlanabilir. Bu sınırlama, kural olarak sınırlı, ölçülü (*meßbar*), öngörülebilir, kontrol edilebilir ve genel olarak düzenlenen bir istisna olmalıdır.¹⁹² Schmitt ayrıca yasalar ve dolayısıyla anayasal hakları sınırlayan yasalar için hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bazı maddi kriterler de benimsemiştir. Schmitt’e göre, hukuk devleti ilkesi gereğince bir hukuk normunun, kendisini safi keyfi emir ve önlemlerden ayırt etmesi gerekir.¹⁹³ Nitekim Thoma da Weimar Anayasası’nda güvence altına alınan anayasal haklarla ilgili olarak, yasayla veyahut yasaya dayanan bir düzenlemeyle yalnızca genel sınırlamalara izin verilebileceğini ifade eder.¹⁹⁴ Kelsen, anayasal hakların yasama organını bağlayıcı niteliğini daha da ileri götürmüştür. Kelsen’e göre, anayasa koyucunun sübjektif haklar ile hak sahiplerine oluşturduğu

¹⁸⁹ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 162-163.

¹⁹⁰ Aynı yönde bkz. Klaus Stern, “Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 844.

¹⁹¹ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 126, 175 (vurgu orijinal metindedir).

¹⁹² Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 166; Schmitt, “Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung”, s. 592; Carl Schmitt, “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)”, **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**, Ed. by Carl Schmitt, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, s. 167.

¹⁹³ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 138. Benzer yönde bkz. Thoma, “Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen”, s. 36-37; Richard Thoma, “Grundbegriffe und Grundsätze”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 124 vd.

¹⁹⁴ Thoma, “Grundbegriffe und Grundsätze”, s. 150; Richard Thoma, “Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 226; Thoma, “Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen”, s. 36-37.

menfaat alanına müdahale etmesini yasaklaması ve çıkaracağı normlarla belirli bir pozitif içerik kazandırmasını emretmesi nedeniyle, anayasal haklar artık yasama organına hitap etmektedir.¹⁹⁵ Dolayısıyla Kelsen, yalnızca negatif yükümlülükler için değil pozitif yükümlülükler için de sübjektif hak tanımıştır.

Hensel de Weimar Anayasası'ndaki basit yasa kayıtlarını istisna olarak niteler¹⁹⁶ ve anayasal hakların kendi içkin değerleri olduğunu ve yasama organının bir anayasal hakka müdahale ederken anayasal hakkın içerdiği bu değere dokunmaması gerektiğini imler.¹⁹⁷ Erich Kaufmann da İmparatorluk yasasının maddi bir değer kavramı olduğunu ve bu yüzden eşyanın özüne, yaşam koşullarının doğasına ve yerleşik kurumlara uygun olan ve bunlarla keyfi olarak çatışmayan normların anayasal hakları sınırlandırabileceğini belirtir.¹⁹⁸

Nihayetinde, Richard Thoma ise Weimar Anayasası'nda öngörülen anayasal hakları hiyerarşik olarak 4 gruba ayırmıştır ve bu gruplara farklı bağlayıcılık kuvveti öngörmüştür. Buna göre, Thoma'nın İmparatorluk anayasası kuvvetindeki anayasal haklar olarak adlandırdığı ilk ve en üst grupta anayasa değişikliği yapılmadıkça değiştirilemeyecek anayasal haklar yer alır. Bu bağlamda, belirli koşullara veya belirli sınırlamalara bağlı olan anayasal haklar burada yer almaz. İkinci grupta, Weimar Anayasası Madde 48'e göre olağanüstü hallerde geçici olarak askıya alınabilen anayasal haklar yer alır. Thoma üçüncü grubu, İmparatorluk yasası kuvvetinde olan anayasal haklar olarak niteler. Bu grupta, yalnızca İmparatorluk yasasının sınırlamayı meşrulaştırabildiği, diğer bir deyişle basit yasa kaydına tabi olan anayasal haklar yer alır. Dördüncü grupta ise sadece hukukun üstünlüğünü vurgulayan ve aynı zamanda federe devlet hukukunun etkisine tabi olan pasifleştirilmiş anayasal haklar yer alır.¹⁹⁹

Anayasanın özellikle yasama organını bağlayıcı etkisinin bu şekilde artması

¹⁹⁵ Hans Kelsen, "Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit den Jahren 1918", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. I, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930, s. 154.

¹⁹⁶ Hensel, "Grundrechte und Rechtsprechung", s. 31.

¹⁹⁷ Albert Hensel, "Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 316, dipnot 2; Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", s. 845-846.

¹⁹⁸ Erich Kaufmann, "Eigentum und Verwaltung (1930)", **Autorität und Freiheit: Von der konstitutionellen Monarchie bis zur Bonner parlamentarischen Demokratie**, Ed. by Erich Kaufmann, Göttingen, Schwartz, 1960, s. 464.

¹⁹⁹ Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", s. 33 vd.; Michael Sachs, "Einteilung der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 443-444.

karşısında²⁰⁰, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırma sorunu bir odak noktası haline gelmiştir.²⁰¹ Bununla birlikte, bu dönemde sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmayacağı açık bir şekilde reddedilmiştir. Bu hakların, sözgelimi genel yasalar tarafında sınırlandırılabilirliğinin bariz/açık olduğu ve bu yüzden bu hakların sınırlandırılmasında herhangi bir meşrulaştırma yoluna gitmeyenler dışında²⁰², sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında farklı metotları kullananlar olmuştur. Burada öne çıkan en önemli metot, diğer anayasal haklardan devşirilen sınırlama yöntemidir (*Schrankenleihe*).²⁰³ Sınırlama devşirme yöntemi, kısmen analogiye başvurularak²⁰⁴, kısmen anayasal hakkın hususiyeti ile diğer anayasal hakların sınırlama kayıtları arasında bir ilişki geliştirilerek²⁰⁵ veya kısmen sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hak ile diğer anayasal haklar arasında bağlantı kurularak²⁰⁶ gerçekleştirilir.²⁰⁷

Weimar döneminde, anayasal haklar konusu, artık devlet öncesi hukuk ile pozitif hukuk arasındaki karşıtlıkla değil, anayasal hak normlarının anayasal devletteki yasal etkinliği sorunuyla şekillenmiştir. Weimar Anayasası'nın anayasal haklara ilişkin maddeleri ile yasama organı arasındaki ilişki belirsiz kalmıştır. Nitekim anayasal haklar konusunda, anayasa koyucunun önceliği geniş çapta reddedilmiş veya en azından tutarlı bir şekilde uygulanmamıştır. Gerhard Anschütz, Albert Hensel, Carl Schmitt ve Richard Thoma'nın 1920'lerin sonundaki anayasal haklara ilişkin belirlemeleri, anayasal hakların yasal kapsamının eski zamanlara göre açık bir şekilde güçlendirilmesiyle sonuçlanmış olsa da, anayasal hak hükümlerinin en yüksek önceliğe sahip

²⁰⁰ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 658-660.

²⁰¹ Richard Thoma, "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928, s. 85.

²⁰² Karl Rothenbücher, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928, s. 37.

²⁰³ Karl Hüfner, "Artikel 126: Petitionsrecht (Bitt- und Beschwerderecht)", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1930, s. 185.

²⁰⁴ Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 659-660

²⁰⁵ Kitzinger, "Artikel 142 Satz 1", s. 457

²⁰⁶ Kurt Häntzschel, "Das Recht der freien Meinungsäußerung" **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 671-672.

²⁰⁷ Michael Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 500-501

olduğu varsayılmaz.²⁰⁸ Şekli olarak, anayasal haklar, anayasal bağlayıcılığa sahip olmuş ve Weimar Anayasası Madde 76 çerçevesinde ortadan kaldırılabilmiştir. Ancak anayasal hakların bağlayıcı gücü, yalnızca federe devlet yasalarını, yürütmeyi ve yargıyı kapsamıştır. Yasa kayıtlarına dayanarak İmparatorluk yasama organı, anayasal hakları büyük ölçüde şekillendirmiştir.²⁰⁹ Bu bakımdan, Weimar Anayasası dönemi, anayasal hakların sübjektif hukuk karakterinin kabul edilmeye başlandığı bir geçiş dönemini ifade eder.²¹⁰

2.1.1.2.2.4. 19. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı-Türk Anayasal Belgelerinde Anayasal Hakların Gelişimi ve Sınırlanması

Avrupa'da gerek ilim, eğitim, fen ve teknikte, gerekse içtimai hayatta yaşanan gelişmeler sonucunda, Avrupa devletlerinin gerisinde kalan Osmanlı İmparatorluğu'nda bürokratik seçkinler ve kısmen ulema, özellikle 18. yüzyılın sonunda ve 19. yüzyılda yoğunlaşmak üzere Avrupa'yı izleyen bir devleti kurtarma *ethosu* edinmiştir.²¹¹ Böylece, 19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda batılılaşma hareketleri ve bir resepsiyon süreci yaşanmıştır.²¹² Avrupa'dan farklı olarak, Osmanlı İmparatorluğu'nda, diğer sınıflara karşı kendi ekonomik, sosyal ve siyasi çıkarlarını koruyan bir burjuva sınıfı oluşmamış ve bu sebeple Batılılaşma hareketleri ve resepsiyon sürecinin lokomotif, devleti kurtarma *ethosu* ile yüklü yüksek bürokrasi ve kısmen ulema olmuştur.²¹³

Nihayetinde Kanûn-ı Esâsî'nin II. Abdülhamid'e kabul ettirilmesi ise önceki padişahlar olan Abdulaziz'i ve V. Murad'ı tahttan indiren bu bürokratik kuvvetin zoruyla gerçekleşmiştir.²¹⁴ 1876 tarihli Kanûn-ı Esâsî'nin 8 ila 26. maddeleri arasında "Tebaa-

²⁰⁸ Stern, "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", s. 20; Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 59-60; Starck, "Artikel 1", s. 90.

²⁰⁹ Stern, "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", s. 20-21.

²¹⁰ Starck, "Artikel 1", s. 99.

²¹¹ Yunus Heper, **Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milliyetiyle Bölünmez Bütünlüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 19 vd.; Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Ankara, Say, 1988, s. 125-126; Hamdi Gökçe Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 60-61.

²¹² Gülnihâl Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2020, s. 41 vd.; Necmettin Azak, "Giriş", **Kanûn-ı Esâsî: Şerh ve Kaynakları**, Ed. by Necmettin Azak, İstanbul, Büyüyen Ay, 2022, s. 13 vd.

²¹³ Ferhat Uslu - Ali Özdemir, "1876 Kanun-i Esasi'de Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin 1909 Değişiklikleri ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 12, 2016, pp. 9-28, s. 11-12

²¹⁴ Recai Galip Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 116 vd.; Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de**

i Devlet-i Osmaniyye'nin Hukûk-ı Umûmiyyesi" başlığı altında²¹⁵, temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Kanûn-ı Esâsî'de düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin neredeyse hepsi basit yasa kaydına tabidir. Buna göre, vatandaşlık hakkı (Madde 8), kişi özgürlüğü hakkı (Madde 9 ve 10), basın özgürlüğü hakkı²¹⁶ (Madde 12), ticaret, imalat ve ziraat özgürlüğü hakkı (Madde 13), öğretme özgürlüğü (Madde 15), memuriyete girişte eşitlik hakkı (Madde 17 ve 19) ve konut dokunulmazlığı hakkı (Madde 22), basit yasa kaydına tabi olarak düzenlenmiştir. Din ve ibadet özgürlüğü (Madde 11 (kamu güvenliği ve umumi adap)), müsadereye, angaryaya ve para cezasına uğramama hakkı (Madde 24 (muharebe esnasında usulen tâyin olunacak tekâlif ve ahval)) somut sınırlama klotuna tabi tutulmuştur. Mülkiyet hakkı (Madde 21 ve 25) kamu yararı olması şartıyla ve kanun uyarınca sınırlanması kabul edilerek nitelikli yasa kaydına tabi tutulmuştur. Nitekim dilekçe ve şikâyet hakkı [ve hak arama özgürlüğü] (Madde 14), kanuni hâkim güvencesi (Madde 23) ve işkence ve eziyet yasağı (Madde 26) ise herhangi bir yasa kaydına tabi tutulmamıştır. Burada işkence ve eziyet yasağının, madde metninde "katiyyen ve külliyyen" yasak olduğu belirtilerek mutlak bir hak olarak düzenlendiği kabul edilebilir.²¹⁷ Aynı şekilde, Madde 23'te kanun da adres gösterilerek, kanuni hâkim güvencesi mutlak bir hak olarak güvence altına alınmıştır.

1831 tarihli Belçika Anayasası ile 1850 tarihli Prusya Anayasası'ndan etkilenen²¹⁸ Kanûn-ı Esâsî'de, padişahın yetkileri kuvvetler arasındaki dengeyi

Benimsenmesi, s. 56 vd.; Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 33. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2020, s. 124-126; İlhan Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, Mars Matbaası, 1965, s. 22.

²¹⁵ Bkz. Ömer Ziyâeddîn-i Dağıstânî, "Mir'ât-ı Kânûn-ı Esâsî [1906/1907]", **Kanûn-ı Esâsî: Şerh ve Kaynakları**, Ed. by Necmettin Azak, İstanbul, Büyüyen Ay, 2022, s. 111 vd.

²¹⁶ Basın özgürlüğünün/matbuatın, ifade özgürlüğünü kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. Zira 1868-1876 yılları arasında çıkarılan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin 69. maddesi uyarınca, "[m]ükâtebe muhataba gibidir." (Bkz. Ahmet Şimşirgil - Ekrem Buğra Ekinci, **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul, KTB Yayınları, 2008 s. 82). Diğer bir deyişle, yazışmalar, hitabet/konuşma gibidir. Bu bağlamda, matbuat kavramı, ifadeleri/hitabeti de kapsayabilir. Kânûn-ı Esâsî Madde 12 ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye Madde 69 arasında kurulan bağlantı için bkz. Dağıstânî, "Mir'ât-ı Kânûn-ı Esâsî [1906/1907]", s. 118-119.

²¹⁷ Nitekim Dağıstânî bu hükmün, insanlarla birlikte hayvanlara da işkence ve eziyet yasağı olduğunu şerh düşer. Bkz. Dağıstânî, "Mir'ât-ı Kânûn-ı Esâsî [1906/1907]", s. 139-140.

²¹⁸ Yavuz Abadan, "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, Sayı 1, 1957, pp. 3-37, s. 19-20; Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 55; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 133; Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 192; Christian Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, Turhan, 1995, s. 11; Zübunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, s. 65. Doktrinde yer alan bu görüşlerin sıhhatinin tetkiki için bkz. Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, s. 314-316.

engellemiştir.²¹⁹ Kanûn-ı Esâsî’de tanınan temel hak ve özgürlükler, hiç azımsanmayacak gibi olsa da²²⁰, herhangi bir teminat bulamamış, itibari/program hüküm olmaksızın kurtulamamıştır.²²¹ Aynı şekilde Kanûn-ı Esâsî’de anayasanın üstünlüğünün bulunduğunu kabul etmek de güçtür. Gözler, Kanûn-ı Esâsî’nin değiştirilmesi için Meclis-i Mebûsân’da ve Meclis-i Âyân’da üçte ikilik oy çokluğu aranmasını, Kanûn-ı Esâsî’nin daha zor değiştirilebileceğine ve bunun anayasanın üstünlüğüne işaret ettiğine kanaat getirmiştir.²²² Ancak bu görüş yerinde değildir. Gerçekten kanun yapma usulünde, yapım sürecinin başlaması için padişahın izninin aranması ve Meclis-i Mebûsân’ın ve Meclis-i Âyân’ın kendileri için öngörülen yetki alanı çerçevesinde yasa yapımını tetikleyebilmesi, kanunların Kanûn-ı Esâsî’den daha zor değiştirilebileceğini gösterir. Nitekim 1871 Alman İmparatorluk Anayasası’nın anayasayı değiştirme usulü olarak *Bundesrat*’ın 58 üyesinden 14’ünün reddetmemesini aramasına rağmen, bu dönemde özellikle kanuncu pozitivistin etkisiyle yasaların anayasalarla eşdeğerde olduğu kabul edilmektedir.²²³ Anayasanın üstünlüğünün benimsendiği hususunda gösterilen bir delil de hükümlerin etkililiğini güvence altına alan Kanûn-ı Esâsî’nin 115. maddesidir.²²⁴ Ancak normların etkililiğinin güvence altına alınması, anayasanın üstünlüğünden ziyade normların bağlayıcılığıyla ilgilidir. Sonuç olarak Kanûn-ı Esâsî’de anayasanın üstünlüğünün benimsenmiş olması güç gözükmemektedir. Gözler her ne kadar Kanûn-ı Esâsî’nin 83. maddesine atıfla temel hak ve özgürlüklerin yargısal güvenceye

²¹⁹ Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye’nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 148-150, 161 vd.; Abadan, “Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri”, s. 20; Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 1993, s. 103; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 144; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2021, s. 60; Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 24 vd.

²²⁰ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 103; Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 177; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 147.

²²¹ Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye’nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 168; Abadan, “Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri”, s. 20; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 103; Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 177-178; Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 30; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 144.

²²² Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 48, 60. Benzer yönde bkz. Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 147-148; Emin Memiş, **Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 73.

²²³ Laband, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. I, s. 521; Anschütz, **Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850**, s. 134; Meyer, **Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes**, s. 509 vd. Ayrıca bkz. **Bölüm 2.1.1.2.2.3.**

²²⁴ Bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 48, 60; Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku: Ders Notları**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 213; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 147-148; Memiş, **Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)**, s. 73.

kavuştuğunu ileri sürse de²²⁵, bu sav yerinde değildir.²²⁶ Zira Kanûn-ı Esâsî'nin 83. maddesi bir hak arama özgürlüğü değil, savunma hakkını düzenler.²²⁷ Kanûn-ı Esâsî'nin 113. maddesinde, hükümetin emniyetini ihlal edenlerin idare-i zabıta tarafından tespit edilmesi üzerine, Padişaha bu kişileri sürgün etme yetkisinin verilmesi ise Kanûn-ı Esâsî'de sayılan birçok temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması olarak yorumlanmıştır.²²⁸ Bu madde, eski rejimin, yeni rejime adeta sızıp ele geçirmesini ifade eder. Nitekim Birinci Meşrutiyet dönemi, çok uzun soluklu olmamış ve II. Abdülhamid, Meclis-i Mebûsân'ı tatil edip, bir daha toplantıya çağırmamış ve Kanûn-ı Esâsî'yi resmen ilga etmese de, fiilen yürürlükten kaldırmıştır.²²⁹ Dolayısıyla temel hak normlarına riayet edilmemiştir.²³⁰

Türkçeye transliterasyonu gerçekleştirilen 1876 sonrası kadı sicilleri de incelendiğinde, yalnızca 1908 ve sonrasında ve birkaç kararda Kanûn-ı Esâsî'ye atıf verildiği görülmektedir.²³¹ İstanbul Mahkemesi'nin 158-2 numaralı kararında (8 Zilka'de 1326/2 Aralık 1908), Kanûn-ı Esâsî Madde 33'e atıf verilerek mülkiye memurları ile askeri erkan ve memurların, diğer Osmanlı fertlerinden fark olmaksızın, her nevi davadan sorumlu oldukları kabul edilmiştir.²³² İstanbul Mahkemesi'nin 176-1 numaralı kararında (18 Şevval 1327/2 Kasım 1909), Osmanlı memleketinde esaretin kanunen yasak olduğu hususu bakımından genel bir şekilde Kanûn-ı Esâsî'ye atıf verilmiştir.²³³ İstanbul Mahkemesi'nin 188-1 numaralı kararında (19 Zilka'de 1327/2 Aralık 1909), memurun mahkeme hükmü olmadan azledilmesi incelenmiştir. Burada, Kanûn-ı

²²⁵ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 52.

²²⁶ Bu yönde bkz. Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018, s. 43.

²²⁷ Açık bir şekilde anlaşılması için bkz. Dağıstânî, "Mir'ât-ı Kânûn-ı Esâsî [1906/1907]", s. 191-192.

²²⁸ Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 168-170; Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, s. 63; Kapanı, **Kamu Hürriyetleri**, s. 103-104; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 43; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 213; Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, s. 71; Abadan, "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", s. 21-22; Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 30.

²²⁹ Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 182-187.

²³⁰ Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 226-227.

²³¹ İstanbul Mahkemesi'nin 158-2, 176-1, 188-1, 194-1, 206-1 numaralı kararları için bkz. M. Âkif Aydın - Coşkun Yılmaz (eds.), **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, İstanbul, Kültür A. Ş. Yayınları, 2019, s. 369-370, 399-400, 420-422, 431, 452-453.

²³² Aydın - Yılmaz (eds.), **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, s. 369-370.

²³³ Aydın - Yılmaz (eds.), **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, s. 399-400.

Esâsî Madde 39'a atıf verilerek, memurların mahkeme hükmü olmadan azledilemeyecekleri dile getirilmiştir.²³⁴ İstanbul Mahkemesi'nin 194-1 numaralı kararında (17 Rebî'ülevvel 1328/29 Mart 1910), esaretin yasaklanmış olduğu belirtilirken genel bir şekilde Kanûn-ı Esâsî'ye atıf verilmiştir.²³⁵ İstanbul Mahkemesi'nin 206-1 numaralı kararında (27 Ramazan 1328/2 Ekim 1910), Eytâm Nizâmnâmesi'nde şer'îye mahkemelerinin tereke kayıtlarını ihmal etmemesini ve bu kaydı engellemek isteyenlere karşı önlem alınmasını öngören hükmün Kanûn-ı Esâsî ile daha da kuvvetlendirildiği ifade edilmiştir.²³⁶

Jön Türk muhalefetinden doğan ve devleti kurtarma ethosunu devam ettiren İttihat ve Terakki Cemiyeti, 1908'de II. Abdülhamid'e İkinci Meşrutiyeti ilan ettirmiştir.²³⁷ 1909 tarihinde Kanûn-ı Esâsî'de birçok değişiklik yapılmıştır.²³⁸ Kişi özgürlüğünün düzenlendiği 10. maddede, cezaların yanı sıra tutuklamaya karşı bir güvence verilmiştir. Bununla birlikte, aynı maddeye şeriattan doğan gerekçelerle de sınırlama imkânı tanınarak kişi özgürlüğünün sınırlama olanakları genişletilmiştir. Bu anlamda, bir nevi "şeriat kaydı"²³⁹ öngörülmüştür. Madde 12'de düzenlenen basın özgürlüğüne de basımdan önce olmak üzere sansür yasağı güvencesi getirilmiştir. Kanûn-ı Esâsî'ye eklenen 119. madde ile haberleşmenin gizliliği hakkı tanınmıştır. Bu hakkın sınırlanması ise sorgu hakiminin veya mahkemenin kararına tabi tutularak bu hak için nitelikli yasa kaydı belirlendiği ileri sürülebilir. Eklenen 120. madde ile öncelikle toplanma hakkı düzenlenmiştir. Toplanma hakkının, kendisine özgü kanuna tabi tutularak basit yasa kaydı öngörüldüğü söylenebilir. Aynı maddenin ikinci cümlesinden ise örgütlenme/cemiyet özgürlüğünün düzenlendiği görülmekte ve bu özgürlük de ülke bütünlüğünü ihlal, meşrutiyet şeklini ve hükümeti değiştirme, Kanûn-ı Esâsî hükümlerine

²³⁴ Aydın - Yılmaz (eds.), **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, s. 421-422.

²³⁵ Aydın - Yılmaz (eds.), **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, s. 431.

²³⁶ Aydın - Yılmaz (eds.), **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, s. 452-453.

²³⁷ Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 231 vd.; Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 31-32; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 168 vd.; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 200 vd.; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 62-63; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 214; Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, s. 79; Abadan, "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", s. 30-31.

²³⁸ Yapılan değişiklikler 1876 tarihli Kanûn-ı Esâsî'nin temel yapısının değiştirilmiştir. Bu sebeple doktrinde Aldıkaçtı yerinde bir şekilde bu değişikliği yeni bir anayasa olarak kabul etmiştir. Bkz. Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, s. 70.

²³⁹ Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 47.

aykırı hareket etme, Osman ailesini siyasetten ayırma ve umumi adaba aykırılık yasaklarıyla (nitelikli yasa kaydı) güvence altına alınmıştır. Padişaha tanınan sürgün yetkisi de ilga edilerek, temel hak ve özgürlükler için daha fazla güvence oluşturulmuştur.²⁴⁰ Bu değişikliklerle, kanun teklifi için Padişah'tan alınan izin alma şartının kaldırılması, Padişahın mutlak veto yetkisinin, zorlaştırmacı veto yetkisine/geri gönderme yetkisine dönüştürülmesi, meclislerin kendiliğinden toplanma yetkisi ve Meclis-i Vükelâ'nın Meclis-i Mebûsân'a karşı sorumlu tutulması ile yasama organının konumu daha da güçlendirilmiştir. Pozitif metinde de olsa kuvvetler arasındaki ilişkinin daha dengeli kurulmasının, hak ve özgürlüklere daha fazla güvence oluşturması kaçınılmazdır.²⁴¹ Ancak halihazırda bürokraside etkin olan İttihat ve Terakki Fırkası'nın Meclis-i Mebûsân'da ve Meclis-i Vükelâ'da da etkin hale gelmesi bu ihtimali sona erdirmiştir.²⁴²

Yumuşak ve çerçeve bir anayasa olan 1921 Anayasası'ndan²⁴³ sonra, uzun bir tarihsel evrimin ürünü ve bu sebeple ulusal ve özgün olan²⁴⁴ 1924 Anayasası'nda anayasal haklar, Madde 68-88 arasında düzenlenmiştir. 1924 Anayasası'nda hem genel sınırlama normu hem de özel sınırlama normları öngörülmüştür. Burada başkalarının hakları, genel sınırlama klotunu oluşturur. Bu genel sınırlama dışındaki sınırlamalar, anayasal haklara özgü olarak belirlenmiştir.²⁴⁵ Madde 68/2'de, öncelikle her özgürlüğün hududu, başkasının özgürlüğüne zarar vermedikçe her türlü tasarruf olarak tanımlanmıştır. Madde 68/3'te ise başkasının anayasal haklarının kişinin anayasal haklarını kanun ile sınırlanabileceği belirtilmiştir.²⁴⁶ Modern devletin temeli olan

²⁴⁰ 1909 değişiklikleri ile ilgili olarak bkz. Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 288 vd.; Uslu - Özdemir, "1876 Kanun-i Esasi'de Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin 1909 Değişiklikleri ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi", s. 13 vd.

²⁴¹ Bkz. Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 196-197; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 105-106.

²⁴² Okandan, **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)**, s. 333 vd.; Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 38-40; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 105-108; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 197 vd.; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 207; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 47-48; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 221.

²⁴³ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 267-268; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 224-225; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 226-227; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 75.

²⁴⁴ Ali Fuad Başgil, "A Summary of Constitutional Developments in Turkey and on the Historical and Political Sources of the Present Constitution", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol. 10, Issue 15, 1960, pp. 74-98, s. 94.

²⁴⁵ Krş. Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 62; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 308.

²⁴⁶ 1924 Anayasası Madde 68/3: "Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu

güvenlik hakkı, herkese karşı güvence altına alınmıştır.²⁴⁷ Kişi özgürlüğü hakkı²⁴⁸, konut dokunulmazlığı hakkı²⁴⁹, basın özgürlüğü²⁵⁰, sözleşme, çalışma, örgütlenme ve dernek özgürlüğü²⁵¹, öğretim özgürlüğü²⁵² ve vatandaşlık hakkı²⁵³ basit yasa kaydına tabi tutulmuştur. Mülkiyet hakkı²⁵⁴, ibadet özgürlüğü²⁵⁵, seyahat özgürlüğü²⁵⁶ ve haberleşmenin gizliliği²⁵⁷ nitelikli yasa kaydına tabi tutulmuştur. İşkence yasağı²⁵⁸, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü²⁵⁹, dilekçe ve şikâyet hakkı²⁶⁰ ve kanuni hâkim güvencesi²⁶¹ için sınırlama kaydı öngörülmemiştir. Burada işkence yasağının ve kanuni hâkim ilkesinin mutlak bir hak olarak güvence altına alındığının kabul edilmesi gerekir. 1924 Anayasası'nda anayasal hakların düzenlendiği "Türklerin hukuku âmmesi"

başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tâyin edilir."

²⁴⁷ 1924 Anayasası Madde 71: "Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur."

²⁴⁸ 1924 Anayasası Madde 72: "Kanunen muayyen olan ahval ve eşkâlden başka bir suretle hiçbir kimse derdest ve tevkif edilemez."

²⁴⁹ 1924 Anayasası Madde 76: "Kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez."

²⁵⁰ 1924 Anayasası Madde 77: "Matbuat, kanun dairesinde serbesttir ve neşredilmeden teftiş, muayeneye tabi değildir."

²⁵¹ 1924 Anayasası Madde 79: "Ukudun, sâyü amelin, temellük ve tasarrufun, içtimaatın, cemiyetlerin ve şirketlerin hududu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır."

²⁵² 1924 Anayasası Madde 80: "Hükümetin nezaret ve murakabesi altında ve kanun dairesinde her türlü tedrisat serbesttir."

²⁵³ 1924 Anayasası Madde 88: "Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) itlak olunur...Türklük sıfatı kanunen muayyen olan ahvalde izale edilir."

²⁵⁴ 1924 Anayasası Madde 74: "Menafii umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlâk olunamaz.

Fevkalâde ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdî, aynî ve sayü ameile mütaallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakârlığa icbar edilemez."

²⁵⁵ 1924 Anayasası Madde 75/1/2: "Asayiş, âdabı muaşeretini umumiye ve kavanine mugayir olmamak üzere her türlü âyinler serbesttir."

²⁵⁶ 1924 Anayasası Madde 78: "Seferberlikte idareî örfiye halinde veyahut müstevli emrazdan dolayı kanunen müttehaz tedabir icabatından olarak vazedilecek takyidat müstesna olmak üzere seyahat hiçbir suretle takyidata tabi tutulamaz."

²⁵⁷ 1924 Anayasası Madde 81: "Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler salâhiyettar müstantik ve mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vâkı olan muhaberatin mahremiyeti ihlâl olunamaz."

²⁵⁸ 1924 Anayasası Madde 73: "İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur."

²⁵⁹ 1924 Anayasası Madde 75/1/1: "Hiçbir kimse mensup olduğu din, mezhep, tarikat ve felsefî içtihadından dolayı muaheze edilemez."

²⁶⁰ 1924 Anayasası Madde 82: "Türkler, gerek şahıslarına, gerek âmmeye mütaallik olarak kavanin ve nizamata muhalif gördükleri hususatta merciine ve Türkiye Büyük Millet Meclisine münferiden veya müçtemian ihbar ve şikâyetinde bulunabilirler. Şahsa ait olarak vuku bulan müracaatın neticesi müstediye tahriren tebliğ olunmak mecburidir."

²⁶¹ 1924 Anayasası Madde 83: "Hiçbir kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye celp ve sevk olunamaz."

başlığının ilk maddelerinde²⁶² benimsenen doğal hak doktrini kendisini açıkça göstermiştir.²⁶³ Bunun tabii bir sonucu olarak, Madde 71’de güvence altına alınan güvenlik hakkı bir kenara bırakılırsa, 1924 Anayasası pozitif statü haklarına yer vermemektedir.²⁶⁴ Bu dönemdeki diğer anayasalara koşut olarak 1924 Anayasası, anayasal hakların sınırlandırılmasında, şekli bir anayasal gereklilik olan kanun ve nitelikli yasa kaydı bakımından sınırlama kloodunda belirtilen nitelikler dışında herhangi bir anayasal gereklilik öngörmemiştir. Dolayısıyla, yasama organının anayasal hakları keyfi bir şekilde sınırlama olanağı mevcuttur.²⁶⁵ Nitekim 1924’te çıkarılan Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile dini eğitim ve öğretim özgürlüğü, 1925’te çıkarılan Takrir-i Sükûn Kanunu ile basın özgürlüğü ve İnkılap Kanunlarının²⁶⁶ icrasını temin eden İstiklal Mahkemeleri ile kanuni hâkim güvencesi etkisiz bırakılmıştır.²⁶⁷

Alman, İtalyan ve Fransız anayasalarından etkilenen²⁶⁸ 1961 Anayasası’nda hem anayasal hakların hem de sınırlarının ve dolayısıyla anayasanın sağladığı güvencelerin daha somutlaştırılması söz konusu olmuştur. 1961 Anayasası’nda

²⁶² 1924 Anayasası Madde 68: “Her Türk hür doğar, hür yaşar.

Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır.

Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tâyin edilir.”

1924 Anayasası Madde 70: “Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, neşir, seyahat, akit, sâyü amel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır.”

²⁶³ Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 103-104; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 109-110; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 308-309; Ergun Özbudun, **1924 Anayasası**, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 59-60; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 99; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 244; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 231-232; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 61; Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Sayı 1, 2002, pp. 233-266, s. 241; Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, s. 71.

²⁶⁴ Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, s. 104; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 62; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 311.

²⁶⁵ Özbudun, **1924 Anayasası**, s. 66; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 100; Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, s. 242.

²⁶⁶ Bu kanunlar için bkz. Batıkan Aksoy, “İnkılap Kanunlarının Hukuki Statüsü, Normatif Değeri ve Anayasal Bağlamı Üzerine Bir İnceleme”, **Yasama Dergisi**, Sayı 41, 2020, pp. 39-85, s. 48.

²⁶⁷ Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, s. 93, 106, 110-111; Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, s. 317-320; Özbudun, **1924 Anayasası**, s. 66-67; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 100-101; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 232; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 62; Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 27.

²⁶⁸ Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, s. 159; Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 28.

güvence altına alınan anayasal haklar, yasama, yürütme, yargı organlarını ve diğer kamu makamlarını bağlayıcı bir etkiye sahip olmuştur. Her ne kadar Madde 10'da doğal/liberal haklara ilişkin bazı nitelikler sayılsa da, anayasal haklar, 1924 Anayasası'na nazaran daha somut bir içerik elde ederek, program hükümlerden bağlayıcı anayasal kurallara doğru evrilmiştir. Zira AYM'nin de Anayasa'da düzenlenmesiyle, anayasa yargısı oluşturulmuştur.²⁶⁹ 1924 Anayasası'na nazaran, 1961 Anayasası daha geniş bir anayasal hak kategorisini benimsemiştir. 1961 Anayasası'nda pozitif statü hakları/sosyal ve ekonomik haklar da benimsenmiştir²⁷⁰ ve fakat bu haklar program hüküm niteliğinde kalmıştır.²⁷¹ 1924 Anayasası'na nazaran, 1961 Anayasası'nın anayasal hakları sınırlamaya karşı daha güvenceli bir konumda tuttuğu görülmektedir. 1924 Anayasası'nda da benimsenen yasallık ilkesinden ayrı olarak, 1961 Anayasası'nda anayasal hakların ancak anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlanabileceği ve her halükârda sınırlamanın anayasal hakkın özüne dokunamayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla, 1924 Anayasası'nda söz konusu olan keyfiliğe karşı bazı güvenceler/anayasal gereklilikler 1961 Anayasası'nda benimsenmiştir.²⁷² Nitekim bu güvencelerden en önemlisi öze dokunma yasağıdır. Bu yasak, AYM tarafından tanımlanmış ve kararlarında uygulanmıştır.²⁷³ Burada, Madde 11/2 ile ilgili sınırlama ölçütlerine ilişkin tartışmaya da değinmek gerekir. Madde 11/2'ye göre:

“Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.”

1961 Anayasası, anayasal haklara özgü sınırlama ölçütlerine yer verdiği gibi Madde 11/2'de genelleştirilebilecek sınırlama ölçütlerine yer vermiştir. Bu dönemde belirtilen bu sınırlama ölçütlerinin, özel sınırlama klotlarına ek olarak genel bir sınırlama klotu mu teşkil ettiği²⁷⁴, yoksa sadece bu ölçütlerle dahi olsa öze dokunulamayacağını mı

²⁶⁹ Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 239-240.

²⁷⁰ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 121 vd.; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 79-80.

²⁷¹ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 123-124.

²⁷² Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 117-119; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 240-241; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin, 2018, s. 41-42; Gören, **Anayasa Hukuku**, s. 79.

²⁷³ Sözgelimi bkz. AYM, E.1962/208, K.1963/1, Karar Tarihi 04.01.1963.

²⁷⁴ Bu yönde bkz. Sulhi Dönmezer, “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı: Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, Sayı 3, pp. 761-780, s. 776-778; Turan Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965, s. 106 vd.; Özkan Tikveş, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filmlerinin Sansürü**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968, s. 44, 63, 205; İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Beta, 1987, s. 403.

düzenlediği²⁷⁵ çok tartışılmıştır.²⁷⁶ AYM ise bu dönemde, bazı istisnalarla birlikte²⁷⁷ Madde 11/2'nin genel/kümülatif sınırlama klozu olduğuna karar vermiştir.²⁷⁸

Öncelikle madde metnini lafzi olarak ele aldığımızda ilk bakışta, sayılan ölçütlerin bir genel ölçüt olmasından ziyade, hakkın özünün hiçbir şekilde dokunulamayacağına bir vurgu yapıldığı göze çarpmaktadır. Ancak bu anlam kabul edildiğinde dahi, bu ölçütlerin anayasal hakların bütünü için güçlü sınırlama gerekçeleri ortaya koyabilecek bir potansiyele sahip olduğunun anlaşılması kaçınılmazdır. Tarihsel ve genetik yoruma başvurduğumuzda, Anayasa Komisyonu Raporu'nda bu tartışma ile ilgili bir beyan söz konusu olmasa da, özellikle anayasal hakların sınırlandırılmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmama gerekliliğinin vurgulandığı görülmektedir.²⁷⁹ Bu durumda, Madde 11/2'de yer alan ölçütlerin yasa koyucunun takdir alanını kısıtlayan bir genel sınırlama klozu öngördüğü anlamı ağırlık kazanmaktadır. Zira yasa koyucunun herhangi bir anayasal hakkı sınırlarken en azından Madde 11/2'de belirtilen sınırlama ölçütlerini takip etmesi zorunluluğunun öngörüldüğü daha makul bir yaklaşım olacaktır. Bunun dışında, Anayasa Komisyonu Raporu Temsilciler Meclisi'ne sunulduktan sonra 11. madde için yaşanan tartışmalarda gerek meclis üyelerinin gerekse Anayasa Komisyonu Sözcüsü Muammer Aksoy'un Madde 11/2'de yer alan ölçütleri, genel sınırlama normunun bir parçası olarak ele aldığı görülmektedir.²⁸⁰ Nitekim milletvekili Fethi Çelikbaş ile Cahit Zamangil'in ısrarlı bir şekilde Madde 11/2'ye sosyal adalet

²⁷⁵ Bu yönde bkz. Muammer Aksoy, "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", **Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968)**, Ed. by Kolektif, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 147 vd.; Mümtaz Soysal, **Anayasaya Giriş**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969, s. 243; Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 194-195; Bülent Tanör, **TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul, Forum Yayınları, 1979, s. 128 vd.; Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 76 vd.

²⁷⁶ Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 63 vd.; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 109-110; Meltem Dikmen Caniklioğlu, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", **Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsal'e Armağan**, Ed. by Hakan Pekcanitez, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2001, s. 485; Arda Atakan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırlarını Oluşturan Ölçütler", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 25-26.

²⁷⁷ Bkz. AYM, E. 1963/152, K. 1964/66, Karar Tarihi 03.11.1964; AYM, E. 1963/143, K. 1963/167, Karar Tarihi 26.06.1963.

²⁷⁸ Bkz. AYM, E. 1963/16, K. 1963/83, Karar Tarihi 08.04.1963; AYM, E.1963/173, K.1965/40, Karar Tarihi 26.09.1965.

²⁷⁹ Anayasa Komisyonu Raporu, **Temsilciler Meclisi Sıra Sayısı 35**, s. 6, 8, 12-14. 1961 Anayasası'nın Anayasa Komisyonu Raporu için bkz. **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 2, 34. Birleşim, 30.03.1991, s. 391 vd.

²⁸⁰ **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 41. Birleşim, Üçüncü Oturum, 10.04.1961, s. 44 vd.

ölçütünün de eklenmesi taleplerine karşılık²⁸¹; Anayasa Komisyonu Sözcüsü Muammer Aksoy, Madde 11/2’de talep edilen bu ibarelerin yer alması durumunda, totaliter bir istikamete, aşırı sağ veya sola yaklaşıldığı izlenimi uyanacağını ifade etmiştir.²⁸² Aksoy’un ifadesine göre, Madde 11/2’de geçen ölçütler, Madde 14 ve devamı maddelerinde en çok yer alan sınırlama ölçütleridir.²⁸³ Aksoy’un şu ifadeleri ise konuyu daha fazla açıklığa kavuşturmaktadır:²⁸⁴

“Ancak, bu fıkra da zikredilen «sınırlama sebepleri», 14 ncü maddeden sonra tekrar tekrar yer almış olan kayıtlardır... Halbuki «sosyal adalet» kaydı, ya hiç zikredilmemiş veya pek az zikredilmiştir. Kaldığı bu sınırlama sebepleri de tahdidi değildir: «Kanun kamu yararı, genel ahlâk ve kamu düzeni ve millî güvenlik gibi», evet «gibi» «sebeplerle de olsa...» Demekki, bu hüküm, diğer tahdit sebepleri içinde tabik olunacaktır. Bu arada, «sosyal adalet» maksadiyle yapılan sınırlamalar bakımından da, elbette hak ve hürriyetin özüne riayet mükellefiyeti mevcuttur.”

Sonuç olarak, tarihsel ve genetik yorum da bizi, Madde 11/2’de yer alan sınırlama ölçütlerinin, genel sınırlama klozunun bir parçası olduğu ve dolayısıyla Madde 11/2’nin her halükârda uygulanacak genel bir sınırlama normu olduğu sonucuna ulaştırır.

1971 değişikliği ile de norm metninin bu anlamı daha açık bir şekilde gösterilmiş ve perçinlenmiştir:

“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.”

1971 yılındaki değişikliğe rağmen halen Madde 11’in genel bir sınırlama klozu olduğuna ilişkin görüşler olsa da²⁸⁵, bu görüşlerin özellikle lafzi, tarihsel-genetik ve

²⁸¹ **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 41. Birleşim, Üçüncü Oturum, 10.04.1961, s. 44-49.

²⁸² **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 42. Birleşim, Birinci Oturum, 11.04.1961, s. 57. Bununla birlikte, Anayasa Komisyonu, vekillerin ısrarları sonucunda, sosyal adalet ölçütünü madde metnine eklemeyi kabul etmek zorunda kalmıştır. Bkz. **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 42. Birleşim, Birinci Oturum, 11.04.1961, s. 59.

²⁸³ **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 42. Birleşim, Birinci Oturum, 11.04.1961, s. 58.

²⁸⁴ **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 41. Birleşim, Üçüncü Oturum, 10.04.1961, s. 47.

²⁸⁵ Bkz. Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 3. Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1976, s. 141; Bülent Tanör, “Anayasamızın Yeni 11 inci Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş Midir?”, **Onar Armağanı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 879 vd.; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Öz**, s. 99 vd.

teleolojik yorum dikkate alındığında yerinde olmadığı açıktır. Sözelimi, Sağlam, öncelikle “ancak” lafzının yer aldığı özel yasa kayıtlarının bu genel sınırlama kaydına tabi olamayacağını ifade etmiştir.²⁸⁶ Burada öncelikle, özellikle bu yeni haliyle Madde 11’in, özel yasa kayıtlarında yer alan “ancak” lafzına bakılmaksızın, özel yasa kayıtlarından kaçan sınırlama gerekliliklerini kapsayan genel/şemsiye bir yasa kaydı olarak öngördüğünü kabul etmek gerekir. Özel yasa kaydında yer alan “ancak” lafzı, ilgili özel yasa kaydı bakımından bir anlam ifade eder. Bu sav, özel yasa kaydını aştığı için kullanılması gerekli olan genel yasa kaydı için bir anlam ifade etmez. Bunun yanı sıra Sağlam, tarihsel ve sistematik yorumun, anayasa koyucunun özel yasa kayıtlarını Madde 11/1’deki genel yasa kaydı ile değiştirme objektif amacı olduğunu gösterdiğini iddia eder.²⁸⁷ Ancak tarihsel-genetik yorum, Madde 11’de yer alan ölçütlerin genel yasa kaydının bir parçası olduğunu göstermektedir. Sistematik yorum dikkate alındığında ise Madde 11’in genel hükümler kısmı içerisinde yer alması ve bu sebeple anayasal hakları sınırlandırırken bu genel hükümlerde belirtilen anayasal gerekliliklere uyma zorunluğu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla ne tarihsel ne de sistematik yorum, böyle bir objektif amacı destekleyecek kuvvette değildir.

Sonuç olarak, 1961 Anayasası, anayasal hakların sınırlandırılmasında çifte/katmerli sınırlama rejimi öngörmüştür. Anayasal haklar öncelikle düzenlendikleri maddelerde öngörülen özel sınırlama kayıtlarına göre sınırlandırılır. Ancak özel yasa kayıtlarının kapsamına girmeyen bir sınırlama varsa, bu durumda genel sınırlama kaydının öngörüldüğü Madde 11’de belirtilen sınırlama ölçütlerine göre bir sınırlama yapılır.

2.1.2. İçkin Sınırlamaya İlişkin Teoriler

Alman anayasa hukuk doktrininde, içkin sınırlamaya ilişkin teoriler, daha çok dahili sınırlama teorisini temel alarak şekillenmiştir. Dolayısıyla bu teorilerin neredeyse hepsi, bütün anayasal haklar için geçerli olan, hakkın içeriğini içeriden sınırlayan ve dolayısıyla bireye bir *prima facie* talep hakkı tanımayan içkin sınırlama alanları belirler. Bununla birlikte sınırlama klozu öngörülmemen anayasal hakların nasıl sınırlandırılacağına ilişkin, tamamen dahili teoriye dayanmayan daha özgün düşünceler de ileri sürülmüştür. Bu başlık altında, içkin sınırlamaya ilişkin ileri sürülen teoriler incelenecektir. Bu inceleme, şekli (2.1.2.1.) ve maddi (2.1.2.2.) içkin sınırlama ayrımı yapılarak²⁸⁸ gerçekleştirilecektir.

²⁸⁶ Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 99-102.

²⁸⁷ Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 102-103.

²⁸⁸ Bu, Misera-Lang’in yaptığı ayrıma dayanmaktadır. Bkz. Misera-Lang, **Dogmatische**

2.1.2.1. Şekli İçkin Sınırlama Teorileri

Şekli içkin sınırlama teorileri, genel olarak anayasal haklara, özellikle sınırlama klozu içermeyen anayasal haklara, anayasada pozitifleşmiş diğer anayasal hakların sınırlama klozunu uygulayan teorileri ifade eder (2.1.2.1.1.).²⁸⁹ Bu bağlamda, FAYM'ın sınırlama klozu içermeyen anayasal haklar için benimsediği “diğer anayasal haklar ve anayasal değerler” sınırı da şekli teorilerin kapsamına girer (2.1.2.1.2.).

2.1.2.1.1. Diğer Anayasal Hak Normları için Öngörülen Sınırlama Normlarının Devşirilmesi

Anayasal haklara, özellikle sınırlama klozu öngörülmemiş anayasal haklara diğer anayasal haklara ait sınırlama klozlarının/ölçütlerinin taşınmasına ilişkin yapılan tartışmalar, Alman Anayasası Madde 2/1'de öngörülen genel fiil özgürlüğünün tabi olduğu *üçlü sınırlama* (*Schrankentrias*) (2.1.2.1.1.1.) ve Madde 5/2'de öngörülen (düşünceyi) ifade özgürlüğünün tabi olduğu *genel yasa* (*Allgemeine Gesetze*) (2.1.2.1.1.2.) ölçütlerine odaklanmaktadır. Bu bölümde ayrıca şekli teoriler ile ilgili genel bir ara değerlendirme yapılacaktır (2.1.2.1.1.3.).

2.1.2.1.1.1. Üçlü Sınırlamanın Uygulanmasına İlişkin Görüşler

Alman Anayasası Madde 2/1'de genel fiil özgürlüğü hakkı (*allgemeine Handlungsfreiheit*) düzenlenmiştir. Her ne kadar lafzi olarak madde metninde buna ilişkin bir ibare yer almasa da, Alman Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında bu metnin “dilediğini yapma ve dilediğinden kaçınma” özgürlüğü çerçevesinde düzenlenmesi ve yalnızca dilbilimsel gerekçelerle günümüzdeki kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı olarak anayasal metinde yer alması, bu hakkı diğer anayasal hakların kapsamına girmeyen davranışları, hukuki pozisyonları ve konuları kapsayan bir şemsiye hak (*Aufanggrundrecht*) haline getirmiştir.²⁹⁰ Kapsamı oldukça geniş olarak belirlenen bu hakkın sınırları da oldukça geniş bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre herkes, (1) başkalarının haklarını ihlal etmedikçe, (2) anayasal düzene veya (3) ahlak kurallarına aykırı olmadıkça kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir. Üçlü sınırlama, bu sınırlama ölçütlerini ifade eder.

Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, s. 84 vd.

²⁸⁹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 88.

²⁹⁰ Bkz. *BVerfGE* 6, 32 (36 vd.) - Elfes [1957]; *BVerfGE* 80, 137 (152 vd.) - Reiten im Walde [1989]; *BVerfGE* 148, 267 (282-283) - Stadionverbot [2018]. Ayrıca Alman Anayasası Madde 2'nin hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalar için bkz. Leibholz - v. Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes**, s. 54 vd.

Üçlü sınırlamanın uygulanabilmesine ilişkin olan görüşler üçe ayrılır. Bunlardan birincisi bu sınırlamanın, doğrudan anayasal haklara uygulanmasını (2.1.2.1.1.1.1.), ikincisi objektif bir yorum kuralı olarak uygulanmasını (2.1.2.1.1.1.2.) ve üçüncüsü kıyas ile uygulanmasını (2.1.2.1.1.1.3.) savunur.²⁹¹

2.1.2.1.1.1.1. Üçlü Sınırlamanın Doğrudan Uygulanması

Üçlü sınırlamanın diğer anayasal haklara doğrudan uygulanmasına ilişkin görüş, Alman Anayasası Madde 2/1'de düzenlenen kişiliğini özgürce geliştirme hakkını dar yoruma tabi tutmuştur. Buna göre, Madde 2/1'de düzenlenen hak, genel bir fiil özgürlüğü olarak değil, kişilik hakkının çekirdeğini koruyan üstün bir hak olarak yorumlandığında²⁹², bu hak için öngörülen üçlü sınırlamanın kendiliğinden diğer haklara da doğrudan uygulanabileceği ileri sürülür.²⁹³ Bu görüş, her bir anayasal hak için inhisari bir şekilde belirlenmiş olan sınırlama normlarını göz ardı eder ve dolayısıyla anayasal hakların yapısına uymaz.²⁹⁴ Bunun yanı sıra, geniş bir şekilde yorumlanan Madde 2/1'in ortaya koyduğu bu şemsiye hakkın, diğer anayasal haklara nazaran genel kural olarak ele alındığı ve bu sebeple üçlü sınırlamanın özel kural niteliği taşıyan diğer anayasal haklara uygulanamayacağı belirtilmiştir.²⁹⁵ Bu bağlamda, Madde 2/1'in bir ana temel hak (*Muttergrundrecht*) olmadığı ve bu yüzden üçlü sınırlamanın diğer

²⁹¹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 89 vd.

²⁹² Bunun için bkz. Hans Peters, **Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchststrichterlichen Rechtsprechung**, Wiesbaden, Springer, 1963, s. 7 vd., 49.

²⁹³ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 89; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 146. Nitekim bu bağlamda Lüneburg Yüksek İdare Mahkemesi, Alman Anayasası Madde 8'de sınırlama klozu olmadan düzenlenen kapalı alanda toplanma özgürlüğünü, Madde 2/1'de düzenlenen anayasal düzen ile sınırlamıştır. Bkz. *OVG Lüneburg*, **NVwZ**, 1985, pp. 925-926, s. 925 - Verbot einer nichtöffentlichen Versammlung.

²⁹⁴ Michael Kloepper, "Tierversuchsbeschränkungen und Verfassungsrecht", **JuristenZeitung**, 41. Jahrg., Nr. 5, 7. März 1986, pp. 205-212, s. 209; Helmut Bäumler, "Versammlungsfreiheit und Verfassungsschutz", **JuristenZeitung**, 41. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1986, pp. 469-476, s. 473; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 549; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 147-149.

²⁹⁵ *BVerfGE* 23, 50 (55) - Nachtbackverbot I [1968]; *BVerfGE* 30, 173 (192) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 32, 98 (107) - Gesundheitsbeter [1971]; *BVerfGE* 52, 223 (246) - Schulgebet [1979]; *BVerfGE* 67, 213 (228) - Anachronistischer Zug [1984]; Friedrich Müller, "Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst: Fragen der Begrenzung vorbehaltlos verbürgter Grundrechte", **JuristenZeitung**, 25. Jahrg., Nr. 3, 6. Februar 1970, pp. 87-92, s. 88; Friedrich Müller, **Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, s. 12; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 89; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, 147-148.

anayasal haklara uygulanmasını sağlayamayacağı ifade edilmiştir.²⁹⁶

Üçlü sınırlamanın doğrudan uygulanması kapsamına giren bir diğer görüş, üçlü sınırlamanın diğer anayasal haklara ikinci bir sınırlama oluşturduğunu iddia eder. Buna göre, Alman Anayasası Madde 2/1’de düzenlenen hak, bağımsız bir hak değil ve fakat genel olarak anayasal haklara ilişkin bir rehber ilke (*Freiheitsrechtsleitsatz*) teşkil eder. Anayasanın en yüksek değeri olan insan onuru üzerinde temellenen bu hak için öngörülen üçlü sınırlama, doğrudan ve ikincil bir şekilde diğer anayasal haklara uygulanabilir. Klein, maddi içkin sınırlama teorilerine göre bu çözümün, özellikle sınırlama normu öngörülme anayasal haklar için daha açık ve belirli bir çözüm olduğunu ileri sürer.²⁹⁷ Klein’in bu yorumu doktrinde kabul görmemiştir. Klein’in savının, Alman Anayasası Madde 1/3’te belirtilen “devam eden temel haklar” ibaresi ile uyumsuz olduğu ve bir anayasa maddesinin bir yorum kuralı ve kurucu bir sınırlama normu oluşturmasının Alman Anayasası’na yabancı olduğu ifade edilmiştir.²⁹⁸ Bunun yanı sıra Madde 2/1’in oldukça muğlak ve belirsiz kalmasının da Klein’in tezini zayıflattığı ileri sürülmüştür.²⁹⁹

2.1.2.1.1.2. Üçlü Sınırlamanın Objektif Bir Yorum Kuralı Olarak Uygulanması

Dürig, Madde 2/1’i, genel fiil özgürlüğü hakkı ve objektif yorum kuralı olarak ikiye ayırmıştır. Buna göre, Madde 2/1’in sübjektif niteliği dolayısıyla üçlü sınırlamanın doğrudan diğer anayasal haklara uygulanması mümkün değildir. Bununla beraber, Dürig bir yorum kuralı olarak dolaylı bir şekilde diğer anayasal hakların sınırlandırılmasında üçlü sınırlamayı içkin sınırlama olarak belirler. Bu bağlamda bütün anayasal haklar, bağımsız bir şekilde i) hukuki mantıksal “diğerlerinin hakları” içkin sınırı, ii) etik “ahlak kuralları” içkin sınırı ve iii) toplumsal “anayasal düzen” içkin sınırına tabidir.³⁰⁰

²⁹⁶ Günter Frankenberg, “Tierschutz oder Wissenschaftsfreiheit?”, *Kritische Justiz*, Vol. 27, No. 4, 1994, pp. 421-438, s. 434; Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 12; Friedrich Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, s. 18 vd.; Pecher, *Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten*, s. 147-149.

²⁹⁷ Hermann von Mangoldt - Friedrich Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 2. Auflage, Berlin, Franz Wahlen, 1955, s. 130, 165-171, 177 vd.

²⁹⁸ Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, s. 90; Pecher, *Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten*, s. 144.

²⁹⁹ Pecher, *Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten*, s. 144-145.

³⁰⁰ Günter Dürig, “Art. 2 Abs. I”, *Grundgesetz: Kommentar*, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 5. Auflage, München, C. H. Beck, 1980, s. 58 vd. Kitabın 2003 tarihli baskısında, aynı maddeyi ele alan Di Fabio da benzer yönde görüş bildirmiştir. Bkz. Udo Di Fabio, “Art. 2 Abs. I”, *Grundgesetz: Kommentar*, Bd. I, Ed. by

Dürig'in bu teklifi, doktrinde eleştirilmiştir. Öncelikle Dürig'in ileri sürdüğü savın aslında üçlü sınırlamanın doğrudan uygulanmasının kılık değiştirmiş hali olduğu ifade edilmiştir.³⁰¹ Buna göre, eğer Madde 2/1, yalnızca bir yorum kuralı içeriyorsa, diğer yorum kurallarında olduğu gibi, bu maddenin herhangi normatif etkisinin bulunmaması gerekir.³⁰² Bunun yanı sıra Dürig'in anayasal düzen sınırından, ceza yasalarını ihlal eden hareketleri doğrudan anayasal hakların kapsamından çıkarmasının³⁰³, Dürig'in Madde 2/1 bakımından ortaya koyduğu ikili ayrıma uymamakta olduğu ve üçlü sınırlamanın doğrudan uygulanması olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁴ Bunların yanı sıra, ceza yasalarının anayasal hak normlarını sınırlayıcı/tahdit eden etkisinin bu yasaların anayasallığının kontrol edilebilirliğini engelleyeceği de dile getirilmiştir.³⁰⁵

2.1.2.1.1.3. Üçlü Sınırlamanın Kıyas ile Uygulanması

Herzog, Alman Anayasası Madde 4'te düzenlenen din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkını incelerken, üçlü sınırlamanın sınırlama klotuna sahip olmayan bu hakka, özellikle anayasal düzen ile belirli değişikliklere tabi tutarak kıyasen uygulanabileceğini ileri sürer.³⁰⁶ Bu konudaki en temel eleştiri ise sınırlama klotuna sahip olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında ilk olarak kıyasa değil sistematik yoruma başvurulacağı ve bu yüzden kıyasa başvurmaya gerek kalmayacağı yönündedir.³⁰⁷

Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2003, s. 53-54.

³⁰¹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 14 vd.; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 550.

³⁰² Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 14 vd.; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 19 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 91.

³⁰³ Dürig, "Art. 2 Abs. I", 1980, s. 63 vd.

³⁰⁴ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 91-92.

³⁰⁵ Annette Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 21; Christian Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt? Zur Auflösung eines grundrechtsdogmatischen Paradoxons", **Der Staat**, Vol. 39, No. 3, 2000, pp. 355-379, s. 366.

³⁰⁶ Roman Herzog, "Art. 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 5. Auflage, München, C. H. Beck, 1980, s. 46, 60 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 92.

³⁰⁷ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 92-93.

2.1.2.1.1.2. Alman Anayasası Madde 5/2'nin Uygulanmasına İlişkin Görüşler

Alman Anayasası Madde 5/2'de düzenlenen sınırlama normu, Madde 5/1'de düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına izin veren normdur. Madde 5/2'nin norm metni şu şekildedir: "Bu haklar sınırlarını, genel yasa hükümlerinde, gençliğin korunması hakkındaki hükümlerde, kişisel şeref hakkında bulur." Dolayısıyla burada da i) genel yasa hükümleri, ii) gençliğin korunması ve iii) kişisel şeref hakkı ölçütlerinin diğer haklara genişletilmesi tartışmaya açılmaktadır. Nitekim literatürde bazı yazarlar Madde 5/2'nin ölçütlerini diğer anayasal haklara doğru genişletirken (2.1.2.1.1.2.1.), diğerleri yalnızca sanat özgürlüğü hakkı bağlamında (2.1.2.1.1.2.2.) bu değerlendirmeyi yapmaktadır. Bununla birlikte, literatürde daha çok genel yasa ölçütünü diğer anayasal hakları sınırlandıran bir ölçüt olarak gören yazar daha fazladır. Genel yasa ölçütü, Weimar Anayasası'nda Madde 118'de düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı için öngörülen *içkin* bir sınırdır: "Her Alman, genel yasaların sınırları dahilinde, düşüncelerini söz, yazı, basım, resim veya diğer bir şekilde ifade etme hakkına sahiptir." Weimar döneminde nasıl uygulanacağı tartışmalı olan genel yasa ölçütü³⁰⁸, içkin sınırlamaya ilişkin şekli teorilerde de oldukça yer edinmiştir. Bonn Anayasası döneminde dahili teoriyi benimseyenlerden Häberle, genel yasa ölçütünü anayasal hakların tahdidinde kullanmıştır (2.1.2.1.1.2.3.). Bunun yanı sıra, genel yasa ölçütüne, hakkın kapsamının tahdit edilmesinde (2.1.2.1.1.2.4.), ayrıcalıkların tahdit edilmesinde (2.1.2.1.1.2.5.), anayasal hakların dış etkisinin sınırlandırılmasında (2.1.2.1.1.2.6.) ve kamu düzeninin bir parçası olarak (2.1.2.1.1.2.7.) atıf yapılmıştır.

2.1.2.1.1.2.1. Madde 5/2'nin Diğer Anayasal Haklar Bakımından Sınır Oluşturması

Özellikle pratik gerekliliklere dayanarak, Madde 5/2'de öngörülen sınırlama klozunun diğer anayasal haklara ve sınırlama klozu öngörülmemiş anayasal haklara taşınabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.³⁰⁹ Ancak bu görüş, özellikle Madde 5/2'nin lafzı dolayısıyla yerinde görülmemiştir. Madde 5/2'nin metninde, Madde 5/1'de düzenlenen haklara atıf yapılarak "bu haklar" ibaresi yer almaktadır. Bu bağlamda, bu

³⁰⁸ Soyut dengeleme görüşü için bkz. Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", s. 52. Diğer taraftan, belirli bir düşüncenin sınırlandırılmasını engellemeyi ifade eden ayrımcı öğreti (*Sonderrechtslehre*) görüşü için bkz. Häntzschel, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", s. 659; Gerhard Anschütz, "Diskussionsbeitrag", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928, s. 52.

³⁰⁹ Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, s. 97.

klozun diğer anayasal haklar için kullanılabileceğine yönelik görüş, Madde 5/2'nin metniyle uyuşmamaktadır.³¹⁰

2.1.2.1.1.2.2. Madde 5/2'nin Sanat Özgürlüğü Bakımından Sınır Oluşturması

Bazı yazarlar ise Madde 5/2'nin özel olarak Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkına uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Bu görüş, Madde 5/1'de düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı ile Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkı arasında maddi bir bağlantı olduğunu belirtir. Buna göre, ifade özgürlüğü ile sanat özgürlüğü, insan aklının farklı düzeylerdeki değil ve fakat şekil olarak farklı faaliyetlerini ifade eder. Bu sebeple, sanat özgürlüğünün ifade özgürlüğüne nazaran sınırlandırma ayrıcalığına sahip olması meşrulaştırılmaz.³¹¹ Bunun yanı sıra, ifade özgürlüğünün, siyasi iradenin bir aracı olarak sanatı kapsadığı ve bu yüzden Madde 5/2 hükmünün, Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğüne uygulanabileceği ileri sürülmüştür.³¹²

Doktrinde ifade özgürlüğü ile sanat özgürlüğü arasında kurulan bu bağlara itiraz edilmiştir. Buna göre, Madde 5/1'de düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı ile Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkı, iki ayrı yaşam alanını konu alan iki farklı hak teşkil eder. Bu sebeple, sanat özgürlüğü hakkının, ifade özgürlüğü hakkından ayrı kendine özgü bir sınırlama normuna tabi olması gerekir.³¹³ FAYM ise ifade özgürlüğü hak normu ile sanat özgürlüğü hak normu arasında genel norm-özel norm ilişkisi kurmuş ve genel norm için geçerli olan sınırlama klozunun, özel norm olan sanat özgürlüğü için geçerli olmayacağını belirtmiştir.³¹⁴

³¹⁰ Johann Friedrich Henschel, "Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1990, pp. 1937-1944, s. 1940; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 12; Herbert Bethge, "Art. 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 334.

³¹¹ Wolfgang Knies, **Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem**, München, C. H. Beck, 1967, s. 234 vd., 257 vd., 262; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 97.

³¹² Willi Geiger, "Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst", **Die moderne Demokratie und ihr Recht: Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag**, Bd. II, Ed. by Karl Dietrich, Tübingen, J. C. B. Mohr Paul Siebeck, 1966, s. 198; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 97-98.

³¹³ Konrad Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, s. 155-157; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 98.

³¹⁴ *BVerfGE* 30, 173 (192) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 67, 213 (228) - Anachronistischer Zug [1984]; *BVerfGE* 75, 369 (377) - Strauß-Karikatur [1987]; *BVerfGE* 81, 278 (291) - Bundesflagge [1990].

2.1.2.1.1.2.3. Anayasal Hakların Sınırı Olarak Genel Yasa

Dahili teoriyi benimseyen Häberle'nin içkin sınırlama teorisi, aslında maddi bir teori oluşturur. Nitekim Häberle'nin teorisine büyük ölçüde maddi içkin sınırlama teorilerinde değinilecektir.³¹⁵ Bununla birlikte, genel yasa ölçütünü diğer anayasal haklara uygulaması bakımından, onun teorisi belirli ölçüde şekli bir teori oluşturur.³¹⁶ Burada da sınırlı bir şekilde Häberle'nin görüşü açıklanacaktır. Häberle'ye göre, genel yasa sınırı, anayasal hakların içsel bir sınırını teşkil eder. Anayasal haklar, anayasal değer sisteminin maddi toplumsallığı ile iç içedir ve bağlıdır. Anayasal hakların bu içsel sınırı, anayasal objektif değerler düzeni temelinde yer alan dengeleme ile belirlenir.³¹⁷

Häberle'nin bu görüşü eleştirilmiştir. Häberle'nin teorisinin benimsediği dahili teori bir kenara bırakıldığında, Häberle'nin anayasal hakların sınırlandırılmasında herhangi bir normatif standart sunmadığı ve yalnızca sınırın belirlenmesindeki süreci tarif ettiği ifade edilmiştir.³¹⁸ Bunun yanı sıra, Häberle'nin bahsettiği anlamda bir değerler düzeninin mevcudiyeti söz konusu olduğunda, genel yasa ölçütünün genel bir yasa kaydı olarak belirlenmesine de ihtiyaç kalmamaktadır.³¹⁹ Bunların dışında, anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin bulunduğu savına da itiraz edilmiştir.³²⁰

2.1.2.1.1.2.4. Anayasal Hakların Kapsamını Sınırlayan Genel Yasa

Rüfner'e göre, dar anlamda genel yasalar diğer anayasal hakların kapsamını sınırlandırabilir. Rüfner'in "dar anlamda genel yasalar" terimi, ayrımcı öğretinin (*Sonderrechtslehre*) ortaya koyduğu genel yasa tanımını ifade eder. Ayrımcı öğretiye göre, genel yasa, şekli olarak özgürlüğün belirli bir alanına veya belirli bir düşünceye yönelmeyen yasadır. Rüfner, bu şekli anlamında genel yasanın, diğer anayasal hakların kapsamını sınırlayabileceğini ifade eder. Dar anlamda genel yasaya dayanarak devletin gerçekleştirdiği bir önlem, hakkın kapsamına girmez. Bu şekilde hakkın kapsamı tahdit edilmiş olur.³²¹

³¹⁵ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.7.**

³¹⁶ Krş. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 99.

³¹⁷ Peter Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**, 2. Auflage, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, s. 32 vd., 51 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 99.

³¹⁸ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzung", s. 535; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 287 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 208 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 99.

³¹⁹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 61 vd.

³²⁰ Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 158.

³²¹ Wolfgang Rüfner, "Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte",

Rüfner, özellikle anayasal hakların kapsamlarını ve korumasını boşa çıkardığı için haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Buna göre, anayasal haklar, genel yasal düzen korumasını tamamen yitirmekte ve etkililiği tamamen yasama organına bırakılarak program hükümlere dönüşmektedir. Nitekim anayasal hakların koruma alanının kapsamına ilişkin bir belirleme olmadan, genel yasanın anayasal hakka müdahale edip etmediği de belirlenemez.³²² Bu bakımdan, Rüfner'in görüşü de yerinde görülmemiştir.

2.1.2.1.1.2.5. Ayrıcalıkların Sınırı Olarak Genel Yasa

Bettermann'a göre, Madde 5/2'de düzenlenen genel yasa ölçütünün temelinde eşitlik ilkesi yer almaktadır. Genel yasa, bireylerin ifade özgürlüğü ile bir ayrıcalık talep etmesini önler.³²³ Bütün anayasal hakların bu eşitleyen sınırlamaya tabi olması gerekir. Genel yasa sınırlaması bu itibarla öncelikle sınırlama klozu olmayan anayasal haklara uygulanır. Bettermann, genel yasaları, ilgili anayasal haklara veya hak sahiplerine uygulanmadığında, vatandaşların kanun önünde eşitliğinin ihlal edileceği normlar olarak tanımlar.³²⁴

Literatürde Bettermann'ın görüşleri de yerinde görülmemiştir. Devletin eşit olmayan veya ayrımcı muamelesinin, Alman Anayasası Madde 3/1'de düzenlenen eşitlik ilkesini gündeme getireceği ve Madde 3/1'e gerçekleştirilen bir aykırılığın diğer anayasal hakların korumasını tetiklemeyeceği belirtilmiştir. Alman Anayasası'nın, çeşitli/farklı anayasal haklar güvence altına alarak bireylere çeşitliliği tanıdığı ifade edilmiştir.³²⁵ Nitekim kimsenin dini veya siyasi olarak farklı muameleye tabi tutulamayacağı da Alman Anayasası Madde 3/3'te güvence altına alınmıştır.³²⁶ Bettermann tarafından Madde 3/1'in kapsamının, diğer bütün anayasal haklar bakımından geçerli olacak şekilde genel yasalar lehine sınırlandırmasının da özellikle Madde 3/1'in

Der Staat, Vol. 7, No. 1, 1968, pp. 41-61, s. 55 vd.

³²² Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 289-290; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 209-210; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 100; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 165-166.

³²³ Karl August Bettermann, "Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit", **JuristenZeitung**, 19. Jahrg., Nr. 19, 2. Oktober 1964, pp. 601-611, s. 604; Karl August Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, Berlin, Walter de Gruyter, 1968, s. 25 vd.

³²⁴ Bettermann, "Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit", s. 604; Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 28. Krş. Rupert Scholz, "Koalitionsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VIII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, s. 484-485.

³²⁵ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 43 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 102.

³²⁶ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzung", s. 534.

kapsamının oldukça belirsizleşmesine yol açacağı dile getirilmiştir.³²⁷

2.1.2.1.1.2.6. Anayasal Hakların Etki Alanının Sınırı Olarak Genel Yasa

Starck, kendi şekli sınırlama teorisini sınırlama klozu içermeyen ve Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü ve bilim özgürlüğü özelinde oluşturmuştur. Her iki özgürlükte de hakkın kapsamı aynı ikili ayrıma konu olur. Sanatın yaratılması sürecini ifade eden eser alanı (*Werkbereich*) ve bu eserin üçüncü kişilere ulaştırılması, yani dağıtımı, temsili ve/veya umuma arzını ifade eden etki alanından (*Wirkbereich*) oluşan sanat özgürlüğü hakkının³²⁸ sınırının etki alanı ve hak sahipleri tarafından bu etki alanının nasıl kullanıldığı ile ilgili olduğunu belirtir.³²⁹ Aynı husus bilim özgürlüğü hakkı için de geçerlidir. Bilim özgürlüğü hakkı da bir taraftan araştırmanın usul ve bulgularını korurken, diğer taraftan bunların öğretim/ders ile iletilmesini korur. Bilim özgürlüğü hakkının sınırı da bu bulguların iletilmesi üzerinden gerçekleşir.³³⁰ Starck'a göre, bunun temel sebebi, sanatçıların ve araştırmacıların da tabi olduğu, ayrıcalık karşıtı olan demokratik hukuk düzenidir.³³¹

Starck'a yöneltilen eleştiriler, özellikle sınırlamayı belirleyecek kriter olarak eser alanı-etki alanı ayrımının sakıncalarına yöneliktir. Sanat özgürlüğünde sözgelimi sanatın türüne/formuna bağlı olarak, eser alanı ile etki alanı iç içe geçebilmektedir.³³² Bu durum özellikle, canlı müzik, doğaçlama sanatlar gibi eserin yaratımı ile bunun iletiliminin aynı anda gerçekleşmesi ile ortaya çıkar. Dolayısıyla eser alanı da doğrudan dışsal etkilere yol açabilmektedir.³³³ Nitekim bilim özgürlüğü hakkı bakımından da bu teorinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Sözgelimi eser alanına ait olan araştırma usulünün seçiminin tehlikeleri olabileceği dikkate alındığında Starck'ın yaptığı ayrımın

³²⁷ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 102.

³²⁸ BVerfGE 30, 173 (189) - Mephisto [1971].

³²⁹ Christian Starck - Andreas L. Paulus, "Artikel 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 701-702, 729-730; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 103.

³³⁰ Starck - Paulus, "Artikel 5", s. 729-730; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 103.

³³¹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 103.

³³² BVerfGE 77, 240 (253-254) - Herrnburger Bericht [1987]; Henschel, "Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG", s. 1942.

³³³ Kay Waechter, "Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen", **Der Staat**, Vol. 30, No. 1, 1991, pp. 19-49, s. 33 vd.

yerinde olmadığı belirtilmiştir.³³⁴ Bunların yanı sıra, Starck'ın başvurduğu ayrıcalık karşısı demokratik hukuk düzeni kavramının belirsizliğine de dikkat çekilmiştir.³³⁵

2.1.2.1.1.2.7. Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Genel Yasa

Kriele de sınırlama klozu bulunmayan anayasal hakların genel yasa ile sınırlanabileceğini ileri sürer. Kriele genel yasayı, bu kayıtsız anayasal hakları sınırlamayı hedefleyen değil ve fakat *genel olarak* hakları ve hukuki ilişkileri koruyan ve düzenleyen ve tesadüfi olarak kayıtsız anayasal hakların kullanımına müdahale eden yasa olarak tanımlar.³³⁶ Bu genel yasalar, kamu düzeni yapısına dahilse, kayıtsız anayasal hakların başından itibaren içkin sınırını teşkil ederler. Kriele, kamu düzenini ise refah içinde bir arada yaşamak için kaçınılmaz olan, hakim sosyal ve etik görüşleri gözetken ve her bireysel uygulamada ölçülü olan, kamu hukukuna ilişkin yasal davranış kurallarının bütünü olarak tarif eder.³³⁷ Nitekim böyle bir içkin sınırı Kriele, diğer kişilerin özel haklarına veya toplumun zorunlu haklarına uymamayı yasaklayan değerler düzeni ile gerekçelendirir.³³⁸

Kriele'nin görüşü de eleştirilere maruz kalmıştır. Anayasal haklar ile genel yasaların geçerliliğinin örtüşmesinin yalnızca her bir anayasal hakkın kapsamının farklı bir şekilde incelenmesi gerçekleştirildikten sonra varsayılabilirliği ifade edilmiştir.³³⁹ Geleneksel anayasal hak teorisine göre, diğer davranışlara da uygulandığı gibi kayıtsız anayasal hak tarafından korunan davranışa uygulanan düzenlemeler ile kayıtsız anayasal haklara müdahale edilip edilmediği ilgili yasanın sınırlandırma niteliği ile ilgili bir konudur. Kayıtsız bir anayasal hakka yapılan sınırlamanın ve yasanın sınırlama fonksiyonunun incelenmesi, yalnızca "genelliğe" atıf yapılarak geçirilmemelidir. Bu bağlamda, Kriele'nin kayıtsız anayasal hakları genel yasa ile sınırlandırmasını meşrulaştırmada başarılı olamadığı sonucuna varılmıştır. Zira normlar hiyerarşisinde anayasanın altında yer alan (genel) yasaların, anayasal düzeyde olan kayıtsız anayasal hakları sınırlamasında, değerler düzenine atıf yapılması yeterli bir açıklama değildir. Nihayetinde Kriele'nin teorisinde hangi yasaların refah bir şekilde bir arada yaşamak için kaçınılmaz olduğuna anayasa koyucu değil, yasa koyucu karar vermektedir. Bu

³³⁴ Waechter, "Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen", s. 34.

³³⁵ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 103.

³³⁶ Martin Kriele, "Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer", **Recht-Vernunft-Wirklichkeit**, Ed. by Martin Kriele, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, s. 625.

³³⁷ Kriele, "Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer", s. 626.

³³⁸ Kriele, "Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer", s. 619, 623.

³³⁹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 57 vd.

bağlamda, Kriele'nin teorisi gerekli ve yeterli anayasal dayanaktan yoksundur.³⁴⁰

2.1.2.1.1.3. Ara Sonuç

Yukarıdaki geliştirilen eleştiriler bir yana bırakılırsa, anayasal hakların ve özellikle kayıtsız anayasal hakların, diğer anayasal haklar için öngörülen sınırlama normları/klozları/ölçütleri ile *doğrudan* sınırlandırılması, gerek Alman Anayasası, gerek Türk Anayasası gerekse de AİHS bakımından normatif olarak yerinde olmayan görüşlerdir. Zira bu üç anayasal sistemde de sınırlama normları, anayasa koyucu/Sözleşme'nin yaratıcıları tarafından her bir anayasal hak için inhisari bir şekilde belirlenmiştir. Herhangi bir sistematik veya teleolojik yorum da, bu inhisari sınırlama klozlarını, diğer anayasal haklara taşınmasını meşrulaştıracak bir gerekçe ortaya koymaz.³⁴¹

Alman Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında ortaya çıkan Herrenchiemsee Taslağı'nda, anayasal haklar, Madde 21 ile genel sınırlama normuna³⁴² tabi tutulmuştur. Ancak sonradan, her hakka inhisari sınırlama normunun öngörülmesi, anayasa koyucunun hem her hakkın kapsamının özel olarak belirlenmesine hem de bu özel olarak belirlenen her hakkın inhisari bir şekilde sınırlandırılacağına dair bir kararını/tercihini ifade eder. Dolayısıyla, bir anayasal hak için öngörülen bir sınırlama klozunun/ölçütünün diğer anayasal haklara doğrudan taşınması ve uygulanması, anayasa koyucu tarafından kabul edilen bu anayasal hak sistematığında mümkün değildir.

Benzer yöndeki bir tercih, Türk Anayasası bakımından da gerçekleşmiştir. 1981 Anayasası'nın ilk halinde, Madde 13'te anayasal hakların genel bir sınırlama normu ile sınırlandırılması öngörülmüştür. Buna göre, bir anayasal hakka özel bir sınırlama klozu/ölçütü öngörülün veya öngörülmesin, bütün anayasal haklar Madde 13'te belirtilen sınırlama ölçütleri ve usul ile sınırlandırılabilir.³⁴³ Ancak 2001 yılında,

³⁴⁰ Hans D. Jarass, "Art. 1", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 49-50; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 105.

³⁴¹ Otto Bachof, "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: (BVerwGE Band 1—3)", **JuristenZeitung**, 12. Jahrg., Nr. 11 (5. Juni 1957), pp. 334-342, s. 338; Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 64; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 136-137; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 158-159; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 89.

³⁴² Bkz. **Bölüm 1.1.2.3.**

³⁴³ Madde metninin ilk hali ve Danışma Meclisinin gerekçesi için bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu - İsmail Emrah Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara,

AİHS ilkeleri ile uyum gerekçesi ile genel sınırlama normu değiştirilip, her hak için özel sınırlama ölçütleri/klozları öngörülmüştür.³⁴⁴ Bu itibarla, Alman Anayasası'nda olduğu gibi, Türk Anayasası'nda da her sınırlama klozu, öngörüldüğü anayasal hak için inhisari bir nitelik taşımaktadır. Bu yüzden, başka bir anayasal hak için öngörülmüş olan sınırlama klozları ve ölçütleri, diğer anayasal haklar ve özellikle kayıtsız anayasal haklar için kullanılamaz.

AİHS'in hazırlık çalışmalarında da benzer bir süreç yaşanmıştır. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi Madde 29/2'den esinlenilen³⁴⁵ AİHS Madde 18'in hazırlık çalışmalarındaki ilk hali, bir genel sınırlama normu oluşturmaktaydı.³⁴⁶ Uzmanlar Komisyonu'nun (*Committee of Experts*) 1950 Şubat ve Mart aylarında, özel sınırlama normları/klozları geliştirmeye başladıktan sonra, Sözleşme günümüzdeki halini almış ve genel sınırlama normu ortadan kaldırılarak Sözleşme hakları inhisari sınırlama klozlarına sahip olmuştur.³⁴⁷ Bu sebeple, AİHS bakımından da bir hakkın sınırlama klozu/ölçütü, diğer hakların sınırlandırılmasında doğrudan kullanılamaz.

Sınırlama klozlarının veya sınırlama ölçütlerinin, sadece ilgili sınırlama klozuna dayanarak ve sadece yorumla, kıyasen ve diğer herhangi bir şekilde diğer anayasal haklara ve özellikle kayıtsız anayasal haklara uygulanması kabul edilemez. Anayasal haklar bakımından, kural çatışmalarını çözecek olan klasik çatışma

Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, s. 65 vd.

³⁴⁴ Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 69.

³⁴⁵ William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 623.

³⁴⁶ Buna göre Madde 18'in hazırlık çalışmalarında kabul edilen ilk hali şu şekildedir:

"Madde 1 ve Madde 2 (2)'de belirtilen haklar, yalnızca medeni uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine uygun olan ve aşağıdakiler için yasanın öngördüğü sınırlamalara tabi olacaktır:

- (a) diğerlerinin yasal haklarını korumak
- (b) ahlakın, (toplumun güvenliği dahil) kamu düzeninin ve genel refahın adil gereklerini karşılamak."

Bkz. Arthur Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"**, Vol. I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975, s. 296 vd., 298. Ayrıca bkz. **References to the Notion of the "general principles of law recognised by civil nations" Contained in the Travaux Préparatoires of the Convention**, CDH (75) 37, 5 November 1974, s. 1 ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-PGD-CDH\(74\)37-BIL1678846.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-PGD-CDH(74)37-BIL1678846.pdf) (Çevrimiçi: 16.06.2022)). Ayrıca Madde 18 bakımından hazırlık çalışmaları için bkz. **Preparatory Work on Article 18 of the European Convention on Human Rights**, CDH (75) 11, 10 March 1975, s. 1 vd. ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf) (Çevrimiçi: 16.06.2022)).

³⁴⁷ Arthur Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. IV, The Hague, Martinus Nijhoff, 1977, s. 182 vd.; Schabas, **The European Convention on Human Rights**, s. 623.

kurallarının uygulanması mümkün değildir.³⁴⁸

Bununla beraber, bir anayasal hakkın sınırlama klotunda yer alan sınırlama ölçütünün, diğery bir (kayıtsız) anayasal hakka uygulanabilmesi, yalnızca ilgili sınırlama ölçütünün düzenlendiğı özel sınırlama klotundan bağımsız bir şekilde bir anayasal değery teşkil etmesi veyahut objektif anayasal değeryler düzeninde yer alması ile mümkündür. Söz konusu sınırlama ölçütü, bir anayasal hakkı sınırlamakla özgülenen sınırlama klotundan bağımsız olarak bir anayasal değery teşkil etmedikçe, bu sınırlama ölçütünün kayıtsız anayasal hakları sınırlandırması mümkün değildir.

2.1.2.1.2. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Benimsediğı Görüş: Diğery Anayasal Haklar ve Değeryler ile Sınırlama

FAYM, 1970 yılına kadar kayıtsız anayasal hakların sınırlandırılması konusunda sessiz kalmıştır. Mahkeme'nin kayıtsız bir hak olarak nitelediğı³⁴⁹, Alman Anayasası Madde 4/3'te güvence altına alınan vicdani ret hakkını konu alan vakada, FAYM, "yalnızca çatışan üçüncü kişilerin temel haklarının ve anayasa düzeyindeki hukuki değeryler[in], anayasanın bütünlüğü ve onun tarafından korunan değeryler düzeni ile istisnai olarak ve münferit bir şekilde kayıtsız anayasal hakları sınırlandırabil[ceğini]" ifade etmiştir.³⁵⁰ Mahkeme'nin 1970 yılında bulduğı bu çözüm, gerek

³⁴⁸ Bkz. BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970]. Krş. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 244 vd.

³⁴⁹ BVerfGE 28, 243 (260) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³⁵⁰ BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

sonraki kararlarında³⁵¹ ve gerekse de öğretinin büyük bir bölümü tarafından³⁵² büyük ölçüde kabul edilmiştir.³⁵³ Mahkeme, *Mephisto* kararında, ileri sürülen maddi ve şekli

³⁵¹ Alman Anayasası Madde 4/1 ve Madde 4/2 tarafından güvence altına alınan din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı bakımından bkz. *BVerfGE* 41, 29 (50) - Simultanschule [1975]; *BVerfGE* 52, 223 (246-247) - Schulgebet [1979]; *BVerfGE* 93, 1 (21) - Kruzifix [1995]; *BVerfGE* 108, 282 (297) - Kopftuch [2003]; *BVerfGE* 138, 296 (333) - Kopftuch II [2015]; *BVerfGE* 153, 1 (35) - Kopftuch III [2020]. Alman Anayasası Madde 4/3 tarafından güvence altına alınan vicdani ret hakkı için bkz. *BVerfGE* 69, 1 (54-55) - Kriegsdienstverweigerung II [1985]. Alman Anayasası Madde 5/3 tarafından güvence altına alınan sanat özgürlüğü hakkı için bkz. *BVerfGE* 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 33, 52 (71) - Zensur [1972]; *BVerfGE* 67, 213 (228) - Anachronistischer Zug [1984]; *BVerfGE* 77, 240 (253) - Herrnburger Bericht [1987]; *BVerfGE* 81, 278 (292) - Bundesflagge [1990]; *BVerfGE* 83, 130 (139) - Josefine Mutzenbacher [1990]; *BVerfGE* 119, 1 (23) - Roman Esra [2007]; *BVerfGE* 142, 74 (101-102) - Sampling [2016]. Alman Anayasası Madde 5/3 tarafından güvence altına alınan bilim özgürlüğü hakkı için bkz. *BVerfGE* 122, 89 (107) - Wissenschaftsfreiheit in der Theologie [2008]; *BVerfGE* 126, 1 (24) - Fachhochschullehrer [2010]; *BVerfGE* 141, 143 (169) - Akkreditierung von Studiengängen [2016]. Alman Anayasası Madde 17 tarafından güvence altına alınan dilekçe hakkı bakımından bkz. *BVerfGE*, *NJW*, 1991, pp. 1475-1477, s. 1476 - Unterlassung herabsetzender Äußerungen. Alman Anayasası Madde 9/3 tarafından güvence altına alınan sendika hakkı için bkz. *BVerfGE* 84, 212 (228) - Aussperrung [1991]; *BVerfGE* 146, 71 (118-119) - Tarifeinheitsgesetz [2017]. Madde 9/3 bakımından ayrıca krş. *BVerfGE* 19, 303 (321-322) - Dortmunder Hauptbahnhof [1965]; *BVerfGE* 28, 295 (304) - Mitgliederwerbung I [1970]; *BVerfGE* 38, 281 (305) - Arbeitnehmerkammern [1974]; *BVerfGE* 38, 386 (393) - Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern [1975]; *BVerfGE* 50, 290 (368 vd.) - Mitbestimmung [1979]; *BVerfGE* 57, 220 (245-246) - Bethel [1981]; *BVerfGE* 100, 271 (282) - Lohnabstandsklausel [1999]; *BVerfGE* 93, 352 (358) - Mitgliederwerbung II [1995].

³⁵² Henschel, "Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG", s. 1940; Gunnar Duttge, "Was bleibt noch von der Wissenschaftsfreiheit? Zur Hypertrophie des Datenschutzes", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 1615-1619, s. 1619; Christoph Link, "Stat Crux? Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 3353-3357, s. 3356; Ingo v. Münch, "'Kirchenasyl': ehrenwert, aber kein Recht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 565-566, s. 566; Jörg Müller-Volbehr, "Positive und negative Religionsfreiheit: Zum Kruzifix-Beschluß des BVerfG", *JuristenZeitung*, 50. Jahrg., Nr. 20, 20. Oktober 1995, pp. 996-1000, s. 998; Axel Freiherr von Campenhausen, "Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 121, No. 3, 1996, pp. 448-464, s. 452; Christian Bumke - Andreas Voßkuhle, *German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2019, s. 55-57; Lothar Michael - Martin Morlok, *Grundrechte*, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2023, s. 394 vd.; Gerrit Manssen, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2020, s. 73. Mahkemenin bu çözüm yolunu kısmen kabul edenler için bkz. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, s. 46 vd., 55; Klaus Stern, "Die Grundrechtskollisionen", *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 670-671; Volker Epping - Sebastian Lenz - Philipp Leydecker, *Grundrechte*, 10. Auflage, Berlin, Springer, 2024, s. 44-46; Michael Sachs, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 3. Auflage, Berlin, Springer, 2017, s. 160 vd. Bu çözümü eleştirenler için bkz. Jörn Ipsen, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 20. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017, s. 144-146; Bodo Pieroth - Bernhard Schlink - Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, *Grundrechte: Staatsrecht II*, 30. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2014, s. 87; Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 372 vd. Farklı yöndeki görüşler için bkz. Johannes Rux, "Positive und Negative Bekenntnisfreiheit in der Schule", *Der Staat*, Vol. 35, No. 4, 1996, pp. 523-550, s. 526 vd.

³⁵³ Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, s. 142.

içkin sınırlama teorilerini reddetmiş ve kayıtsız anayasal hakların yalnızca anayasanın kendisi tarafından sınırlanabileceğini ifade etmiştir.³⁵⁴ Bu bağlamda, kayıtsız anayasal hakların kapsamına giren bir davranışın veya hukuki bir pozisyonun, anayasal veya anayasadan türeyen bir değer ile çatışması durumunda, kayıtsız anayasal hakkın sınırlanabileceği kabul edilir. Mahkeme'nin ortaya koyduğu bu çözüm yolu, şekli bir teori oluşturur.³⁵⁵ Zira Mahkeme'nin çözümünde belirleyici olan, bir maddi kriter değil, diğer anayasal değerleri, kayıtsız anayasal haklara bir sınırlama ölçütü/klozu olarak taşıyan şekli bir kriterdir.

Mahkeme'nin bulduğu bu çözüm, kayıtsız anayasal hakların özellikle anayasal haklar dışındaki anayasal değerler ile sınırlanması hususunda eleştiriye uğramıştır. Anayasal haklar dışındaki anayasal değerlerin en başından itibaren kayıtsız anayasal hakları sınırlandırma amacına sahip olmadıkları ve burada hangi anayasal normların -sözgelimi devlet organlarına verilen yetkilerin- bir sınırlamaya temel teşkil etmesinin büyük bir sorun teşkil edebileceği ifade edilmiştir.³⁵⁶ Diğer taraftan Mahkeme'nin bulduğu çözümün sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların anayasal olmayan, yalnızca yasa tarafından korunan değerler ile sınırlanmasına yol açacağı ileri sürülmüştür. Yasalarla korunan herhangi bir yasal menfaat, her zaman bir anayasal değer olarak sunulabilir ve kabul edilebilir.³⁵⁷ Nitekim FAYM, sınırlama kaydı olmayan anayasal

³⁵⁴ BVerfGE 30, 173 (191-193) - Mephisto [1971].

³⁵⁵ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 144.

³⁵⁶ Michael Sachs, **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 2017, s. 160 vd.; Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 365 vd. Bamberger, FAYM'in, kayıtsız anayasal hakların diğer anayasal haklar ve anayasal değerler ile sınırlandırılabilirliğine ilişkin formülünün ikinci kısmına itiraz eder. Ona göre, aslında FAYM'in önüne gelen vakalarda, kayıtsız anayasal hakların dengelenmesi ve/veya sınırlandırılması, diğer anayasal haklarla gerçekleştirilebilir. Ancak Bamberger, burada diğer anayasal hakların, kayıtsız anayasal hakkı sınırlandırmayacağını ve fakat tahdit edeceğini, diğer bir deyişle kayıtsız anayasal hakkın kapsamını daraltacağını ileri sürer. Bkz. Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 372 vd. Kingreen/Poscher ise hakkın kapsamını tahdit eden çatışan anayasal değer yaklaşımını eleştirmiştir. Bu yaklaşımın, anayasal hakların kapsamının belirsizleşmesine yol açacağını, ihtilafların çeşitliliği ile uyumlu olmadığını ve çatışma çözümünün münferit vakanın koşulları içinde gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 100. Anayasal haklar dışındaki diğer anayasal değerlerin (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlamayacağı konusunda bkz. Sibel Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2023, s. 407 vd. Hakkın kapsamını tahdit eden çatışan hak düşüncesinin eleştirisi için bkz. Stemmler, **Das "Ne-minem-laedere-Gebot"**, s. 183.

³⁵⁷ Kriele, "Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer", s. 608-609; Martin Kriele, "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 218-219.

hakları sınırlandıran anayasal değerleri anayasa metninden elde ederken/icat ederken keyfi davrandığı yönünde de eleştirilmiştir.³⁵⁸ Burada özellikle Isensee'nin düştüğü şerhler de önem arz eder. Isensee'ye göre, FAYM'ın sadece şekli anayasayı dikkate alması ve maddi anayasayı göz ardı etmesi yerinde değildir. Zira Alman Anayasası, devlet amaçları ve anayasal değerler kataloğu olarak tasarlanmamıştır. Bu sebeple, FAYM kendi yarattığı bu problemi, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilen anayasal değerler olarak yazılı anayasa maddelerini oldukça geniş bir şekilde yorumlayarak elde edip çözmeye çalışmıştır.³⁵⁹

2.1.2.2. Maddi İçkin Sınırlama Teorileri

Maddi içkin sınırlama teorileri, kaynağını zarar ilkesinden/sınırından³⁶⁰ (*neminem-laedere*³⁶¹) alan ve fakat farklı maddi kriterler ile anayasal hakların içkin bir şekilde sınırlandırılmasını meşrulaştıran teorilerdir.³⁶² Zarar vermeme/*neminem-laedere* ilkesi, anayasa hukukunda özellikle yasa kayıtlarında/sınırlama klostlarında yer alan “başkalarının hakları” ifadesiyle somutlaşır. Bu yaklaşıma göre, başkalarının hakları, yalnızca belirli anayasal haklar için öngörülen bir sınırlama değil, aynı zamanda ilgili hakları aşan bir öneme sahiptir. Bu sınırlama ölçütü, bütün anayasal haklara devşirilmesine izin verilmese bile, “başkalarının hakları” ölçütü, özgürlüğün temel ilkesi olarak

³⁵⁸ Thomas Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, s. 114; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 65.

³⁵⁹ Josef Isensee, “Staat und Verfassung”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. II, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 97.

³⁶⁰ Liberal teoride gelişen zarar ilkesi için bkz. John Stuart Mill, “On Liberty”, **On Liberty**, Ed. by David Bromwich - George Kateb, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 80 vd.; Owen Fiss, “A Freedom Both Personal and Political”, **On Liberty**, Ed. by David Bromwich - George Kateb, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 179 vd.; Joel Feinberg, **Harm to Others**, New York, Oxford University Press, 1984, s. 31 vd.; Nadia Urbinati, **Mill on Democracy: From the Athenian Polis to Representative Government**, Chicago, University of Chicago Press, 2002, s. 111, 160; Karl-Heinz Ladeur, “Die Beobachtung der Kollektiven Dimension der Grundrechte durch Eine Liberale Grundrechtstheorie”, **Der Staat**, Vol. 50, No. 4, 2011, pp. 493-532, s. 504-508; Aybike Yılmaz, **İnsan Haklarında Faydacı Teori: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ölçülülük Testi**, İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 71 vd.

³⁶¹ Neminem-laedere ilkesinin anlamı ve tarihsel gelişimi için bkz. Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 8 vd.; Osman Can, “Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde “Neminem Laedere” İlkesi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 8. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2003, s. 96 vd.; Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 9-10; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 239.

³⁶² Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 109; Wolfgang Kahl, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, **Der Staat**, Vol. 43, No. 2, 2004, pp. 167-202, s. 169.

nitelendirilir. Bu görüşte, *neminem-laedere* gerekliliği, bütün özgürlüklerde içkin olan özgürlüklerin sınırı (*Freiheitsüberschreitungsverbot*)³⁶³ veya başkalarının özgürlüklerini zarar verme sınırı/tahdidi (*Nichtstörungsschranke*)³⁶⁴ fonksiyonunu görür.³⁶⁵ Anayasal hak koruması, başkalarına zarar vermeme ile tahdit edilir.³⁶⁶

Bu bağlamda, ileri sürülen toplumsallık kaydı (2.1.2.2.1.), dengeleme kaydı (2.1.2.2.2.), mücadeleci demokrasi kaydı (2.1.2.2.3.), kötüye kullanma kaydı (2.1.2.2.4.), sosyal olarak zararlı davranışlar (2.1.2.2.5.) ve barışçıl kullanım kaydı (2.1.2.2.6.) aslında doğrudan zarar ilkesinden/sınırından doğan ve çeşitlenen teorilerdir. Bunların yanı sıra, Häberle tarafından ileri sürülen anayasal haklara ilişkin kurumsal teori (2.1.2.2.7.), Bolz'un somutlaştırma temelli teorisi (2.1.2.2.8.), Müller tarafından ileri sürülen hak konusuna özgü kullanım teorisi (2.1.2.2.9.), Ladeur'un (2.1.2.2.10.), Stemmler'in (2.1.2.2.11.) ve Lindner'in (2.1.2.2.12.) "neminem-laedere" tahdidi ve Lenz'in düzenleme temelli eklektik teorisi (2.1.2.2.13.) de maddi içkin sınırlama teorileri arasında yer alır. Bu başlık altında ayrıca ilke teorisinin de bir "içkin" sınırlama sunup sunamayacağı incelenecektir (2.1.2.2.14.). Son olarak, Merten'in (2.1.2.2.15.) ve Isensee'nin (2.1.2.2.16.) eklektik içkin sınırlama teorisi incelenecektir.

2.1.2.2.1. Toplumsallık Kaydı

FAYM'ın suskun kaldığı dönemde, Alman Federal İdare Mahkemesi bir içtihat/çözüm geliştirmiştir: toplumsallık kaydı (*Gemeinschaftsvorbehalt*). Alman Federal İdare Mahkemesi, çoğunlukla Alman Anayasası Madde 12/1'de düzenlenen meslek özgürlüğünün içinde yer alan ve sınırlama klotunun düzenlendiği Madde 12/2'de bahsedilmeyen meslek seçme özgürlüğünün sınırlandırılmasını ilgilendiren vakalarda bu çözümü üretmiştir. İlk olarak 1953 yılında verdiği karara göre, "anayasal hakların özünün bir gereği olarak, anayasal haklar, toplumun varlığı için önemli bir yasal menfaati tehlikeye atarsa, talep edilemez."³⁶⁷ Mahkeme bu içtihadını istikrarlı bir şekilde sürdürmüştür.³⁶⁸ Nitekim 1954 yılındaki kararıyla birlikte, toplumun varlığı için önemli bir

³⁶³ Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, s. 10.

³⁶⁴ Ipsen, *Staatsrecht II*, s. 48; Jörn Ipsen, "Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter", *JuristenZeitung*, 52. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1997, pp. 473-480, s. 480; Josef Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 460, 523.

³⁶⁵ Stemmler, *Das "Neminem-laedere-Gebot"*, s. 13.

³⁶⁶ Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, s. 44-45; Ipsen, *Staatsrecht II*, s. 48.

³⁶⁷ BVerwG, *NJW*, 1954, pp. 525-526, s. 525 - Enteignungsentschädigung, Rechtsweg.

³⁶⁸ BVerwG, *NJW*, 1954, pp. 1661-1662, s. 1661 - Zulassung zum Droschkenverkehr;

yasal menfaatin yanına diğer anayasal hakları da eklemiştir. Bu durumda, diğer anayasal hakları ihlal eden bir anayasal hak talebi ileri sürülemez.³⁶⁹

Alman Federal İdare Mahkemesi, belirlediği bu toplumsallık kaydını, aynı zamanda içkin sınırlama olarak nitelemiştir.³⁷⁰ Mahkeme'ye göre, her bir anayasal hak, toplumun varlığını ön koşul olarak belirler.³⁷¹ Mahkeme, bu bakımdan, söz konusu toplumsallık kaydını, diğer bir deyişle toplumun varlığı için önemli yasal menfaati, hakkın özüne dokunulmasını meşrulaştıracak bir araç olarak da görmektedir.³⁷² Alman Federal İdare Mahkemesi, halk sağlığı³⁷³, yargının düzenlenmesi³⁷⁴, trafik güvenliği³⁷⁵, ahlak kuralları³⁷⁶ ve evlilik ve aile kurumlarının korunması³⁷⁷ sınırlama ölçütlerini toplumsallık kaydı kapsamında meslek seçme özgürlüğü ve sanat özgürlüğüne uygulamıştır.³⁷⁸ Bununla birlikte, Mahkeme neredeyse bütün vakalarda, devletin müdahalesinin kabul edilemez olduğu ve devletin müdahalesini meşrulaştıramadığı sonucuna ulaşmıştır.³⁷⁹

BVerwG, NJW, 1955, pp. 1532-1534, s. 1533 - Zulassung von Rechtsbeiständen, Bedürfnisprüfung; *BVerwG, NJW*, 1955, pp. 1534-1535, s. 1535 - Zulassung von Prozeßagenten; *BVerwG, NJW*, 1956, pp. 196-197, s. 197 - Einzelhandel; *BVerwG, NJW*, 1956, pp. 723-725, s. 724 - Güterfernverkehr: numerus clausus; *BVerwG, NJW*, 1957, pp. 474-475, s. 474-475 - Ausnahme von der Milchablieferungspflicht; *BVerwG, NJW*, 1957, pp. 356-358, s. 357 - Apothekenrecht, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung; *BVerwG, NJW*, 1958, pp. 563-564, s. 563 - Bindung der Lastenausgleichsbehörden an die Vertriebenenauseweisung; *BVerwG, VerwRspr*, 1959, pp. 129-136, s. 135.

³⁶⁹ *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 1054-1056, s. 1055 - Zulassung zum Droschkengewerbe; *BVerwGE 1, 303 (307)* - "Sünderin"-Fall [1954]; *BVerwG, BeckRS*, 1955, 102301 - Freiheit der Berufswahl.

³⁷⁰ *BVerwG, VerwRspr*, 1959, pp. 129-136, s. 135; *BVerwG, BeckRS*, 1957, 102854 - Amtliche Begründung.

³⁷¹ *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 525-526, s. 525 - Enteignungsentschädigung, Rechtsweg.

³⁷² *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 1661-1662, s. 1661 - Zulassung zum Droschkenverkehr.

³⁷³ *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 525-526, s. 525 - Enteignungsentschädigung, Rechtsweg; *BVerwG, BeckRS*, 1955, 102301 - Freiheit der Berufswahl; *BVerwG, NJW*, 1957, pp. 474-475, s. 475 - Ausnahme von der Milchablieferungspflicht; *BVerwG, NJW*, 1957, pp. 356-358, s. 357 - Apothekenrecht, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung.

³⁷⁴ *BVerwG, NJW*, 1955, pp. 1534-1535, s. 1535 - Zulassung von Prozeßagenten.

³⁷⁵ *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 1054-1056, s. 1055 - Zulassung zum Droschkengewerbe.

³⁷⁶ *BVerwGE 1, 303 (307)* - "Sünderin"-Fall [1954].

³⁷⁷ *BVerwGE 1, 303 (307)* - "Sünderin"-Fall [1954].

³⁷⁸ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 111.

³⁷⁹ *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 525-526, s. 525 - Enteignungsentschädigung, Rechtsweg; *BVerwG, NJW*, 1954, pp. 1661-1662, s. 1661 - Zulassung zum Droschkenverkehr; *BVerwG, NJW*, 1955, pp. 1534-1535, s. 1534 - Zulassung von Prozeßagenten; *BVerwG, NJW*, 1957, pp. 356-358, s. 357 vd. - Apothekenrecht, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung; *BVerwG, NJW*, 1958, pp. 563-564, s. 563 - Bindung der Lastenausgleichsbehörden an die Vertriebenenauseweisung; *BVerwG, VerwRspr*, 1959, pp. 129-136, s. 135-136; *BVerwG, NJW*, 1954, pp.

Alman Federal İdare Mahkemesi'nin benimsediği toplumsallık kaydının, hakkın kapsamını tahdit edip etmediği veyahut hakkın kapsamını tahdit etmeden hakkı sınırlandırıp sınırlandırmadığı belirli değildir.³⁸⁰ Mahkeme bir yandan, toplum için yamsal önemi olan bir menfaat ile ilgili anayasal hakkın çatışamayacağını, zira ilgili davranışın veya hukuki pozisyonun, en başından itibaren hakkın kapsamında yer almadığını belirtirken³⁸¹, diğer yandan, başka bir kararında toplum menfaati ile anayasal hakkın çatıştığını tespit ettikten sonra, müdahalenin gerekli olup olmadığını incelemiştir.³⁸² Nihayetinde 1975 yılında, Alman Federal İdare Mahkemesi, FAYM'ın görüşünü kabul ederek, yasa kaydı bulunmayan anayasal hakların, yalnızca çatışan üçüncü kişilerin anayasal hakları veya anayasal düzeydeki diğer değerler ile sınırlandırılabilirliğine karar vermiştir.³⁸³ Bununla beraber, Alman Federal İdare Mahkemesi, sonradan verdiği kararlarda da, "devlet düzeninin işleyişi"³⁸⁴ gibi gerekçelerle sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırırken keyfi bir kayıt koyduğu yönünde eleştirilmiştir.³⁸⁵

Alman Federal İdare Mahkemesi'nin yasa kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırmak için başvurduğu toplumsallık kaydının, nadiren anayasal hakların sınırlandırılmasını meşrulaştırdığına karar verilse bile oldukça belirsiz bir formül olduğu belirtilmiştir.³⁸⁶ Buna göre, toplumsallık kaydının gerekçelendirmesinde eksiklik olduğu gibi, kötüye kullanım olasılığı da fazladır.³⁸⁷ Burada, yasama ve yargı organına

1054-1056, s. 1055-1056 - Zulassung zum Droschkengeuerbe; BVerwGE 1, 303 (307-308) - "Sünderin"-Fall [1954]; BVerwG, BeckRS, 1955, 102301 - Freiheit der Berufswahl.

³⁸⁰ Stemmler, Das "Neminem-laedere-Gebot", s. 155.

³⁸¹ BVerwG, NJW, 1956, pp. 723-725, s. 725 - Güterfernverkehr: numerus clausus.

³⁸² BVerwG, NJW, 1957, pp. 356-358, s. 357 - Apothekenrecht, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung.

³⁸³ BVerwG, NJW, 1976, pp. 490-494, s. 493 - Umfang und Begrenzung des Asylrechts.

³⁸⁴ BVerwG, NJW, 1999, pp. 304-305, s. 304 - Verbot einer Theateraufführung.

³⁸⁵ Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 364.

³⁸⁶ Bachof, "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", s. 337-338; Roman Herzog, "Art. 8", Grundgesetz: Kommentar, Bd. II, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2003, s. 46; Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, s. 95; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 531; Pecher, Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten, s. 137; Misera-Lang, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, s. 112; Hans-Jürgen Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 370; Stemmler, Das "Neminem-laedere-Gebot", s. 156.

³⁸⁷ Bachof, "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts", s. 337; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 531.

oldukça büyük bir takdir alanı bırakılmaktadır.³⁸⁸ Misera-Lang, Mahkeme'nin "anayasal hakların toplumsallığın varlığı için ön koşul olduğu" ve dolayısıyla toplumsallığın varlığı için önemli olan menfaate aykırı olamayacağı düşüncesinin, Alman Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlük düşüncesi ile uyuşmadığını ifade etmiştir. Buna göre, anayasal haklar, devlet öncesi bir kaynağa sahiptir ve devlet tarafından yaratılmamış ve fakat tanınmıştır.³⁸⁹ Papier, toplumsallık kaydının, Alman Anayasası'nın benimsediği sınırlama sistematiğine aykırı olduğunu belirtir. Zira toplumsallık kaydı ile sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar görelileştirilerek basit yasa kaydına tabi bulunan anayasal haklar ile aynı sınıflandırmaya tabi olur.³⁹⁰ Bunların yanı sıra, anayasal haklarının sınırlanmasında, ilk olarak yasama ve yürütme organı yetkilidir. Bu yüzden, maddi bir sınırlamanın ancak anayasa koyucu tarafından öngörülüp yasama organı tarafından bunun yerine getirilmesi ile mümkün olduğu ifade edilmiştir.³⁹¹ Toplumsallık kaydının, yalnızca yasa kaydı bulunmayan haklar için değil bütün anayasal haklar için geçerli olması ise yasa kaydı bulunan diğer anayasal haklar için çifte sınırlandırmaya da yol açar.³⁹² Bunların yanı sıra, toplumsallık kaydının anayasal hakları zayıflattığı eleştirisi de ileri sürülmektedir. Sadece toplumsallık kaydı formülü dahi kamu yararının, anayasal haklara mutlak bir üstünlüğünü ima eder.³⁹³ Aynı zamanda, Alman Federal İdare Mahkemesi'nin ortaya koyduğu bu toplumsallık kaydının, anasadan türetilmeyeceği ifade edilmektedir.³⁹⁴ Bütün bu sebepler neticesinde,

³⁸⁸ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 156.

³⁸⁹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 112-113. Weimar Anayasasında düzenlenen anayasal haklar için de Schmitt aynı yönde görüş bildirmiştir. Bkz. Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 163. Nitekim bu düşünce, Alman Anayasasının hazırlık çalışmalarında görülmektedir. Bkz. Leibholz - v. Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Neuauflage des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Bd. I, s. 42 vd. Özgürlüğün, devletin önce ve sınırsız olmadığı ve devlet ile düzenlenip sınırlandırıldığı görüşü için bkz. Bernhard Schlink, "Zwischen Identifikation und Distanz: Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht", **Der Staat**, Vol. 15, No. 3, 1976, pp. 335-366 s. 361.

³⁹⁰ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 370. Aynı yönde bkz. Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 476; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 20.

³⁹¹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 114-115.

³⁹² Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 113-115.

³⁹³ Knies, **Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem**, s. 95; Peccher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 138-139.

³⁹⁴ Peccher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 139-141.

toplumsallık kaydı teorisi, gerek doktrinde³⁹⁵ gerekse içtihatlarda çok nadir bir destek görmüştür.

2.1.2.2.2. Dengeleme Kaydı

Alman Federal İdare Mahkemesi'ne benzer bir şekilde E. von Hippel de anayasal haklar için bir geçerlilik şartı öngörmüştür: "Her temel hak normu, özgürlük tarafından korunan menfaat, daha yüksek değerdeki menfaate (hukuki menfaate) karşı olmadığı ve olmadıkça geçerlidir."³⁹⁶ Bu bağlamda, her anayasal hak, kendi doğal sınırını, daha yüksek değerdeki menfaatte bulur.³⁹⁷ von Hippel, tamamen şekli olan sınırlandırma ilkelerinin³⁹⁸, sınırlandırma problemine bir çözüm bulamayacağını ifade eder. Ona göre, bu çözüm, farklı menfaatlerin değerlendirilmesi ile söz konusu olabilir. Nitekim bu da, anayasada vücut bulan çeşitli menfaatlerin değerler düzeninin belirlenmesi ile elde edilebilir.³⁹⁹

von Hippel tarafından ortaya konan dengeleme kaydında, dengeleme gerekliliğini Alman Anayasası ile temellendirilmemesi eleştiriye uğramıştır.⁴⁰⁰ von Hippel, sınırlamaya ilişkin çözüm olarak sunduğu dengeleme kaydının, hukuk sistemi içerisinde yer alan pozitif üstü doğruluğun içkin normu olduğunu ve bunun anayasal haklar üzerinden bütün hukuk düzeni için geçerli olduğunu belirtir.⁴⁰¹ Bunun yanı sıra, anayasada belirsiz kalan değerler düzeni karşısında (belirlenmiş olan değerler düzeninin yokluğunda)⁴⁰², menfaatler arasındaki üstünlük ilişkisinin her anayasal hak için ayrı

³⁹⁵ Doktrinde Böckenförde'nin bu teoriyi kabulü, satır aralarında gösterilmektedir. Bkz. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 28, Berlin, Walter de Gruyter, 1970, s. 59.

³⁹⁶ von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, s. 25-26, 30, 38.

³⁹⁷ von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, s. 26; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 115.

³⁹⁸ von Hippel, şekli çözüm olarak özellikle Nipperdey'in Weimar Anayasası Madde 151'e atıfla ortaya koyduğu üstün kamu yararını belirler. Nipperdey, üstün kamu yararının gerekliliği söz konusu olduğunda, bireysel hakların yasal olarak sınırlanabileceğini ifade eder. Bkz. Ludwig Enneccerus - Hans Carl Nipperdey, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch**, Bd. I/1, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959, s. 101; Hans Carl Nipperdey, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte**, Bd. IV/2, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey, Berlin, Duncker & Humblot, 1962, s. 741 vd.; von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, s. 25 vd.

³⁹⁹ von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, s. 31 vd.

⁴⁰⁰ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 115-116.

⁴⁰¹ von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, s. 30.

⁴⁰² Bu yönde bkz. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 58 vd.

bir şekilde ve somut vakaya özgü olarak belirlenmesinden dolayı⁴⁰³, dengeleme kaydının, yasa kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlanma formülü olarak çok belirsiz olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰⁴ Özellikle yasa kaydı bulunan anayasal haklar bakımından, von Hippel'in çözümünün gereksiz olduğu da dile getirilmiştir.⁴⁰⁵

2.1.2.2.3. Mücadeleci Demokrasi Kaydı

Mücadeleci demokrasi, büyük ölçüde Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra tebelbül eden⁴⁰⁶ ve Almanya'nın Weimar Anayasası'nda yaşadığı tecrübenin neticesi olan yıkımlar dolayısıyla İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kıta Avrupası ülkeleri tarafından benimsenen bir demokrasi yaklaşımıdır. Mücadeleci demokrasi yaklaşımı, demokrasinin kendisini yok etmeye çalışanlara karşı, dışlarının olması gerektiğini, diğer bir deyişle kendisini yok edebilecek kişiler ile mücadele edebilecek araçlara sahip olması gerektiğini ileri sürer.⁴⁰⁷ Mücadeleci demokrasi yaklaşımı, aşağıda daha kapsamlı bir şekilde ele alınacağından, bu başlık altında genel mücadeleci bir demokrasi açıklaması ile yetinilecektir.

Mücadeleci demokrasi kaydı ile demokrasiye sağlanan mücadele araçları,

⁴⁰³ Knies, **Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem**, s. 40-41.

⁴⁰⁴ Knies, **Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem**, s. 39-40.

⁴⁰⁵ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 116.

⁴⁰⁶ Bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara, Seçkin, 2000, s. 23 vd.

⁴⁰⁷ Karl Loewenstein, "Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I", **The American Political Science Review**, Vol. 29, No. 4, Aug., 1935, pp. 571-593, s. 577 vd.; Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights, I", **The American Political Science Review**, Vol. 31, No. 3, Jun., 1937, pp. 417-432, s. 417 vd.; Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights, II", **The American Political Science Review**, Vol. 31, No. 4, Aug., 1937, pp. 638-658, s. 638 vd.; Karl Mannheim, **Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist**, London, Routledge, 1997, s. 4 vd.; Eckhard Jesse, **Literaturführer: Parlamentarische Demokratie**, Opladen, Leske Verlag, 1981, s. 211 vd.; Hans-Gerd Jaschke, **Streitbare Demokratie und Innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik**, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991, s. 11 vd.; Maximilian Fuhrmann, **Antixtremismus und wehrhafte Demokratie: Kritik am politischen Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland**, Baden-Baden, Nomos, 2019, s. 92 vd.; Gereon Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten: Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich**, Wiesbaden, Springer, 2015, s. 93 vd. Markus Thiel, "Introduction", **The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies**, Ed. by Markus Thiel, Surrey, Ashgate, 2009, s. 1 vd.; Bastiaan Rijpkema, **Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance**, London, Routledge, 2018, s. 1 vd.; Afshin Ellian - Bastiaan Rijpkema, "Introduction", **Militant Democracy: Political Science, Law and Philosophy**, Ed. by Afshin Ellian - Bastiaan Rijpkema, Cham, Springer, 2018, s. 1 vd.; Svetlana Tyulkina, **Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond**, London, Routledge, 2015, s. 11 vd.; Alexander S. Krishner, **A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism**, New Haven, Yale University Press, 2014, s. 26 vd.

anayasal haklara bir sınırlama kaydı koymaktadır.⁴⁰⁸ Diğer bir deyişle, anayasal haklar, demokratik anayasal düzen ile çatışmadıkça geçerlidir. Mücadeleci demokrasinin varlığı veyahut bir anayasa tarafından benimsenmesi, bunlarla sınırlı olmamakla beraber genel olarak ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve özellikle siyasi parti yasaklarının anayasada yer alması ile mümkündür. Alman Anayasası Madde 9/2’de düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün sınırlama klotu⁴⁰⁹, Madde 18’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı⁴¹⁰ ve Madde 21/2’de düzenlenen siyasi parti yasağı⁴¹¹, Alman Anayasası’nda mücadeleci demokrasinin benimsendiğini göstermektedir. Nitekim FAYM’ın kararlarında da bu açıkça görülmektedir. Mahkeme, açık bir şekilde mücadeleci demokrasiyi (*streitbare Demokratie/wehrhafte Demokratie*) Alman Anayasası’nın temel siyasal kararı⁴¹², anayasanın temeli⁴¹³ ve Alman Anayasasının temel karakteri⁴¹⁴ olarak nitelemiştir. Mahkeme, bir yandan mücadeleci demokrasinin temel ilkeleri olarak, Alman Anayasası Madde 9/2, Madde 18 ve Madde 21/2’yi belirlerken⁴¹⁵, diğer yandan, diğer anayasa hükümlerinin değerlendirilmesinde de mücadeleci demokrasiyi gündeme getirmektedir.⁴¹⁶

FAYM, mücadeleci demokrasi ilkesini veya en azından bu ilkenin nüvelerini, Madde 3/3’te düzenlenen özel eşitlik hakkı⁴¹⁷, Madde 5/1’de düzenlenen ifade

⁴⁰⁸ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 124-125.

⁴⁰⁹ Alman Anayasası Madde 9/2: “Amaçları veya faaliyetleri ceza hukukuna aykırı olan veya anayasal düzene veya uluslararası anlaşma/barış düşüncesine aykırı olan örgütlenmeler yasaktır.”

⁴¹⁰ Alman Anayasası Madde 18: “Özgür demokratik temel düzene karşı savaşmak için ifade özgürlüğü hakkını, özellikle basın özgürlüğünü (Madde 5/1), öğretim özgürlüğünü (Madde 5/3), toplanma özgürlüğünü (Madde 8), örgütlenme özgürlüğünü (Madde 9), mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği hakkını (Madde 10), mülkiyet hakkını (Madde 14) veya iltica özgürlüğünü (Madde 16a) kötüye kullanan kimse, bu temel hakları kaybeder. Bu hak kaybı ve hak kaybının kapsamı, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanır.”

⁴¹¹ Alman Anayasası Madde 21/2: “Amaçlarına veya destekçilerinin davranışlarına dayanarak, özgür demokratik temel düzeni bozmaya veya ortadan kaldırmaya veya Federal Almanya Cumhuriyeti’nin varlığını tehlikeye atmaya çalışan partiler anayasaya aykırıdır.”

⁴¹² BVerfGE 28, 36 (48) - Zitiergebot [1970].

⁴¹³ BVerfGE 25, 44 (58) - Durchsetzung von Parteiverboten [1969].

⁴¹⁴ BVerfGE 25, 88 (100) - Berufsverbot II [1969].

⁴¹⁵ BVerfGE 25, 88 (100) - Berufsverbot II [1969]; BVerfGE 134, 141 (179-180) - Beobachtung von Abgeordneten [2013]; BVerfGE 149, 160 (194) - Vereinsverbote [2018].

⁴¹⁶ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 121-122.

⁴¹⁷ BVerfGE 39, 334 (368-369) - Extremistenbeschluß [1975].

özgürlüğü hakkı⁴¹⁸, Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkı⁴¹⁹ ve Madde 10/1'de düzenlenen mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği hakkına⁴²⁰ uygulamıştır.

Mücadeleci demokrasi kaydı, Alman Anayasası Madde 9/2, Madde 18 ve Madde 21'den yola çıkarak, anayasal hakları, farklı ilkelerle sınırlandırması ve genel olarak uygulanabilir bir ilkeye ulaşılamaması sebebiyle, kabul edilemez olarak görülmüştür.⁴²¹ Diğer taraftan, anayasal hakların, özgürlüğü yok etme davranışını kapsamamasından ziyade, anayasal organların bireylerin özgürlüğüne yönelttiği tehditler bağlamında ele alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁴²² Gerçekten de, FAYM'ın belirlediği özgür demokratik temel düzen kavramının içinde anayasal haklara ve insan haklarına saygı gösterme unsurunun da yer aldığı⁴²³ dile getirilerek, özgür demokratik temel düzenin korunması, aynı zamanda bireyin anayasal haklarına saygı göstermeyi ve müdahale etmekten kaçınmayı gerektireceği belirtilmiştir.⁴²⁴

Bunların yanı sıra, bütün anayasal hakların sınırı olarak mücadeleci demokrasinin oldukça belirsiz bir kavram oluşturduğu⁴²⁵ ve izin verilen ile izin verilmeyen anayasal hak kullanımı arasındaki farkın oldukça soyut bir kavrama bağlanmış olduğu dile getirilmiştir.⁴²⁶ Bu bağlamda bireyin, bu yüksek soyut ilke karşısında hangi davranışının, özgür demokratik temel düzeni tehlikeye atacağını öngöremeyeceği ifade edilmiştir.⁴²⁷ Dolayısıyla yalnızca hukuk devleti ilkesi altında anayasal hakların sınırlandırılmasının belirliliği yerine getirmesi ile mücadeleci demokrasinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür.⁴²⁸

⁴¹⁸ BVerfGE 5, 85 (137) - KPD-Verbot [1956]; BVerfGE 28, 36 (48-49) - Zitiergebot [1970]; BVerfGE 25, 44 (58-59) - Durchsetzung von Parteiverboten [1969].

⁴¹⁹ BVerfGE 33, 52 (70-71) - Zensur [1972]; BVerfGE 77, 240 (255) - Herrnburger Bericht [1987]; BVerfGE 81, 278 (293) - Bundesflagge [1990]; BVerfGE 81, 298 (308) - Nationalhymne [1990].

⁴²⁰ BVerfGE 30, 1 (19-20) - Abhörurteil [1970].

⁴²¹ Schlink, "Zwischen Identifikation und Distanz", s. 361; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 127.

⁴²² Eckart Bulla, "Die Lehre von der streitbaren Demokratie: Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 98, No. 3, 1973, pp. 340-360, s. 351.

⁴²³ Bkz. BVerfGE 2, 1 (12-13) - SRP-Verbot [1952].

⁴²⁴ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 126.

⁴²⁵ Bäumler, "Versammlungsfreiheit und Verfassungsschutz", s. 474; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 543-544.

⁴²⁶ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 543-544.

⁴²⁷ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 126-127.

⁴²⁸ Bulla, "Die Lehre von der streitbaren Demokratie", s. 359-360; Erhard Denninger,

2.1.2.2.4. Kötüye Kullanma Kaydı

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, yukarıda da anlatıldığı gibi temelini özel hukukta ve özellikle bu çerçevede geliştirilen dahili teoride bulur.⁴²⁹ Alman Anayasası (*Grundgesetz*) döneminde, Alman Anayasası Madde 18’de düzenlenen kötüye kullanma yasağına yer verilmesiyle, bu görüş kamu hukukuna da taşınmıştır. Buna göre, hakkın kötüye kullanılması, hakkın amaç dışı ve işlevine aykırı olarak kullanımını ifade eder. Bu kullanım, hakkın içeriği tarafından kapsanmamakta ve görünüşte bir hak kullanımını ifade etmektedir. Böyle bir kullanım, hakkın içkin sınırı dolayısıyla hakkın kapsamında bulunmadığından, ilgili kullanım hakkın korumasından yararlanamaz.⁴³⁰ Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bir davranış, hakkın kapsamından dışlandığı için bu şekilde sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin de bir çözüm üretilmiş olmaktadır.⁴³¹ Literatürde kötüye kullanma kaydı, Alman Anayasası Madde 18 ile temellenmiştir. Madde 18’in lafzi ve tarihsel-genetik yorumu uyarınca, kötüye kullanma yasağının siyasal bir unsura sahip olması gerekir. Bu yüzden, siyasal olarak nitelendirilemeyen vakalarda kötüye kullanma kaydının kullanılamayacağı ifade edilmiştir.⁴³²

Alman Anayasası Madde 18’in lafzının oldukça muğlak olduğunu belirten yazarlar, her halükârda, özgür demokratik temel düzene karşı savaşmak için kullanılan anayasal hakların, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini belirtirler.⁴³³ Bununla birlikte, siyasal unsur sebebiyle, Madde 18 üzerinden hakkın kötüye kullanılmasının daha fazla somutlaştırmaya izin vermediğini dile getirirler.⁴³⁴ Gallwas, buradaki problemi, bütün subjektif hakların fonksiyonunda bulmuştur. Buna göre, bütün subjektif

“Verfassungstreue und Schutz der Verfassung”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 37, Berlin, Walter de Gruyter, 1979, s. 17-18.

⁴²⁹ Bkz. **Bölüm 2.1.1.2.1.**

⁴³⁰ Walter Schmitt Glaeser, **Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf: Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung des Art. 18 GG und ihr Verhältnis zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht**, Berlin, Gehlen, 1968, s. 133; Hans-Ullrich Gallwas, **Der Mißbrauch von Grundrechten**, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, s. 11. Krş. Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 11 vd.

⁴³¹ Gallwas, **Der Mißbrauch von Grundrechten**, s. 17.

⁴³² Gallwas, **Der Mißbrauch von Grundrechten**, s. 28. Krş. Schmitt Glaeser, **Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf**, s. 252.

⁴³³ Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 12; Walter Schmitt Glaeser, “Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 95, No. 2, 1970, pp. 320-324, s. 321.

⁴³⁴ Gallwas, **Der Mißbrauch von Grundrechten**, s. 28; Schmitt Glaeser, “Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten”, s. 321.

hakların ortak fonksiyonu menfaat çatışmalarının çözümüne dayanmaktadır.⁴³⁵ Yalnızca bir norm tarafından objektif olarak tanınan veya anayasa koyucunun bağlı olduğu hukuki bir kavram, anayasal haklara üstün gelebilir. Bu düşünceye göre, anayasal hakların kötüye kullanılması, anayasal hak ilişkisinde başka bir tarafın (diğer bir anayasal hak sahibi, toplum veya devlet) zararına ve anayasa öncesi temel yapı veya pozitif üstü hukuk düşüncesi tarafından korunan daha yüksek bir anayasal norma bağlı olan menfaati ihlal ederek, kişinin anayasal hakkın içeriğinin gerçekleştirilmesidir.⁴³⁶ Böyle bir kötüye kullanma kaydı, anayasal hakkın kapsamını tahdit etmez ve fakat hak sahibini anayasal hakkın gerçek alanının gerisine iter ve böylece kötüye kullanma kaydı, yazılı sınırlama klostarı ile çatışmaya girmez.⁴³⁷ Bununla beraber, Gallwas'a göre, hakkın kötüye kullanılması sebebiyle, bir davranış korunmazsa, devletin müdahalesi için yasal temel gereklidir.⁴³⁸ Dolayısıyla görülmektedir ki, Gallwas'ın görüşüne göre, anayasal hakkın kötüye kullanılması, kişinin hak kullanımının diğer kişilerin veya devletin menfaatleri ile dengelenerek belirlenmektedir. Bu yüzden, Gallwas'ın teorisi temelde, yalnızca mevcut sınırları görünür kılan belirli menfaatlerin önceliği ile ilgilidir.⁴³⁹

Kötüye kullanma kaydı, FAYM'ın *Dini Ayartma* kararında⁴⁴⁰ kullanılmıştır. Mahkeme'nin önüne gelen bu vakada, Evanjelizm inancından ayrılıp 1933'te SS'e (*Schutzstaffel*⁴⁴¹) katılan ve 1938'den 1944'e kadar istihbarat ajansı olan Güvenlik Servisi'nde (*Sicherheitsdienst*⁴⁴²) görev alan şikâyetçi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında devlet sırlarını Sovyet işgal alanına kaçırırken yakalanmış ve ihanete teşebbüsünden dolayı ceza almıştır. Hapishanede diğer mahkûmların arasında mahkûmların kiliseyi bırakması için kampanya yapmış ve bazı mahkûmlara, kiliseyi bırakırlarsa bütün vereceğine söz vermiştir. Hapishanedeki bu fiillere dayanarak, Federal Yüksek Mahkemesi, şikâyetçinin şartlı olarak salıverilme talebini reddetmiştir.⁴⁴³ FAYM, her dini

⁴³⁵ Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, s. 32.

⁴³⁶ Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, s. 35.

⁴³⁷ Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, s. 29-30.

⁴³⁸ Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, s. 100-101, 105.

⁴³⁹ Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, s. 130.

⁴⁴⁰ *BVerfGE 12, 1* - Glaubensabwerbung [1960].

⁴⁴¹ Bkz. Robert S. Wistrich, *Who's Who in Nazi Germany*, 2. Edition, London, Routledge, 2002, s. 287

⁴⁴² Bkz. Wistrich, *Who's Who in Nazi Germany*, s. 287.

⁴⁴³ *BVerfGE 12, 1* (1-3) - Glaubensabwerbung [1960].

veya ideolojik kanaate eşit/nötr olması gerekliliği dolayısıyla vatandaşların inançları veya inançsızlıkları üzerinde görüşü olamayacağından, Madde 4/1'de düzenlenen din, inanç ve kanaat özgürlüğünün içeriğini belirlemekte zorlanmıştır. Bununla beraber, her halükârda, bu hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, diğer kişilerin insan onurunu ihlal eden bir davranış, hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Eğer bir kişi adil olmayan metotlarla veya ahlaki olarak kınanması gereken araçlarla diğer kişileri dinden ayrılmaya ikna etmeye çalışırsa, bu ayartma/ikna kampanyası hakkın kötüye kullanılmasıdır. Nihayetinde, "kim, ceza sisteminin özel koşullarından yararlanarak, aralarındaki anlaşma dolayısıyla inancından çıkması gereken birine uyarıcı vaat ederse ve buna güvence verirse, Anayasa Madde 4/1'in korumasından yararlanamaz."⁴⁴⁴

Gallwas'ın özellikle menfaat çatışması temelinde ortaya koyduğu çözümü eleştirilmiştir. Hakkın kötüye kullanılmasının hakkın amacına/işlevine aykırı kullanımı ile belirlenmesinden dolayı, yapılan dengelemenin bireysel hakların her bir fonksiyonuna öncü olması gerekmektedir.⁴⁴⁵ Gallwas'ın teorisinde olası amaca/işleve aykırı kullanım üzerinden anayasal hakların özgü işlevinin/amacının belirlenmesi başarısız bulunmuştur.⁴⁴⁶ Nitekim Gallwas'ın teorisinde, kendi bahsettiği hangi kriterle göre hakkın kötüye kullanılmasının tespit edileceği belirsiz kalmıştır.⁴⁴⁷ Gallwas'ın belirttiği, yüksek anayasal değer, temel yapı ve pozitif üstü hukuk düşüncesi kriterlerinin, anayasada temeli bulunamadığından reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁴⁸ Diğer taraftan, kötüye kullanım kaydı, bütün anayasal haklar için geçerli olduğundan, bu kaydın geçerliliği sınırlama kaydı bulunan anayasal haklar bakımından sorun teşkil eder. Sınırlama klotunun varlığı dengelemenin harici olarak yapılmasını gerektirdiği dile getirilirken, Gallwas'ın teorisinde, dengelemenin bütün bu sınırlamaları önceleyerek içtenden ve hakkın kapsamını tahdit ederek yapılmasının, anayasada bir dayanak bulmadığı belirtilmiştir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ BVerfGE 12, 1 (4-5) - Glaubensabwerbung [1960].

⁴⁴⁵ Schmitt Glaeser, **Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf**, s. 133 vd.; Schmitt Glaeser, "Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten", s. 323-324.

⁴⁴⁶ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 131.

⁴⁴⁷ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 545-546.

⁴⁴⁸ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 545; Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 33; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 167-169; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 162-163.

⁴⁴⁹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser**

2.1.2.2.5. Sosyal Olarak Zararlı Davranışlar

Starck'a göre, geleneksel olarak ceza yaptırımına tabi olan ve açık bir şekilde sosyal olarak zararlı olan (*Sozialschädlichkeit*) davranışların, anayasal hakların kapsamından tahdit edilmesi gerekir.⁴⁵⁰ Böylece öldürme hakkı ve çalma hakkı gibi anormalilerden kaçınılmış olur.⁴⁵¹ Ipsen'in görüşüne göre de sosyal olarak zararlı olan davranışlar ilgili yasalar tarafından yasaklandığından anayasal hakların korumasından yararlanamaz.⁴⁵² Bu bağlamda, bütün anayasal hakların başkasına zarar vermemeyi amaçlayan bir içkin zarar vermeme sınırı (*Nichtstörungsschranke*) bulunmaktadır.⁴⁵³

Ancak bu teori de eleştirilmiştir. Öncelikle toplumsallık kaydı ile olan benzerliği de dikkate alınarak sosyal olarak zararlı olan davranışlar kavramının belirsiz olduğu, bu davranışların belirlenmesinde herhangi bir kriterin öngörülmediği ve Starck'ın ifade ettiği açıklık/barizlik belirlemesinin de yardımcı olmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, hukuk dogmatığı bakımından bir meşruiyet sağlayamadığı ileri sürülmüştür.⁴⁵⁴ Stemmler'e göre, bu teori sosyal olarak zararlı olan davranışları hakkın kapsamından dışlarken kaçınılmaz bir şekilde dengeleme aracına başvuracaktır. Sosyal olarak zararlı olan davranışın belirlenmesi, bir hakkın zararlı bir davranış karşısında önceliği elde ettiği kabulünü içinde barındırır.⁴⁵⁵ Nitekim anayasa altı mevzuatı olan ceza yasalarının, anayasal düzeyde korunan anayasal hak kapsamını tahdit edemeyeceği de belirtilmiştir.⁴⁵⁶

2.1.2.2.6. Barışçıl Kullanım Kaydı

Isensee, her anayasal hakkın kullanımında, anayasanın doğrudan sınırı olarak barışçıl kullanım kaydını ileri sürmüştür.⁴⁵⁷ Alman Anayasası, barışçıl kullanımı

Freiheitsgrundrechte, s. 132; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 166-167; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 162-163.

⁴⁵⁰ Starck, "Artikel 1", s. 159-160.

⁴⁵¹ Starck, "Artikel 1", s. 160. Aksi yönde Hans Kudlich, "Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht", **JuristenZeitung**, 58. Jahrg., Nr. 3, 7. Februar 2003, pp. 127-133, s. 128.

⁴⁵² Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 48.

⁴⁵³ Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 48; Ipsen, "Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter", s. 480.

⁴⁵⁴ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 187.

⁴⁵⁵ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 187-188.

⁴⁵⁶ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 189.

⁴⁵⁷ Josef Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", **Bürger - Richter - Staat: Festschrift für Horst Sandler**, Ed. by Everhardt Franßen, München, C. H. Beck, 1991, s. 39 vd.; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 460 vd.

kaydını yalnızca Madde 8’de yer alan toplanma özgürlüğünde öngörmüştür. Isensee’ye göre, yalnızca toplanma özgürlüğünde bulunmasından dolayı mefhumu muhalifinden istidlal ile diğer anayasal haklar için barışçıl kullanım kaydının geçerli olmayacağı çıkarılamaz. Toplanma özgürlüğünün diğer anayasal haklarla çatışmaya oldukça açık olmasından dolayı, Madde 8’e böyle bir kayıt eklenmiştir.⁴⁵⁸ Anomali oluşturan bir anayasal hak olarak, Alman Anayasası Madde 20/4’te düzenlenen direnme hakkı, diğer anayasal hakların aslında bir barışçıl kullanım kaydının olduğunu gösterir.⁴⁵⁹ Zira bu doğal durum istisnası, kuralı, yani barışçıl kullanım kaydını tasdik eder.⁴⁶⁰

Isensee, yalnızca anayasa metni üzerinden düşülen şerhleri, barışçıl kullanım kaydını temellendirmek için yeterli görmez. Zira Alman Anayasası, bir bütün olarak çatışmadan ari olan anayasal hakların sınırı/sınırlama ölçütü kavramı içermediğini beyan eder.⁴⁶¹ Ona göre, barışçıl kullanım kaydı, Alman ve Avrupa anayasa geleneğinin bir mirasıdır. Bir taraftan, devlete şiddet kullanma tekeli verilirken, diğer taraftan vatandaşlara barışçıl davranma ve yasalara uyma yükümlülüğü verilmiştir. Devletin şiddet tekeli ve vatandaşın barışçıl davranma yükümlülüğü, anayasal hakları önceler ve maddi anayasanın ayrılmaz bir parçasıdır. Vatandaşların barışçıl davranma yükümlülüğü, Alman Anayasası’nda kapsamlı bir şekilde yer almaz veya böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaz, zira devlet yalnızca vatandaşların barışçıl davranma

⁴⁵⁸ Isensee, “Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte”, s. 56. Benzer yönde bkz. Johannes Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 26-27.

⁴⁵⁹ Isensee, “Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte”, s. 52-53; Isensee, “Staat und Verfassung”, s. 57-58. Aynı yönde bkz. Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 643; Herbert Bethge, “Gewissensfreiheit”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 684; Reinhold Zippelius - Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, 31. Auflage, München, C. H. Beck, 2005, s. 199-200.

⁴⁶⁰ Isensee, “Staat und Verfassung”, s. 57-58.

⁴⁶¹ Isensee, “Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte”, s. 42.

yükümlülüğü ile kurulabilir.⁴⁶² Devletin şiddet tekeline sahip olması⁴⁶³, anayasanın ve anayasal hakların ön koşullarından birisini oluşturur.⁴⁶⁴ Barışçıl bir toplum oluşturulmadan, anayasal hakların kullanılabilmesi mümkün değildir.⁴⁶⁵ Vatandaşların barışçıl bir şekilde davranma yükümlülüğü, anayasal hakları öncelediğinden, barışçıl kullanım kaydı, anayasal hakları sınırlamaz ve fakat anayasal hakların kapsamını daraltır.⁴⁶⁶ Ancak Isensee, bu daraltmanın da yasaya dayanması gerektiğini belirtir.⁴⁶⁷

Isensee'nin barışçıl kullanım kaydı da eleştiriye konu olmuştur. Anayasal hakların şiddetle kullanımı belirli bir devlet teorisine dayanmaktadır. Bu devlet teorisinin, anayasal hakların sınırlandırılması doktrini için belirsiz kaldığı ve anayasal hakların şiddetle kullanımı kavramının hukuk devletinden ari bir şekilde somutlaştırılmayacağı ileri sürülmüştür. Özellikle kompleks problemlerde barışçıl kullanım kaydının kullanılamayacağı belirtilmiştir.⁴⁶⁸ Şiddet kavramının oldukça göreceli bir kavram olduğu ve anayasal hakların şiddetle veya barışçıl kullanımı arasında yeterli bir kriter koyulamadığı belirtilmiştir. Bu sebeple, birey için hangi kullanımın anayasal hakların şiddet ile

⁴⁶² Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", s. 45 vd.; Isensee, "Staat und Verfassung", s. 52 vd.; Josef Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 322-323; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 521. Aynı yönde bkz. Dietrich Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", **Der Staat**, Vol. 45, No. 4, 2006, pp. 473-500, s. 495 vd.; Hopfauf, "Einleitung", s. 82; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 26-27; Stefan Muckel, **Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung: Die verfassungsrechtlichen Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen**, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, s. 209; Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 21.

⁴⁶³ Max Weber, "Wirtschaft und Gesellschaft", **Max Weber Gesamtausgabe**, Bd. XXII/3, Ed. by Horst Baier - Gangolf Hübinger - M. Rainer Lepsius - Wolfgang J. Mommsen - Wolfgang Schluchter - Johannes Winckelmann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, s. 191 vd.

⁴⁶⁴ Bkz. **Bölüm 2.2.3.**

⁴⁶⁵ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 322-323.

⁴⁶⁶ Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", s. 56 vd.; Isensee, "Staat und Verfassung", s. 56. Benzer yönde bkz. Christian Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 995; Hopfauf, "Einleitung", s. 82; Sebastian Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018, s. 130.

⁴⁶⁷ Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", s. 41-42; Isensee, "Staat und Verfassung", s. 90; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 462.

⁴⁶⁸ Sachs, "Die verfassungsunmittelbare Begrenzungen", s. 538-540.

kullanımı olduğu, diğer bir deyişle hangi davranışının anayasal haklar tarafından korunacağı belirsiz kalmıştır.⁴⁶⁹

2.1.2.2.7. Anayasal Hakların Kurumsal Niteliği: Häberle'nin Teorisi

Häberle'ye göre, anayasal haklar, anayasanın kurucu parçasıdır. Anayasal haklar, diğer anayasal değerler ile karşıt bir koşulluluk ilişkisine sahiptir. Bu ilişki dolayısıyla, anayasal hakların içeriği ve sınırı, diğer anayasal normlar ile belirlenebilir. Anayasal hakların içeriğini ve sınırını oluşturan belirleyici kriter ise dengelemedir.⁴⁷⁰ Anayasal haklar, genel yasa kaydı ile anayasada düzenlenir.⁴⁷¹ Bu genel yasa kaydı, anayasal haklar ile aynı düzeydeki veya anayasal haklardan daha yüksek düzeydeki genel-geçer menfaatleri ve değerleri içerir.⁴⁷² Anayasal hakların kapsamını somutlaştıran yasalar, anayasal hakları dışarıdan sınırlayan bir model sunmaz. Anayasal haklar, en başından beri anayasanın bütünü içerisinde yer alır. Genel yasa, anayasal hakların yalnızca içkin, dahili sınırlarını açıklığa kavuşturur. Bunun aşan bir daraltma, kabul edilemez.⁴⁷³ Her anayasal hak, anayasal değerler sisteminde tasnif edilmiş ve böylece dengeleme ile belirlenen sınırlara sahip olmuştur.⁴⁷⁴ Bu bağlamda, anayasal haklar, sınırlama klostları ile sonradan oluşturulan sınırlara tabi olan özgürlükleri değil, aynı ya da daha yüksek düzeydeki anayasal değerler ile en başından itibaren sınırlı olan özgürlükleri ifade eder. Bu şekilde, anayasal hakların dahili/içkin sınırlarını belirleyen yasama organı, anayasal hakları ihlal etmez ve fakat uygular ve güvence altına alır.⁴⁷⁵

Häberle, bu yaklaşım çerçevesinde anayasal hakların, ikili karakteri olduğunu belirtir: liberal (devlete karşı haklar) ve kurumsal.⁴⁷⁶ Häberle'ye göre, bir normun hukuki ve fiili tarafının bağlayıcılığı, anayasal hakların kurumsal niteliğinde, yatmaktadır.⁴⁷⁷ Bir anayasal hak, sayısız hak sahibi tarafından kullanılabiliriyorsa, hak sahibi

⁴⁶⁹ Wolfram Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, s. 178; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 136.

⁴⁷⁰ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 31.

⁴⁷¹ Bkz. **Bölüm 2.1.2.1.1.2.3.**

⁴⁷² Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 32.

⁴⁷³ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 35, 51, 53; Peccher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 92.

⁴⁷⁴ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 51 vd.

⁴⁷⁵ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 56-57. Aynı yönde bkz. Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte**, s. 74, 79-80.

⁴⁷⁶ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 70 vd.

⁴⁷⁷ Sebastian Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser**

tarafından fiili olarak kullanılabiliriyorsa, sürekli olarak kurumsal bir davranışa yol açıyorsa, düzenleyen ve sınırlayan norm grubu ile sosyal gerçeklikte oluşturuluyorsa veya anayasal hakkın Olması Gerekeni (*Sollen*), Olgusu (*Sein*) ve normatifliği, normallik oluyorsa, söz konusu anayasal hak kurumsaldır.⁴⁷⁸ Kurumsal niteliği çerçevesinde⁴⁷⁹, anayasal haklar, düzenlenen ve somutlaştırılan yaşam alanını güvence altına alır.⁴⁸⁰ Bu bağlamda, anayasal haklar, kurumsal olarak güvence altına alınan yaşam koşullarına ve bu yaşam koşullarına karşılık gelen norm grubuna/yasal dayanağa (*Normkomplex*) bağlıdır. Norm grubu olmadan, bireylerin kendiliğindenliği/spontanlığı etkisiz kalır. Bireysel özgürlük, böylece kurumsal bir yapıda varlık bulur. Anayasal hakların bireysel kullanımı, yalnızca kurumsal olarak güvence altına alınan yaşam koşulları çerçevesinde mümkündür. Burada anayasal haklar, içeriğini ve sınırını kendi içerisinde bulur. Nitekim anayasal haklar, keyfi bir özgürlüğü güvence altına almaz ve fakat belirli bağlılıkları olan ve sorumluluk içeren bir özgürlüğü güvence altına alır.⁴⁸¹

Yasama organı, norm grubunu oluşturarak, yalnızca anayasal hakların düzenlenmesini ve uygulanmasını güvence altına almaz. Daha ziyade, kurumların korunması gerektiğinde, yasama organının anayasal hakların kapsamını daraltması gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere burada, anayasal hakların dışarıdan sınırlandırılması söz konusu değildir. Yasama organının burada yaptığı faaliyet, kurucu olmaktan ziyade açıklayıcıdır; burada anayasal hakların kapsamı açıklanır.⁴⁸² Gerçek özgürlük durumunun güvence altına alınabilmesi için devletin, bireylerin özgürlük alanlarını belirlemesi ve çatışmalarını engellemek için bu alanları birbirlerine karşı daraltması gerekir.⁴⁸³ Häberle'ye göre, anayasal hakların kapsamının tahdit edilmesi ile özgürlük tehdit altına girmez, bilakis bu faaliyetle anayasal hakların sosyal etkinliğine yardım edilerek özgürlük güçlendirilir. Anayasal hakların kurumsal yapısı sebebiyle, yalnızca bir azınlık veya oldukça az bir kişi bir anayasal hakkı talep edebiliyorsa, anayasal hak sahiplerinin çoğunluğu, ilgili anayasal hak düşüncesinin içine dahil edilmiyorsa ve anayasal hak sahipleri anayasal hakkı gerçekleştiremiyorsa, özgürlüğün tehlike altına

Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, s. 108.

⁴⁷⁸ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 123.

⁴⁷⁹ Anayasal hakların kurumsal niteliği için bkz. **Bölüm 1.2.4.**

⁴⁸⁰ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 70.

⁴⁸¹ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 98 vd.; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 93.

⁴⁸² Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 116 vd.

⁴⁸³ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 118-119.

girmesi söz konusudur.⁴⁸⁴ Dolayısıyla yasama faaliyeti, klasik anlamda bir sınırlama gerçekleştirmez. Yasama organı, kurumları ve anayasal hak kullanımını mümkün kılarak anayasal hakları düzenler ve temellendirir. Eşit veya daha yüksek düzeydeki değerleri ve menfaatleri korumak için yasama organı, anayasal hakların içkin/dahili sınırlarını somutlaştırır. Yalnızca yasama organının faaliyetiyle, anayasal haklar, hukuki etkinliklerini elde eder ve gerçekleştirir.⁴⁸⁵ Böylece Häberle'nin düşüncesine göre, devlet bireylerin gerçek özgürlüğünün garantörü haline gelir.⁴⁸⁶

Bütün bunlar göstermektedir ki, Häberle, klasik olarak hakkın kapsamı ile hakkın sınırlanamayacak alanı ayrımını kabul etmez. Hakkın kapsamının tahdit edilmesi, anayasal hak tarafından güvence altına alınan özgürlüğe olumsuz bir etkisi olmayacağından, anayasal hak doktrininde iki kademeli yaklaşım da Häberle'nin kurumsal hak teorisinde gereksiz kalmaktadır.⁴⁸⁷

Häberle'yi takip eden Walter Krebs, özgürlüğün sosyal belirleniminin vatandaşları, toplumsallığa ve devlete belirli ölçüde bağlı tuttuğunu belirtmiştir. Buna göre, sosyal bir hukuk devletinde, bireysel özgürlük, devlete karşı değil, devlet içinde ve devlet ile birlikte olan özgürlüğü ifade eder. Böylece özgürlük kavramının sosyal boyutu, bireysel keyfiliği anayasal haklar tarafından güvence altına alınan özgürlüğün kapsamından dışlar.⁴⁸⁸ Özellikle anayasanın bütünlüğü ilkesine dayanarak, anayasal değerler düzeninin bütünlüğü içinde anayasal hakların anayasa tarafından öngörülen içsel sınırlarının olması gerektiğini belirtir. Anayasal değerlerin karşılıklı olarak birbirlerine bağımlılığı ile her bir anayasal hakkın başından itibaren ölçülü bir sınıra sahip olması gerekir. Bu iç sınırlar, ilgili anayasal bütünlük içinde yerini elde eder. Nitekim bu dışarıdan gerçekleştirilen bir sınırlama değil ve fakat anayasal düzeyde gerçekleşen bir dengeleme, diğer bir deyişle anayasal değerlerin ölçülülük ilkesi çerçevesindeki sınıflandırılmasıdır. Bu sebeple, anayasal hakların daraltılması, kurucu bir sınırlama değil ve fakat açıklayıcı bir sınırlamadır.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 117. Aynı yönde bkz. Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte**, s. 73-73, 79-80.

⁴⁸⁵ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 180 vd., 222 vd.

⁴⁸⁶ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 108-109.

⁴⁸⁷ Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. VI-VII; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 93.

⁴⁸⁸ Walter Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte: Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, s. 57-58.

⁴⁸⁹ Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte**, s. 100-101, 114 vd.

Häberle'nin bu görüşü, doktrinde kabul görmemiştir. Öncelikle tekil anayasa maddelerinin, birbirlerine karşı hiyerarşik bir ilişkisi olmadığı belirtilmiştir.⁴⁹⁰ Bunun yanı sıra Häberle'nin tek aşamadan -hakkın kapsamının belirlenmesi- oluşan modeline nazaran, hakkın kapsamı ve sınırlama gibi aşamalara sahip olan modelin daha anlaşılır, açık ve şeffaf olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, anayasal haklar bakımından yasa koyucuya karşı klasik/liberal yaklaşımın diğer alternatiflere göre tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Hakkın kapsamına yapılan müdahalenin/sınırlamanın ardından bu müdahalenin sınırlama hükümleri bağlamında meşrulaştırmasının incelenmesi, diğer bir deyişle, anayasal hakkın sınırlanmasının bu şekilde aşamalara ayrılmasının, daha öngörülebilir, disiplinli ve bütüncül bir yaklaşım olduğu ve bunun da daha şeffaf ve kontrol edilebilir bir inceleme sunduğu ifade edilmiştir.⁴⁹¹

Häberle'nin kurumsal hak teorisine yönelik eleştirilerden birisi de, kurumsal teorinin yasama organının sınırlandırma faaliyetini ele alış şeklidir. Alman Anayasası'nda güvence altına alınan anayasal hakların, bireylere belirli bir özgür alan oluşturduğu ve devletin bu alandaki yasamalarının bir sınırlandırma teşkil ettiği dile getirilir. Buna göre, her bir anayasal hakkın ve sınırlama klotunun ayrı bir şekilde ifade edilmesi, her bir anayasal hakkın farklı sınırlama klotuna sahip olması ve Alman Anayasası Madde 19/1'de açıkça anayasal hakların yasa ile veya yasaya dayanarak sınırlandırılacağı belirtilmesi, Häberle'nin teorisini Alman Anayasası ile uyumsuz kılar.⁴⁹²

Häberle'nin, tezinde bahsettiği gibi, anayasal hakları liberal ve kurumsal olarak ikili bir karakter olarak ele almadığı yönünde eleştiriler de gelmiştir. Alman Anayasası'nda özellikle Madde 6/1'de güvence altına alınan evlilik ve aile, Madde 14/1'de güvence altına alınan mülkiyet hakları gibi birçok anayasal hakkın kurumsal niteliği kabul edilmekle birlikte, bu hakların liberal karakteri dışlanmamaktadır.⁴⁹³ Ancak Häberle'nin teorisinde anayasal hakların sübjektif niteliğinin daha çok kurumsal

⁴⁹⁰ Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 94.

⁴⁹¹ Alfred Katz, **Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht**, 13. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, s. 295-296; Michael Kloepper, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, Bd. II, Ed. by Christian Starck, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, s. 407; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 94-95.

⁴⁹² Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 95-96; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 110.

⁴⁹³ Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 58-60; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 248 vd.

karakteri üzerinden vurgulandığı ifade edilmiştir.⁴⁹⁴ Özellikle anayasal hakların liberal karakterini ifade eden, bireyin özgürlüğünün kural olarak sınırsız, devletin özgürlüğünün ise kural olarak sınırlı olması düşüncesi⁴⁹⁵ ile Häberle'nin teorisinin uyuşmadığı ve Häberle'nin devletten önce ve doğal özgürlüğü reddettiği belirtilmiştir.⁴⁹⁶

Häberle'nin teorisinde, anayasal hakların kurumsal niteliğini ön plana çıkarmasından dolayı düzenleme kavramı önemli bir yere sahiptir. Zira Häberle'ye göre, yasama organı anayasal hakları sınırlandırmamakta ve fakat onların uygulanmasını ve gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Ancak doktrinde, her anayasal hakkın uygulanması için düzenlemeye/yasal temele ihtiyaç bulunmadığı ileri sürülmüştür.⁴⁹⁷ Bunun yanı sıra düzenleme ile sınırlama arasındaki ayrımın yapılamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten de, anayasal hakkın uygulanmasını sağlayan bir düzenleme, bir sınırlama olarak da tezahür edebilir. Dolayısıyla düzenleme kavramının sınırlama kavramından ayrılabilmesi mümkün değildir.⁴⁹⁸

Häberle, özgürlüğü kurumsal bir çerçevede ele aldığı için Häberle'nin teorisinde anayasal hakların yükümlülük yükleyen ve oldukça sınırlı bir özgürlüğe karşılık geldiği ifade edilmiştir.⁴⁹⁹ Özellikle yasama organını, anayasal hakların yalnızca garantörü olarak görmesi eleştirilmiştir. Buna göre, yasama organı, anayasal hakların yalnızca garantörü değil, aynı zamanda onun düşmanıdır.⁵⁰⁰

2.1.2.2.8. Somutlaştırma Temelli Tek Kademeli Anayasal Hak Teorisi: Bolz'un Teorisi

İsviçre doktrininde yer alan ve Häberle'ye benzer şekilde dahili teoriyi benimseyen Marcel Bolz, anayasal hakların gerçek kapsamının, hakkın koruma alanı ile

⁴⁹⁴ Erhard Denninger, "Rezension von: Häberle, Peter: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt", **JuristenZeitung**, Nr. 13, 5. Juli 1963, p. 424, s. 424; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 61-62; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 96-97.

⁴⁹⁵ Bkz. Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164.

⁴⁹⁶ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 109-111.

⁴⁹⁷ Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 97-98.

⁴⁹⁸ Albert Bleckmann, **Staatsrecht II: Die Grundrechte**, 4. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1997, s. 444; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 98-99; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 97, 378-379.

⁴⁹⁹ Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 282; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 99; Klaus Stern, "Die Einrichtungsgarantien", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 793.

⁵⁰⁰ Knies, **Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem**, s. 45 vd.; Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 18 vd.; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 99.

sınırlama aşamalarının birleşmesi ile oluştuğunu belirtir.⁵⁰¹ Bolz, öncelikle yasama organının anayasal hakların düşmanı ve sınırlayıcısı olarak görülmemesi gerektiğini ifade eder.⁵⁰² Yasalar ile anayasal hakların gelişimi ve şekillendirilmesi gerçekleştirilir.⁵⁰³ Buna dayanarak Bolz, anayasal hakların somutlaştırılması teorisini geliştirir.⁵⁰⁴ Anayasal hakların temel unsurları, koruma nesnesi (*Schutzobjekt*) ve koruma etkisidir (*Schutzwirkung*). Bu unsurların somutlaştırılması gerekir.⁵⁰⁵ Burada koruma nesnesi, anayasal hakların potansiyel koruma alanını oluşturur.⁵⁰⁶ Koruma etkisi, koruma nesnesinden elde edilen gerçek kapsamı, diğer bir deyişle kesin hukuki sonucu ifade eder.⁵⁰⁷ Elde edilen bu kesin hukuki sonucun belirlenmesi, anayasal değerler arasında oluşturulan pratik uyum ile gerçekleştirilir.⁵⁰⁸ Burada belirleyici olan kriter ölçülülük ilkesi ve dengelemedir.⁵⁰⁹

Bolz'a göre, harici teorisinin aksine, bu somutlaştırma usulü, tek kademeli bir anayasal hak yapısı oluşturarak anayasal hakkın unsurlarının tutarlılığını oluşturur.⁵¹⁰ Tüm hukuk sistemini karakterize eden en soyut ilkeler, adalet, özgürlük, insan onuru, kendi kaderini tayin ve demokrasidir. Bu soyut ilkelerin altında refah devleti, hukuk devleti ve federal devlet ilkeleri bulunurken, anayasal haklar ise bu kademenin altında yer alır. Anayasal hakların altında yasalar, yönetmelikler ve kararnameler yer almaktadır.⁵¹¹ Bolz'a göre, somutlaştırma öncelikli olarak anayasa mahkemesi olmak üzere anayasa mahkemesi ve yasama organının sorumluluğundadır ve bu iki organ arasında diyalektik bir ilişki vardır.⁵¹²

Borowski, Bolz'un dahili teorisinin özellikle harici teoriye göre oldukça belirsiz olduğunu ileri sürmüştür.⁵¹³ Nitekim, Bolz'un teorisi temel yapısı itibarıyla, Häberle'nin teorisine benzemektedir. Her ikisi de dahili teoriyi benimsemiş ve bunun yanı sıra

⁵⁰¹ Marcel Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1991, s. 20, 220 vd.

⁵⁰² Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 277.

⁵⁰³ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 264-265.

⁵⁰⁴ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 266 vd.

⁵⁰⁵ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 281.

⁵⁰⁶ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 282.

⁵⁰⁷ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 305.

⁵⁰⁸ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 307.

⁵⁰⁹ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 323-324.

⁵¹⁰ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 278.

⁵¹¹ Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 276.

⁵¹² Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 285-286.

⁵¹³ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 343.

oluşan tek kademeli anayasal hakkın kesin hukuki sonucunu belirlemek için dengelemeyi kullanmıştır.⁵¹⁴ Bu bağlamda, Häberle'nin teorisine yöneltilen eleştirilerin büyük çoğunluğu Bolz'un teorisi için de geçerlidir.

2.1.2.2.9. Anayasal Hakların Hak Konusuna Özgü Kullanımı: Müller'in Teorisi

Daha önce Friedrich Müller'in teorisine kısaca değinilmişti.⁵¹⁵ Burada, Müller'in teorisi daha kapsamlı bir şekilde ele alınacaktır. Müller, norm ile gerçek arasındaki ilişkiyi, gerçeği normun kurucu bir unsuru olarak belirleyerek kurmuştur. Her norm kendi metninde bir norm programı içerir. Klasik yorum yöntemleri ile belirlenen bu norm programı, norm metni ile ilgili bütün nesnel verileri içerir ve böylece normun nesnel alanı oluşur. Normun nesnel alanı, norm alanına giden bir başlangıç noktasıdır. Norm alanı, bu nesnel alandan seçilen verilerle oluşur.⁵¹⁶

Anayasal hakların içeriğinin belirlenmesinde Müller, norm alanı (*Normbereich*) ile önemli bir maddi kriter öngörmüştür. Müller'e göre, öncelikli sorun, anayasal hakların nasıl sınırlanacağı değil, norm alanı analizi ve bunun anayasal hakla ilişkin norm programıyla temin edilmesi ile geliştirilecek olan geçerli içeriğin (*Geltungsgehalt*) belirlenmesidir.⁵¹⁷ Hiçbir anayasal hakkın sınırsız bir şekilde güvence altına alınmamış olması, münhasır, etkili içkin sınırından, diğer bir deyişle anayasal hakların hukuki niteliğinden/kalitesinden kaynaklanmaktadır.⁵¹⁸ Norm alanının yapısal analizi, güçlü, özgün bir şekilde oluşturulan ve kısmen hukuk tarafından üretilmeyen norm alanına (din, vicdan, inanç, sanat, bilim vs.) sahip olan sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar için önemlidir.⁵¹⁹ Bununla beraber, Müller'in amacı, her bir anayasal hak için bu alan doktrinini geliştirmektir.⁵²⁰ Müller'e göre, bu doktrin, anayasa altı norm içeriklerinin anayasal norm metinlerine kontrolsüz bir şekilde sızmasının önlenmesini sağlayan yegane yoldur. Yalnızca anayasal hak güvencelerinin geçerli içerikleri, yasama

⁵¹⁴ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, s. 343.

⁵¹⁵ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.1.**

⁵¹⁶ Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 47-48; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 103-104.

⁵¹⁷ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 87, 93; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 14.

⁵¹⁸ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 41; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 17.

⁵¹⁹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 42-43; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 92 vd.

⁵²⁰ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 64.

organına karşı ileri sürülebilir. Aksi takdirde maddi açıdan pek doğrulanamayacak olan menfaatler ve dengeleme ilkesine bırakılacak olan kararlar, büyük ölçüde rasyo- nelleştirilebilir.⁵²¹

Müller'in teorisinde bir anayasal hakkın norm alanı, yalnızca anayasal hakkın kendi içeriğine özgü olan kullanımını (*sachspezifisch*) güvence altına alır.⁵²² Bir anayasal hakkın kullanımının, geliştirilecek olan norm alanının yapısı ile maddi bağlantısının olmadığı kanıtlanamıyorsa, söz konusu kullanım norm alanı tarafından kapsanan içeriğe özgü kullanımdır.⁵²³ Anayasal hakkın içeriği ile yalnızca arızı bir bağa (*äußerlichem Zusammenhang/bei Gelegenheit*) sahip bir anayasal hak kullanımı ise norm alanının kapsamına girmez.⁵²⁴ Anayasal hakkın içeriğine özgü olan kullanımı, tedrici ve gelenek oluşturacak bir şekilde içtihatların ve akademinin tartışması ile gelişir.⁵²⁵ Müller, hak konusuna özgü kullanımı belirlemek için iki soyut kriter oluşturmuştur. İlk olarak, anayasal hakkın konusuna özgü kullanımı, anayasal hakkın "tipik kullanımı ve pozisyonunu" ile belirlenir. Bu tipik kullanım ve pozisyon, sadece geleneksel veya alışlagelmiş bir kullanımı kapsamaz, aynı zamanda yeni ve geleneksel olmayan kullanımları da kapsar.⁵²⁶ Müller'in belirlediği diğer ikinci kriter ise norm alanı için yapısal gerekliliktir. Yapısal olarak önemli ve değiştirilebilir olmayan davranışlar, anayasal hakkın norm alanı içerisinde yer alır. Nitekim bu yapısal gereklilik, ilgili anayasal hak bakımından tarihsel deneyim, siyasi kanaat ve hukuki anlayış çerçevesinde ortaya çıkar.⁵²⁷

Anayasal hakkın konusuna özgü olmayacak şekilde gerçekleşen anayasal hak kullanımları, sözgelimi bir suçun işlenmesi, norm alanının içerisinde yer almadığından, devletin müdahalesinin meşrulaştırılmasına geçilmez. Söz konusu fiil, anayasal

⁵²¹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 20-21, 24, 26; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 253.

⁵²² Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 31, 37, 45, 52, 56, 64, 74-75, 88, 93 vd.; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 59; Müller, "Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst", s. 89.

⁵²³ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 100.

⁵²⁴ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 31, 38, 75, 96; Müller, "Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst", s. 89. Müller'in bu yaklaşımını benimseyenler için bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 170 vd.; Günter Zöbeley, "Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985, pp. 254-258, s. 257; Günter Zöbeley, "Warum läßt sich Kunst nicht definieren?", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1998, pp. 1372-1373, s. 1373.

⁵²⁵ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 31.

⁵²⁶ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 98; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 254.

⁵²⁷ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 99.

hakkın kapsamında yer almaz ve böylece anayasal hakkın kapsamı tahdit edilir.⁵²⁸ Bununla birlikte, Müller, yalnızca anayasal hakların kapsamının daraltılmasıyla, bu çatışma ve sınırlama problemini çözmez. Bu ilk aşamayı geçen durumlarda, anayasal normların çatışmalarını pratik uyum ilkesinin yardımıyla çözüme kavuşturur.⁵²⁹

Müller bu bağlamda birçok örnek verir. Sanatın icrasında kullanılacak materyallerin çalınması, sanat özgürlüğü hakkının konusuna özgü bir kullanım teşkil etmez ve anayasal hakkın norm alanı içerisinde yer almaz.⁵³⁰ Dini faaliyetlerde katılımcıların ağırlanması, din, inanç ve kanaat özgürlüğünün içeriği ile arızı bir bağlantı kurar. Aynı şekilde doğrudan ve olgusal agresif ifadeler de ifade özgürlüğünün içeriği ile arızı bir bağ kurar.⁵³¹ Müller'in en çok tartışılan örneği ise bir kavşakta resim yapan sanatçıdır. Ressamın, resmini bir kavşakta yapmasının sanatsal yaratım için yapısal bir önemi yoktur. Bu sebeple, kavşakta resim yapmak, anayasal hakkın içeriğine arızı bir şekilde bağlanır ve anayasal hakkın norm alanı içerisinde yer almaz. Bu bakımdan burada gerçek bir çatışma değil görünüşte bir çatışma vardır.⁵³² Aynı şekilde bir tiyatro sahnesinde sanatsal içeriğin bir parçası olarak bir kişinin gerçekten öldürülmesi de norm alanının içerisinde değerlendirilmez.⁵³³

Müller'in bu teorisi her ne kadar bütün anayasal haklara yönelse de, netice itibarıyla sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin önemli çözümler sunar. Müller, bu sınırlandırma sorununu hakkın kapsamı, Müller'in deyiimiyle norm alanı çerçevesinde çözer. Buna göre öncelikle hakkın içeriği ile arızı bir bağ kuran davranışlar ve hukuki pozisyonlar hakkın kapsamından dışlanır. Bu davranışlar aslında hakkın kapsamında bulunmadığından görünüşte bir çatışma gerçekleşir. Nihayetinde bu aşamayı aşabilen davranışlar ise aslında bize gerçek bir çatışma sunar. Gerçek çatışmalar ise anayasanın bütünlüğü ilkesine dayanılarak pratik uyum ile çözülür.

Ancak Müller'in kapsam teorisi de doktrinde eleştirilmiş ve ikna edici

⁵²⁸ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 74-75; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 102, 104.

⁵²⁹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 18-19, 100 vd.; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 99 vd.

⁵³⁰ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 56-57, 102; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 105.

⁵³¹ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 76.

⁵³² Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 99-100; Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 48, 54-55, 65, 124.

⁵³³ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 53-54, dipnot 31.

bulunmamıştır. Özellikle, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin problemin, bu hakların kapsamı aşamasında değil, hakkın sınırlandırılmasının meşrulaştırılması aşamasında çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵³⁴ Müller'in arızı bağ kriterinin birkaç davranışın iç içe geçtiği vakalarda sorun teşkil edeceği ifade edilmiştir. Sözgelimi agresif ifadenin veya hakaretin doğrudan anayasal hakkın konusu ile arızı bir bağa sahip olduğu ileri sürülemez.⁵³⁵ Nitekim anayasal hakların kapsamına girmeyen olaylarla bağlı olan normların, yalnızca anayasal hakların içeriği ile arızı bir bağ kuran hareket biçimleri ile ilişkili olduğu söyleminin de tamamen doğru olmadığı ifade edilmiştir.⁵³⁶ Özgürlüğün kullanım modlarının hak sahibine bırakılması, bireyin özgürlük alanına ciddi ölçüde zarar verir. Müller'in özgü kullanım teorisyle, anayasada sabitleştirilen kamu yararını ve bireysel yararları güvence altına alan sınırlama klotlarından daha fazla sınırlama/tahdit gerçekleştirilmektedir.⁵³⁷ Nitekim anayasal hakların yalnızca belirli bir şekilde ve belirli zamanlarda kullanımı ile tahdit edilmesi düşüncesinin, özgürlükten geriye bir şey bırakmayacağı iddia edilmiştir.⁵³⁸

Anayasal hakların özgü kullanımı da Müller'in teorisinde oldukça belirsiz kalmaktadır. Özgü kullanım kriteri bütün anayasal haklara uygulandığında, her bir anayasal hak normunun kendi öznelliğini dikkate almayan belirsiz ve kapsayıcı bir sınırlama kaydı ortaya çıkmaktadır.⁵³⁹ Özgü kullanımın, tipiklik kriteri üzerinden somut vakalara uygulandığında, önemli ölçüde subjektif değerlendirmelere kapı aralanmaktadır.⁵⁴⁰ Tipikliğin belirleyici kriter olması, her bir vakanın üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatlerine zarar veren bir davranışın varlığı ve yokluğuna göre sonuçlanması ve

⁵³⁴ Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 403 vd.; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 476-477; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 107; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 179-180.

⁵³⁵ Bkz. *BVerfGE 42, 143* (149-150) - Deutschland-Magazin [1976]; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 257.

⁵³⁶ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 257

⁵³⁷ Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 100-101.

⁵³⁸ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 179. Aynı yönde bkz. Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 174-175.

⁵³⁹ Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 101, 102-103; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 258; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 110 vd. Krş. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 231-232; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 186.

⁵⁴⁰ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 258.

her bir anayasal hakkın kapsamının yine dengelemenin yardımıyla belirlenmesi tehlikesine yol açar.⁵⁴¹

Müller'in anayasal hakkın içeriğine özgü kullanımını belirlemek için kullandığı diğer kriter olan yapısal olarak önemli ve değiştirilebilir olmayan davranış kriteri de eleştirilmiştir. Alman Anayasası bakımından Müller tarafından meşrulaştırılması ikna edici bulunmayan bu kriterin fazla bir gerekçe sunulmadan, anayasal hakkın kapsamı ile uyumlu bir davranışın anayasal hakkın kapsamından dışlandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda hak sahibinin hakkı kullanım biçiminin genellikle anayasal hakkın kapsamında yer aldığı dile getirilmiştir.⁵⁴² Ressamın, bir kavşakta resim yapması, sanatsal bakış açısından o yerin zorunlu olup olmadığı Alman Anayasası bağlamında ilgili olmaksızın, tartışmasız bir şekilde bir sanatın icrasıdır.⁵⁴³ Anayasal hak sahiplerinin haklarını nasıl ve ne şekilde kullanacaklarına ilişkin kararlar, anayasal hakların içeriklerinin tartışmasız unsurlarından birisini teşkil eder.⁵⁴⁴ Müller'in bu ilkesi aynı zamanda, bireylerin davranış alternatiflerini sınırlayarak anayasal hakların bireye sağladığı korumayı da oldukça düşürmektedir.⁵⁴⁵ Değiştirilebilirlik/Alternatiflik kriteri, ressamın resim yapacağı yol kapalı olsa bile ressamın kavşakta resim yapmasını engeller.⁵⁴⁶

2.1.2.2.10. Ladeur'un "Neminem-laedere" Gerekliliği Tahdidi: Liberal Zarar İlkesi

Karl-Heinz Ladeur, liberalizmin zarar verme yasağını benimseyerek anayasal haklar için genel bir tahdit oluşturur.⁵⁴⁷ Ladeur, FAYM'ın "sınırsız özgürlük" anlayışını

⁵⁴¹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 258

⁵⁴² Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 284; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 205; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 258; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 186; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 173 vd., 175.

⁵⁴³ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 283-284; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 204.

⁵⁴⁴ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 284-285; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 205.

⁵⁴⁵ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 259; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 110-111. Krş. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 236-238.

⁵⁴⁶ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 284-285; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 205; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 259; Krş. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 232-233.

⁵⁴⁷ Mônica Weitzel, "Einschätzungsspielraum des Staates oder der Gesellschaft? Zu Ladeurs Abwägungskritik", **Konflikte im Recht - Recht der Konflikte**, Ed. by Edward Schramm - Wibke Frey - Lorenz Kähler - Sabine Müller-Mall - Friederike Wapler, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, s. 251.

eleştirir. Negatif statü hakları elbette bireysel haklardır, ancak özlerini geçmişte ve günümüzde başkaları tarafından yaratılan ve toplumun geneline dağılmış olan imkandan alır. Bu nedenle yasal sınırlar, halihazırda negatif statü/savunma haklarının kapsamında yer almayan davranışları sınırlamaz. Negatif statü haklarını tahdit eden pozitif statü/koruma hakları, liberal anayasal hak teorisinin ayrılmaz bir parçasıdır. Liberal sınır kavramı, bireysel eylemin zararına yönelik bir sınır fikriyle yakından bağlantılıdır. Zarar kavramı, aynı zamanda toplumun kendi kendini örgütlemesini de gerekli kılar. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin beşinci maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, yasalar topluma karşı zararlı eylemleri sınırlar. Ancak bireyin başka bir bireye verdiği zararlı davranış en başından itibaren anayasal hakkın kapsamı içerisinde yer almaz.⁵⁴⁸

Hakların verimli bir şekilde sınırlandırılması ve koordinasyonu, özgürlüğün kaçınılmaz bir ön koşuludur. Bununla birlikte, özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin liberal bir anlayışta, özgürlüğün sınırlanması, toplumun kendi kendini örgütlemesine ve kendi rasyonelitesine bağlıdır. Bu bakımdan, liberal anayasal hak teorisi, devlete özgürlüğün sınırlarını özerk bir şekilde tanımlamasına olanak tanıyacak bir yetki vermez.⁵⁴⁹ Bu bağlamda, kendi kendine örgütlenen bir sivil toplumda bireylerin öncelikle birbirlerini bağlama özgürlüğü vardır.⁵⁵⁰

Ladeur'un liberalizm içerisinde gelişen zarar prensibinden yola çıkarak ortaya koyduğu zarar verme yasağı, büyük ölçüde bir belirsizlik oluşturmaktadır. Bütün zarar veren davranışların anayasal hakların kapsamından tahdit edilmesi, anayasal hakları oldukça kullanışsız ve dar hale getirme tehlikesi barındırmaktadır. Diğer taraftan bu tahditlerin belirlenmesinin sivil topluma bırakılması durumunda, birey veya azınlıklar sivil topluma karşı korumasız bırakılmaktadır.

2.1.2.2.11. Stemmler'in "Neminem-laedere" Gerekliliği Tahdidi

Thomas Stemmler, anayasal hakların kapsamını geniş bir şekilde yorumlayarak belirlediği anayasal hak dogmatiklerinde⁵⁵¹, anayasal hakların kapsamını zarar vermeme/neminem-laedere gerekliliği tahdidi ile sınırlar. Stemmler, anayasal hakların

⁵⁴⁸ Karl-Heinz Ladeur, **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 48-49.

⁵⁴⁹ Ladeur, **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 49-50.

⁵⁵⁰ Ladeur, **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 50; Udo Di Fabio, "Grundrechte als Werteordnung", **JuristenZeitung**, 59. Jahrg., Nr. 1, 9. Januar 2004, pp. 1-8, s. 8.

⁵⁵¹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 96 vd.

kapsamını tahdit eden zarar vermeme/*neminem-laedere* gerekliliğini üç kategoride somutlaştırmıştır.⁵⁵²

İlk kategori mutlak anayasal haklarıdır. Alman Anayasası Madde 1/1 uyarınca insan onuru, mutlak bir anayasal hak olarak belirlenmiştir.⁵⁵³ İnsan onuru hakkının mutlak olması dolayısıyla sınırlandırılmaması⁵⁵⁴, dengelemeye elverişli olmaması⁵⁵⁵, yaşam hakkının⁵⁵⁶ ve insan onurunun⁵⁵⁷ insan onuru hakkını sınırlandıramaması, diğer anayasal hakların kapsamında başka birisinin insan onuru hakkını sınırlayan bir menfaatin, durumun, pozisyonun veya davranışın bulunamayacağını gösterir.⁵⁵⁸ Dar bir şekilde yorumlanması gereken insan onurunun⁵⁵⁹, her durumda ve istisnasız bir şekilde üstün gelecek olması sebebiyle, insan onurunu ihlal eden davranışlar anayasal hakların kapsamından dışlanır ve tahdit edilir.⁵⁶⁰ Böylece mutlak bir hak olan insan onuru hakkının ihlali, diğer anayasal hakların içkin sınırını teşkil eder.⁵⁶¹

Stemmler ikinci kategori olarak, barışçılık kaydını veyahut şiddet yasağını, içkin bir sınır olarak belirler. Isensee'nin de belirttiği üzere⁵⁶², şiddet yasağı ile zarar vermeme/*neminem-laedere* gerekliliği arasında açık bir bağ bulunmaktadır. Şiddet yasağı, genel olarak zarar verme yasağının bir parçasını oluşturur.⁵⁶³ Bununla birlikte, Stemmler, anayasal hakları tahdit edecek olan şiddeti dar bir şekilde belirler. Stemmler'e göre anayasal hakları tahdit eden bir şiddet kavramının içinde psikolojik veya pasif bir şiddet yer alamaz. Psikolojik veya pasif bir şiddet gösteren davranış, anayasal hakların kapsamında yer alabilir.⁵⁶⁴ Anayasal hakları tahdit eden salt fiziksel şiddettir.⁵⁶⁵ Stemmler, Isensee gibi⁵⁶⁶ fiziksel şiddet gösteren davranışların anayasal

⁵⁵² Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 208 vd.

⁵⁵³ Mutlak haklar ile ilgili olan tartışmalar için bkz. **Bölüm 1.1.1.**

⁵⁵⁴ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 212.

⁵⁵⁵ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 212 vd.

⁵⁵⁶ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 216-218.

⁵⁵⁷ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 218 vd.

⁵⁵⁸ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 226.

⁵⁵⁹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 223-224.

⁵⁶⁰ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 226-227.

⁵⁶¹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 227-228.

⁵⁶² Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", s. 42.

⁵⁶³ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 209.

⁵⁶⁴ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 204-206.

⁵⁶⁵ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 202 vd.

⁵⁶⁶ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.6.**

hakların kapsamından çıkarılması için yasal bir dayanağın bulunması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶⁷ Stemmler'e göre, ancak bu dar kapsamda ele alındığında şiddet yasağı anayasal hakların içkin sınırlarından birisini oluşturur.⁵⁶⁸

Stemmler'in içkin sınır olarak belirlediği üçüncü kategori ise başkalarının hakları, menfaatleri ve pozisyonları üzerinde gerçekleştirilen ve bunları araçsallaştıran tasarruftur.⁵⁶⁹ Stemmler, tasarruf (*Inanspruchnahme*) veya araçsallaştırmanın (*Instrumentalisierung*) müdahale/zarar (*Beeinträchtigung*) kavramından farklı olduğunu belirtir. Zarar verme, tasarruf veya araçsallaştırmaya göre daha geniş bir anlama sahiptir. Bu bağlamda, yalnızca tasarrufa veya araçsallaştırmaya varan zararlar, anayasal hakların kapsamından tahdit edilir.⁵⁷⁰ Başkasının hakları, menfaatleri ve pozisyonlarını tasarruf etme ve araçsallaştırma, belirli davranışları anayasal hakların kapsamından tahdit etmek için elverişli kriterdir.⁵⁷¹ Buna göre, müdahaleden/zarardan farklı olarak tasarruf etme veya araçsallaştırma, başkasının hakkını ve menfaatini kendi yararına kullanmasını ve belirlemesini ifade eder.⁵⁷² Stemmler burada *Zürich Spreycis*⁵⁷³ kararına atıf yapar. Bu vakada, şikâyetçinin davranışları, yalnızca başkalarına zarar verdiği için değil, aynı zamanda başkasının mülkiyetinde malik gibi davranarak ve başkasının mülkiyetini kendi yararına kullanarak bir eylem gerçekleştirdiği için Alman Anayasası Madde 5/3 tarafından güvence altına alınan sanat özgürlüğü hakkının kapsamında yer almaz.⁵⁷⁴ Ancak geceleyin trompet çalan birisinin gerçekleştirdiği zarar, başkasının hakkı ve menfaati üzerinde bir tasarruf veya araçsallaştırma oluşturmaz. Zira burada, müzisyen başkasına ait bir hukuki pozisyonu gasp etmemektedir. Burada müzisyenin özgürlüğünü kullanması başkasının menfaatini araçsallaştırmaz, yalnızca başkasının menfaatine zarar verir.⁵⁷⁵ Nitekim başkasının hakkına verilen zararın bir

⁵⁶⁷ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 208.

⁵⁶⁸ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 209-210. Aynı yönde bkz. Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 355.

⁵⁶⁹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 229 vd.

⁵⁷⁰ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 233-234. Benzer yönde bkz. Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 458.

⁵⁷¹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 237. Aynı yönde bkz. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 247 vd.

⁵⁷² Muckel, **Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung**, s. 222; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 238.

⁵⁷³ BVerfG, **NJW**, 1984, pp. 1293-1295, s. 1293 vd. - Auslieferung des "Sprayers von Zürich" an die Schweiz.

⁵⁷⁴ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 238.

⁵⁷⁵ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 239.

anayasal hak çerçevesinde kullanılabilir olup olmadığı, münferit vakada ancak dengeleme ile anlaşılabiliriyorsa, bu durumda bir tasarruf veya araçsallaştırma söz konusu değildir.⁵⁷⁶ Diğer taraftan, başkasının menfaati (mülkiyeti) üzerinde gerçekleştirilen tasarruf, dengelemeye açık değildir. Başkasının menfaatlerine verilen zararın yoğunluğu, burada zarar verme ile tasarruf ve araçsallaştırma arasındaki farkı göstermez.⁵⁷⁷

Stemmler, tasarruf ve araçsallaştırma sınırının devletin malik olarak ortaya çıktığı durumlarda da geçerli olabileceğini ileri sürer. Bireylerin ve birey gruplarının malik olduğu ve münhasıran tasarruf yetkisine sahip olduğu mülkiyet üzerinde üçüncü kişilerin tasarrufta bulunması veya bu mülkiyeti araçsallaştırması anayasal hakların kapsamında yer almaz. Bu bağlamda, Zürih spreycisinin bir özel mülkiyeti veya devletin mülkiyetinde bulunan binayı boyaması arasında bir fark yoktur.⁵⁷⁸

Ancak Stemmler, ileri sürdüğü bu üçüncü kategorinin aslında sınırlı olduğunu söyler. Zira tasarruf ve araçsallaştırma sınırı, yalnızca tasarrufa veyahut araçsallaştırmaya elverişli menfaatleri ve konuları içeren anayasal haklar söz konusu olduğunda uygulanabilir.⁵⁷⁹ Bu bakımdan, mülkiyetin yanı sıra hangi menfaatlerin tasarrufa ve araçsallaştırmaya elverişli olduğunun belirlenmesi gerekir. Sözgelimi, Alman Anayasası Madde 1/1 ile bağlantılı olarak Madde 2/1 tarafından güvence altına alınan genel kişilik hakkının, insan onuru güvence içeriği söz konusu olmadığı müddetçe böyle bir araçsallaştırmaya elverişli değildir.⁵⁸⁰ Bununla beraber, bu sınır, hak sahiplerinin münhasır tasarruf yetkisinin bulunduğu ve başkasının tasarrufunun hak sahibini ilgili haktan veya menfaatten yoksun bırakabileceği haklar ve menfaatler için geçerlidir. Sözgelimi kişinin kendi verisi/kişisel verisi üzerindeki hakkı buna örnek olarak gösterilebilir.⁵⁸¹ Nitekim Stemmler, tasarruf ve araçsallaştırma için sınırını, yaşam, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü haklarına kadar genişletir. Zira hak sahiplerinin yaşam, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü hakları üzerinde başka kişilerin tasarrufta bulunması fiziksel şiddeti de gündeme getireceğinden, bu genişleme, ikinci içkin sınırlama kategorisi olan şiddet yasağı tarafından da desteklenir.⁵⁸²

Stemmler'in *neminem-laedere* tahdidinin temelini teşkil eden tasarruf ve

⁵⁷⁶ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 239.

⁵⁷⁷ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 240-241.

⁵⁷⁸ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 243.

⁵⁷⁹ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 245.

⁵⁸⁰ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 245-246.

⁵⁸¹ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 248.

⁵⁸² Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 249.

araçsallaştırma kategorisinin bazı sorunları vardır. Öncelikle Stemmler'in tasarruf ve araçsallaştırma sınırını/tahdidini, büyük ölçüde mülkiyet hakkı üzerinden geliştirir. Bu bağlamda, tasarruf ve araçsallaştırma sınırının/tahdidinin diğer anayasal haklara uygulanabilmesi şüpheli durmaktadır. Diğer taraftan bu teori, sınırlanabilir anayasal haklar ile yoksun bırakılabilir anayasal haklar arasındaki ayrımı görmezden gelmiştir.⁵⁸³ Bazı anayasal haklara müdahale teşkil eden herhangi bir davranış/zarar, kendiliğinden hak sahiplerini hakkın içeriğinden yoksun bırakır. Sözgelimi yaşam hakkına gerçekleştirilen herhangi bir müdahale kural olarak hak sahibini yaşam hakkından yoksun bırakmaktadır. Aynı durum, vücut dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü hakları için de geçerlidir. Bu itibarla, tasarruf etme ve araçsallaştırma sınırı/tahdidi bu tip sınırlamanın/müdahalenin yoksun bırakmaya eşdeğer olduğu anayasal haklar için geçerli olamaz. Burada en önemli husus ise Stemmler'in temel aldığı mülkiyet hakkına ana müdahale tipini yoksun bırakma/kamulaştırma oluşturmaktadır.⁵⁸⁴ Sonuç olarak, tasarruf ve araçsallaştırma sınırı/tahdidi, temelsiz kalmıştır.

⁵⁸³ Bu ayrım için bkz. Anna Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 597-598, 612 vd.

⁵⁸⁴ Mülkiyet hakkı bakımından bu yoksun bırakma ve kontrol tipi sınırlama ayrımında FAYM'ın yaptığı ayrım (i) içeriğin belirlenmesi, ii) sınırlamanın belirlenmesi ve iii) kamulaştırma) için örnek olarak bkz. *BVerfGE 58, 300* (330 vd.) - Naßauskiesung [1981]. AİHM'in gerçekleştirdiği üç kural tipolojisi bakımından örnek olarak bkz. *Sporrong and Lönnroth v. Sweeden*, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 September 1982, para. 61. AİHM'i izleyen AYM'nin yaptığı üçlü tipoloji bakımından örnek olarak bkz. *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/817, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 29-30. Ayrıca bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, s. 18 vd.; H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 100 vd. Ayrıca bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 255 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 581 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 264 vd.; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 223 vd.; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 209 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 695 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 387 vd.; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 1068 vd.; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 213 vd.; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 284 vd.; Hans D. Jarass, "Art. 14", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 392 vd.; Brun-Otto Bryde - Astrid Wallrabenstein, "Art. 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 1352 vd.; Florian Becker, "Artikel 14", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 1214 vd.; Otto Depenheuer - Judith Froese, "Artikel 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1441 vd., 1500 vd.; Otto Depenheuer, "Eigentum", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, s. 37-40; Joachim Wieland, "Artikel 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1457 vd.; Hans Hofmann, "Art. 14", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018, s. 696 vd.; Hans-Joachim Cremer, "Eigentumsschutz", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer

2.1.2.2.12. Lindner'in “Neminem-laedere” Gerekliliği Tahdidi

Josef Franz Lindner'in aşkın ve ideal bir özgürlük olarak “*status libertatis naturalis fictivus*”, özellikle *in dubio pro libertate* maksimini benimsemesi⁵⁸⁵ bakımından geniş bir özgürlük/koruma alanı ortaya koysa da⁵⁸⁶, Lindner, bu koruma alanını *neminem-laedere* gerekliliği, diğer deyişle sosyal açıdan zarar vermeme yasağı ile tahdit eder. Lindner'e göre *neminem-laedere* gerekliliğine ilişkin üç farklı yaklaşım söz konusudur.⁵⁸⁷ İlk yaklaşıma göre, *neminem-laedere* gerekliliği, sosyal açıdan zarar veren fiilleri/davranışları, anayasal hakların kapsamından *a priori* olarak dışlamakta ve tahdit etmektedir. Lindner bu yaklaşımın “*status libertatis naturalis fictivus*” ile uyumadığını belirtir.⁵⁸⁸ İkinci yaklaşıma göre ise sosyal açıdan zarar veren fiiller/davranışlar, *a priori* olarak anayasal hakların kapsamında yer alır. Ancak müdahalenin meşrulaştırılması aşamasında, bu davranış ve fiiller, incelemeyi geçemez. Bu yaklaşımın dezavantajı, öldürmeye ilişkin yasakların açıkça yasayla düzenlenmesi gerekliliğinin bir anayasal gereklilik olması ve bu sebeple bu tip davranışların hakkın kapsamında değerlendirilmesinin bir tezat oluşturmastır.⁵⁸⁹ Üçüncü yaklaşımda, ilk iki yaklaşımın arasında bir çözüm benimsenir. Buna göre, sosyal olarak zararlı fiiller/davranışlar, *a priori* olarak anayasal hakların kapsamında yer almakla birlikte, anayasa maddelerinden yorumla doğrudan anayasal sınırlar olarak elde edilen bir tahdit olarak kabul edilir. Sözgelimi Alman Anayasası Madde 2/1'de yer alan “başkasının hakları” kaydı, genel fiil özgürlüğünün bir sınırı değil bir tahdidi olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, sosyal olarak zararlı fiillerin/davranışların bir tahdit olarak kabul edilip edilmediği, her anayasal hak açısından ayrıca değerlendirilir.⁵⁹⁰

Üçüncü yaklaşımı benimseyen Lindner, *neminem-laedere* gerekliliğinin/zarar

Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1525 vd., 1527 vd.; Karen Kaiser, “Art. 1 ZP I: Schutz des Eigentums”, **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 415 vd.; Bernhard W. Wegener, “Wirtschaftsgrundrechte”, **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, Ed. by Dirk Ehlers, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2014, s. 179 vd.; Anne Peters - Tilmann Altwicker, **Europäische Menschenrechtskonvention: Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz**, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 232 vd.

⁵⁸⁵ Josef Franz Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, s. 212 vd.

⁵⁸⁶ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 112 vd., 118 vd., 212 vd.

⁵⁸⁷ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 231 vd.

⁵⁸⁸ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 231-232.

⁵⁸⁹ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 232.

⁵⁹⁰ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 232-233.

verme yasağının yazılı olmayan bir anayasal hüküm olup olamayacağını değerlendirir.⁵⁹¹ Bu bağlamda, Lindner, özellikle Isensee'nin modern devletin temel haklar hususunda üçlü gelişim evresini benimser. İlk aşama olan Hobbesçu aşamada, modern devlet, şiddet tekeli elinde ederek, vatandaşlarının can, vücut ve mal güvenliğini temin eder. İkinci aşama olan liberal aşamada, vatandaşın devletin sınırlamalarına karşı olan güvenliği ve dolayısıyla özgürlüğü ön plana gelir. Burada, mutlak devlet, modern devlet olarak anayasal devlete dönüşür. Ancak toplumsal varoluşun veya sivil toplumun ekonomik riskleri, sosyal özgürlükleri de meydana getirir. Bu da üçüncü aşama olan özgürlük aşamasını oluşturur.⁵⁹² Bu aşamaların her biri, bir sonraki aşamaya eklenerek modern devletin ve dolayısıyla anayasanın temelini oluşturur.⁵⁹³ Lindner, bu anayasal/tarihsel ve siyasi/felsefi mülahazaların, *neminem-laedere* gerekliliğini/zarar verme yasağını anayasa koyucunun anayasa yapma iradesine ve yazılı olmayan anayasal hükümlere dahil olarak meşrulaştırdığını belirtir. Dolayısıyla genel bir *neminem-laedere* gerekliliğinin anayasal hakları tahdit etmesi meşrulaştırılmış olur.⁵⁹⁴

Lindner, *neminem-laedere* gerekliliği için anayasal/tarihsel ve siyasi/felsefi dayanaklara ek olarak anayasal temel de arar. Bu bağlamda, Alman Anayasası Madde 2/1'de öngörülen "başkasının hakları" kaydını ve anayasal hakların eşitlik boyutunu inceler.⁵⁹⁵ Lindner'e göre, Madde 2/1'de öngörülen genel fiil özgürlüğü, "*status libertatis naturalis fictivus*"da kavranabilecek bütün menfaatleri güvence altına alır. Bu genel fiil özgürlüğünün başkasının hakları kaydına tabi olması, genel *neminem-laedere* gerekliliğine/zarar verme yasağına anayasal bir temel sağlar.⁵⁹⁶ Bunun yanı sıra, Lindner, Madde 2/1'de öngörülen "anayasal düzen" kaydının da başkalarının çıkarlarını korumaya kabil olduğunu ve bu sebeple genel *neminem-laedere* gerekliliğine/zarar verme yasağına anayasal temel sağladığını ileri sürer.⁵⁹⁷

Lindner'e göre genel *neminem-laedere* gerekliliğinin/zarar verme yasağının anayasa tarafından kabul edildiğinin diğer bir göstergesi anayasal hakların eşitlik boyutudur. Anayasa, anayasal haklar herkes tarafından eşit bir şekilde kullanılabilirdiği

⁵⁹¹ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 234-235.

⁵⁹² Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, s. 17.

⁵⁹³ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 236-237.

⁵⁹⁴ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 239.

⁵⁹⁵ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 240 vd.

⁵⁹⁶ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 240. Lindner bu sonuca Murswiek'e atıf yaparak ulaşır. Bkz. Dietrich Murswiek, "Art. 2", *Grundgesetz: Kommentar*, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 131-132.

⁵⁹⁷ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 240-241.

ölçüde ve Alman Anayasası Madde 1 (insan onuru) aracılığıyla özgürlük ve eşitliği birbirine sıkı bir şekilde bağlamaktadır. Buna göre, anayasa özgürlüğün kullanımını başkasının menfaatleri ile sınırlar. Anayasal hak sahibi kişiliğini geliştirme hakkını, başkasının menfaatlerine kişinin iradesi dışında dokunmadığı ölçüde kullanabilir. Anayasal hak sahiplerine böyle bir kullanım imkânının ve hakkın tanınması, anayasal hakların eşitlik boyutuyla çelişir. Bir başkasını öldüren, vücut bütünlüğüne zarar veren ya da özgürlüğünden mahrum bırakan kişi, böylelikle aşkın yaşam, fiziksel bütünlük ve özgürlük hakkının eşitlik boyutunun içeriğinde öngörülmeleyen bir duruma yol açar: hiç kimse, hak sahibi olan bir başkasından daha fazla özgürlüğe sahip olamaz.⁵⁹⁸ Bu bağlamda, anayasal hakların eşitlik boyutu da genel *neminem-laedere* gerekliliğini/zarar verme yasağını destekler.⁵⁹⁹

Lindner, genel *neminem-laedere* gerekliliğini/zarar verme yasağını bu şekilde meşrulaştırdıktan sonra, bu yasağın anayasal hakları tahdit etme yöntemlerinden birincisi olarak soyut dengelemeyi ortaya koyar. Burada menfaatler arasındaki çatışmada, bir menfaat lehine bir öncelik ilişkisi kurulabilirse, genel *neminem-laedere* gerekliliği/zarar verme yasağı, geri çekilen menfaati anayasal hakların kapsamından dışlar ve tahdit eder. Buna göre, “*status libertatis naturalis fictivus*”da düşünülebilecek bir menfaatin gerçekleştirilmesi, tek başına ve somut bir değerlendirme yapılmaksızın başka bir menfaatten daha az korunmaya değer olduğu ortaya çıkıyorsa, bu menfaat istisnai olarak anayasal hakların kapsamından dışlanır ve tahdit edilir.⁶⁰⁰ Lindner, bu yaklaşımıyla Starck’ın geleneksel olarak cezalandırılabilir ve açıkça sosyal bakımdan zararlı fiilleri anayasal hakkın kapsamından soyut dengeleme ile çıkarma yaklaşımına⁶⁰¹ yaklaşır. Lindner, soyut olarak değerlendirildiklerinde genel olarak diğer menfaatlerin gerisinde kalan ve bu sebeple gerçekleştirilemeyen menfaatlerin anayasal hakların kapsamından tahdit edildiğini belirtir.⁶⁰² Burada, dolaylı ve takdiri yasamaya bırakılan bir yasak değil, doğrudan bir anayasal yasak söz konusu olmaktadır. Devletin koruma yükümlülüğünü yalnızca bir cezai yaptırımı öngörmesi ve yerine getirmesi ile gerçekleştirildiği durumlarda, yasaklanan davranış/fiil, anayasal hakların

⁵⁹⁸ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 241.

⁵⁹⁹ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 241-242. Aynı yönde bkz. Hasso Hofmann, “Die versprochene Menschenwürde”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 118, No. 3, 1993, pp. 353-377, s. 361 vd.

⁶⁰⁰ Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 243.

⁶⁰¹ Starck, “Artikel 1”, s. 159-160.

⁶⁰² Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 244.

kapsamından tahdit edilir. Bu bağlamda, geleneksel suç olarak öngörülen, öldürme, bedene, sağlığa ve özgürlüğe zarar verme ve hırsızlık ve soygun gibi mala zarar verme fiilleri, anayasal hakların kapsamından tahdit edilir. Zira bu durumda, mağdurun menfaatleri, genel olarak ve her koşulda bu fiili gerçekleştiren kişinin menfaatlerine üstün gelir ve takaddüm eder.⁶⁰³

İkinci olarak, Lindner, genel *neminem-laedere* gerekliliğinin/zarar verme yasağının ihkak-ı hak yasağında ortaya çıktığını ifade eder. Buna göre, kimse iddia ettiği hak taleplerini, fiziksel ve diğer herhangi bir kuvvetle uygulatamaz.⁶⁰⁴ Üçüncü olarak ise devletin işlevselliğini ihlal eden ve engelleyen davranışlar, anayasal hakların kapsamından tahdit edilir. Buna göre, devlet düzeninin ve şiddet tekelinin varlığının devletin meşruiyetini oluşturduğu kabul edilerek, gerçekleşmesi devletin, organlarının ve kurumlarının varlığını ve işlevselliğini etkileyen menfaatler, anayasal hakların korumasının dışında kalır.⁶⁰⁵ Bununla birlikte Lindner, üçüncü *neminem-laedere* gerekliliği/zarar verme yasağı şeklinin kötüye kullanımını engellemek için bu kategori için de soyut dengeleme kontrol mekanizmasını gerekli görür.⁶⁰⁶

Lindner'in *neminem-laedere* gerekliliği teorisinin zayıflığı, teorisinin merkezine yerleştirmek zorunda kaldığı soyut dengeleme kriteridir. Anayasal hakların kapsamının belirlenmesinde ölçülülük ilkesinin bir kriter olarak kullanılması, anayasal hak dogmatığı bakımından yerinde değildir. Zira anayasal hakların kapsamının dengeleme ile belirlenmesi durumunda, kaçınılmaz bir şekilde tek kademeli anayasal haklar ortaya çıkacaktır. Ölçülülük ilkesi, yalnızca anayasal haklara gerçekleştirilen müdahalelerin meşrulaştırılması aşamasında kendisine yer bulabilir. Bu bağlamda, anayasal hakların kapsamının belirlenmesinde ölçülülük ilkesinin/dengelemenin bir yeri yoktur.

2.1.2.2.13. Lenz'in Düzenleme Temelli Eklektik İçkin Sınırlama Teorisi

Sebastian Lenz'in sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklara ilişkin teorisinde, sınırlama ile düzenleme ayrımının ve burada ortaya çıkan düzenleme kavramının temel bir önemi vardır. Lenz öncelikle, Alman Anayasası Madde 4'te düzenlenen din, kanaat ve inanç özgürlüğünü, Madde 5/3'te düzenlenen sanat ve bilim özgürlüğünü, Madde 6/1'de düzenlenen ailenin ve evliliğin korunması hakkını, Madde

⁶⁰³ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 244-245.

⁶⁰⁴ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 246.

⁶⁰⁵ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 246-247.

⁶⁰⁶ Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, s. 247.

8/1'de düzenlenen kapalı alanda toplanma özgürlüğünü, Madde 9'da düzenlenen örgütlenme ve sendika özgürlüğünü, Madde 12/1'de düzenlenen meslek seçme özgürlüğünü ve Madde 17'de düzenlenen dilekçe hakkını, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hak olarak belirlemiştir.⁶⁰⁷

Lenz, bu haklardan Madde 6/1'de düzenlenen ailenin ve evliliğin korunması hakkını ve Madde 9'da düzenlenen örgütlenme ve sendika hakkını ayrı bir şekilde değerlendirmiştir. Bu hakların kapsamı, devlete yönelen kurumsal güvencelerden oluşur. Bu kurumsal güvenceler, devletin "düzenleme" yaparak, diğer bir deyişle yasa koyucunun norm oluşturması ve hâkimin normu uygulaması ile devlete hem yetki hem de yükümlülük verir. Devletin düzenleme yapma yükümlülüğü, burada devletin pozitif edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar.⁶⁰⁸ Bu kapsamda, yapılan düzenlemeler, anayasal hakkın sınırlandırılmasını teşkil etmez.⁶⁰⁹

Lenz, hukuk normlarının veya hukuki pozisyonların ilgili anayasal hakka zarar verecek şekilde değiştirilmesini, sınırlamayı düzenlemeden ayıran kriter olarak kabul etmemiştir.⁶¹⁰ Ona göre, gerek kurumsal anayasal haklarda gerekse de negatif-pozitif edim yükümlülüğü yükleyen anayasal haklarda, anayasal hakların kapsamında gerçekleşen özel hukuk eylemleri düzenlemeyi ifade ederken, anayasal hakların kapsamındaki zarar verici kamu hukuk eylemleri sınırlamayı ifade eder.⁶¹¹ Lenz, düzenleme yapma yetkisini de belirli şartlara bağlamıştır. Benimsenen kurumların yapısal ilkelere saygı göstermesi gerektiği, norm amacına doğru yönlendirmesi gerektiği veya çatışan menfaatleri en iyi şekilde dengelemesi gerektiği durumlarda devlet düzenleme yapma yetkisine sahip olmaktadır.⁶¹² Menfaatlerin dengelenmesi bakımından burada devlete geniş bir takdir alanı bırakılmaktadır. Bu bağlamda, menfaatleri dengeleyen düzenlemeler, ölçülülük incelemesine değil makullük incelemesine tabi tutulur. Makullük incelemesi ise devletin kendisine bırakılan geniş takdir alanını aşıp aşmaması ile ilgilidir. Çatışan menfaatler bakımından, bir dengeleme yapıldığından bahsedilemediğinde veya çatışan menfaatlerden birisini hiç dikkate almadığında, devlet bu geniş takdir marjını aşmış ve makullük incelemesini geçememiş olacaktır.⁶¹³ Düzenleme

⁶⁰⁷ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 14 vd.

⁶⁰⁸ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 99 vd.

⁶⁰⁹ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 130 vd.

⁶¹⁰ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 121-127, 160 vd.

⁶¹¹ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 130-137.

⁶¹² Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 137-141.

⁶¹³ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 141-145, 186.

yapma yetkisi birincil bir şekilde yasa koyucuya tanınan bir yetkidir. Yargı ve yürütme organları ise yasama organının yetkilendirmesi ile düzenleme yapma yetkisine sahip olurlar.⁶¹⁴

Friedrich Müller'in teorisini eleştirilere karşı savunan Lenz⁶¹⁵, anayasal hakkın konusuna özgü korumanın, Müller'e benzer şekilde⁶¹⁶ yorum yöntemleri ile açıklığa kavuşturulduğunu belirtir.⁶¹⁷ Anayasal haklarda sınırlama kaydı bulunmamasının bu hakların çatışmaya elverişli olmamasından kaynaklandığı düşüncesini benimseyen Lenz, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların kapsamının, üçüncü kişilerin özgürlük alanlarını ihlal edilmesini içermediğini belirtmiştir. Lenz'e göre, anayasal haklar arasında bir hiyerarşi bulunmadığından dolayı üçüncü kişilerin hakları ile sınırlamanın her bir vakada ayrı ayrı, diğer bir deyişle münferit olarak belirleneceğini ifade etmiştir. Anayasal hakların kapsamının genel bir şekilde daraltılması/sınırlanması ise, yalnızca yasa koyucunun düzenleme yapma yükümlülüğü çerçevesinde, anayasaya uygun bir şekilde özel hukuk aracılığıyla anayasal hakkın kapsamını tanımlaması ile mümkündür. Böylece sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların çatışmasından kaçınma amacı, sistematik yorumun bir parametresini oluşturur. Bununla beraber, bu üçüncü kişilerin haklarının sürekli olarak, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklara bir önceliği bulunduğu anlamına gelmez.⁶¹⁸ Bu bağlamda, anayasal hakların kapsamı, yalnızca her bir anayasal hakkın konusuna özgü davranışı veya kullanım biçimini korur. Lenz'e göre, burada anayasal hakların yapısı zayıflatılmaz zira her halükârda, özel nitelikte olan anayasal hakların kapsamına girmeyen davranışlar ve hukuki pozisyonlar, Madde 2/1'de öngörülen genel fiil özgürlüğü tarafından korunur.⁶¹⁹

Her ne kadar sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların, diğer anayasal değerlerle veya normlarla çatışmasından olabildiğince kaçınılmaya çalışılsa da, çatışma gerçekleşir. Lenz'e göre, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, yalnızca devletin sınırlama yükümlülüğü ile karşı karşıya geldiğinde, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar ile diğer anayasal normlar arasında bir çatışma vardır. Devletin sınırlandırma yükümlülüğü temel olarak, üçüncü kişilerin anayasal haklarını koruma yükümlülüğünden doğar. Bununla birlikte, anayasada yer alan devletin amacını

⁶¹⁴ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 147-155.

⁶¹⁵ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 231-238.

⁶¹⁶ Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 99.

⁶¹⁷ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 238.

⁶¹⁸ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 240.

⁶¹⁹ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 241 vd.

belirten maddeler veya devlet yapısına ilişkin ilkeler (demokrasi, hukuk devleti, sosyal devlet vs.), görev/amaç normları, devlet kurumlarına ilişkin normlar ve yetki normları, istisnai bir şekilde devlete sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlama yetkisi verir.⁶²⁰

Lenz, sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklar ile diğer anayasal normlar arasında oluşan çatışmada, devletin negatif edim yükümlülüğü ile pozitif edim yükümlülüğünün çatıştığını belirler. Lenz, asgari seviyede yerine getirilmesi gereken pozitif edim yükümlülüğünün, asgarilik içeriğinin insan onurunun içeriği ile belirlendiğini belirtir. Ona göre, insan onuru, bütün anayasal hakların içeriğinde sınırlandırılmaz bir özün içeriğini belirler.⁶²¹ Dolayısıyla, asgari seviyede yerine getirilmesi gereken pozitif yükümlülük, mutlak bir yükümlülüktür ve bu bağlamda sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlar. Devlet, insan onuruna dayanan asgari standartları oluşturmak için sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlayabilir. Burada sınırlandırmanın elverişlilik ve gereklilik ilkelerine uygun olması gerekir. Devletin müdahalesinin asgari standartları oluşturmaya katkı sağlaması durumunda elverişlilik ilkesi yerine getirilirken, oluşturulması gereken asgari standartların mutlak bir şekilde sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırmayı gerektiriyorsa, gereklilik ilkesi yerine getirilir. Negatif edim yükümlülüğünü tetikleyen anayasal hakkın özüne bir müdahale gerçekleşmesi durumunda, iki asgari pozisyonun karşı karşıya gelmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda ise negatif edim yükümlülüğünün, pozitif edim yükümlülüğüne önceliği ortaya çıkar. Her halükârda, asgari seviyede yerine getirilmesi gereken pozitif edim yükümlülüğünün yasaya dayanması ve yasa ile oluşturulması gerekir.⁶²²

Lenz'in tezine yönelik olarak düzenlemeyi sınırlamadan ayıran kriter eleştirilmiştir. Bu bağlamda, özel hukukun düzenleyici etkisinin, kamu hukukunun sınırlayıcı etkisinden kesin bir şekilde ayrılamayacağı ileri sürülmüştür. Buna göre, kamu yararı içinde özel hukuk ve özel hukuk pozisyonlarının dengelenmesinde kamu hukuku bulunduğundan ve özel hukuk ile kamu hukukunun birbirinden tamamen ayrılmasının mümkün olmamasından dolayı, Lenz'in düzenlemeyi sınırlamadan ayıran bu kriteri oldukça muğlak kalmaktadır.⁶²³ Özel hukukta, anayasal hakların devlete karşı

⁶²⁰ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264 vd.

⁶²¹ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 292 vd.

⁶²² Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 305 vd.

⁶²³ Matthias Ruffert, "Rezension von: Sebastian Lenz: Vorbehaltlose Freiheitsrechte", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 133, No. 2, Juni 2008, pp. 286-288, s. 287.

savunma fonksiyonu ortadan kaldırılırsa, anayasal hakların ihlal edilme riski vardır.⁶²⁴ Özel hukuk ile kamu hukukunun tam olarak birbirinden ayırmak mümkün olmadığı gibi, özel hukuk normlarının sınırlayıcı etkilerini göz ardı etmek de yerinde değildir. Daha önceden de ifade edildiği üzere, bir normun sınırlayıcı etkisini dışlamak her zaman mümkün değildir. Zira bir anayasal hakkı destekleyen, bir anayasal hakkın kullanılmasını kolaylaştıran, onun gerçekleşmesini sağlayan özel hukuk normları da ilgili anayasal hakkın sınırlandırılmasını teşkil edebilir veya en azından sınırlandırıcı bir şekilde kullanılabilir.⁶²⁵ Bu bağlamda, Lenz'in teorisinde, özel hukuktan gelecek sınırlandırıcı etkiler tamamen görmezden gelinmektedir. Bu ise anayasal hakların yapısını oldukça sınırlandırmaktadır. Netice itibarıyla, ölçülülük incelemesine tabi tutulmamasını sağlayan bir düzenleme ve sınırlama ayrımı yerinde değildir.

Lenz'in kabul görmeyen diğer bir görüşü ise her anayasal hakkın sınırlanamaz bir insan onuru içeriğine sahip olduğu düşüncesidir. Alman anayasa hukukundaki hâkim düşünceye göre, insan onuru içeriği ile hakkın özünün içeriğinin tamamen uyuşması söz konusu değildir. Nitekim Alman Anayasası Madde 19/2'de düzenlenen hakkın özüne dokunma yasağı, insan onuruna atıf yapmaz ve Madde 79/3 bağlamında anayasa koyucuya değil yasa koyucuya yöneliktir. Gerçekten belirli bazı anayasal hakların (genel kişilik hakkı, vücut bütünlüğü hakkı, eşitlik hakkı, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı, sanat özgürlüğü hakkı) özünün insan onuru içeriği ile belirlenmesi kabul edilebilirken⁶²⁶, bunun bütün anayasal haklara genişlemesi mümkün değildir. Sözelimi bir derneğin kapatılmasının veya yasaklanmasının genel olarak insan onuru ile bir ilgisi yoktur.⁶²⁷ Bu bakımdan, Lenz'in insan onurunu, anayasal

⁶²⁴ Ruffert, "Rezension von: Sebastian Lenz: Vorbehaltlose Freiheitsrechte", s. 287.

⁶²⁵ Aynı yönde bkz. Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97. Aksi yönde görüş için bkz. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 253-254.

⁶²⁶ BVerfGE 80, 367 (373-374) - Tagebuch [1989]; BVerfGE 109, 279 (310-311) - Großer Lauschangriff [2003]; Michael Sachs, "Art. 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 735; Barbara Remmert, "Art. 19 Abs. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. Auflage, München, C. H. Beck, 2023, s. 28, 36.

⁶²⁷ Leisner-Egensperger, "Wesensgehaltsgarantie", s. 616-617; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 77; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 110; Klaus Stern, "Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 873; Peter M. Huber, "Artikel 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1822-1825; Andreas Kerkemeyer, "Art. 19 Abs. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 1354; Horst Dreier, "Artikel 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1733-1734; Horst Dreier, "Artikel 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 256 vd.; Christoph Brüning, "Artikel 19", **Grundrechte-**

hakların özü ile eş tutan görüşü yerinde değildir. Nitekim buna bağlı olarak Lenz'in sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların diğer anayasal normlar ile çatışmasına sunduğu çözüm de nispeten hatalı olmaktadır.

2.1.2.2.14. İlke Teorisi

Her ne kadar böyle bir amacı olmasa da, ilke teorisi de özellikle sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin bir çözüm sunar. Zira her bir anayasal hak, bir ilke olarak, çeşitli derecelerde yerine getirilebilen ve bu yerine getirme derecesinin hem olgusal olasılığa ve hem de hukuki olasılığa bağlı olduğu optimizasyon gerekliliğidir.⁶²⁸ Bu bağlamda, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, bir *prima facie* hak yapısı ortaya koyar. Dolayısıyla, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, devlete mutlak bir yükümlülük yüklemeyiz ve fakat bir ilke olarak, diğer ilkelerle dengelenerek nihai bir sonuç ve yükümlülük yükleyebilirler. Böylece ilke teorisi, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılması problemini çözer. Ancak ilke teorisinin birçok temel savında hata söz konusudur ve kendi içinde birçok çelişki barındırmaktadır. Bu sebeple, ilke teorisinin sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılması sorununa sunduğu çözüm kabul edilemez.

2.1.2.2.15. Merten'in Eklektik İçkin Sınırlama Teorisi

Merten'e göre, bütün dahili veya harici sınırlama ve tahdit etme öğretileri, sınırsız/hudutsuz herhangi bir sübjektif hak ve dolayısıyla anayasal hak olmadığını kabul eder.⁶²⁹ Özgürlüğün sınırsızlığı, ancak sınırlarıyla uygulanabilir. Eğer her bir hak,

Kommentar, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, Köln, Carl Heymanns, 2019, s. 1501; Hartmut Jäckel, **Grundrechtsgeltung und Grundrechtsicherung: Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG**, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, s. 56. Ayrıca bkz. *BVerfGE* 109, 279 (310-311) - Großer Lauschangriff [2003]. Aksi yönde bkz. Christian Hillgruber, "Grundrechtsschranken", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1068; Ekkehart Stein - Götz Frank, **Staatsrecht**, 19. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 245.

⁶²⁸ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 75-77; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 47-48; Robert Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010, pp. 21-32, s. 21; Robert Alexy, "Constitutional Rights and Proportionality", **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 22, 2014, pp. 51-65, s. 52; Robert Alexy, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, July 2018, pp. 871-879, s. 872-873; Robert Alexy, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, Spring 2017, pp. 31-47, s. 36; Robert Alexy, "Proportionality and Rationality", **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Ed. by Vicki C. Jackson - Mark Tushnet, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 13-14.

⁶²⁹ Detlef Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen

bir sınırı veya tahdidi halihazırda varsayıyorsa, diğer bir deyişle bir öncül olarak barındırıyorsa⁶³⁰, bu bağlamda özgürlük, en başından itibaren belirli sınırlar içerisinde anlaşılabilir.⁶³¹ Anayasal hakların anayasa tarafından zaten dikkate alınan içkin bir tahdidi bulunmaktadır. Burada aslında, anayasal hakların genel anlamından ya da anayasal düzenin genel bir değerlendirmesinden zımni olarak elde edilen gereklilikler ve anayasal hak ile birlikte yer alan tahditler söz konusudur.⁶³² Sözelimi bir çocuğun fuhuş eğitimi alması, anayasal hakların kapsamında bir “eğitim” veya bir “meslek” eğitimi olamaz, çünkü normatif kavramlara getirilen sınırlar ve anayasal hakların amacı, en başından itibaren bu tür davranışları korumaz.⁶³³

Merten öncelikle içkin tahditler (*immanente Grenzen*) ile içkin sınırları (*immanente Schranken*) birbirinden ayırır. Buna göre, içkin sınırlar, anayasal hakların kapsamı içerisinde bulunan bir menfaatin, hukuki pozisyonların sınırlanmasını ifade ederken, içkin tahdit, bir menfaatin veya pozisyonun en başından itibaren anayasal hakkın kapsamında olmadığını ifade eder ve dolayısıyla anayasal hakkın kapsamını tahdit eder.⁶³⁴ Merten dahili teorinin modern anayasal hak dogmatğinde kabul edilmediğini ve fakat eski medeni hukuk öğretilerinde, sözelimi mülkiyet hakkında kabul edildiğini⁶³⁵ belirtir.⁶³⁶ Bununla birlikte Merten, dahili teoriyi eleştirenlerin yanlış ile doğruyu karıştırdığını ifade eder. Merten’e göre, anayasal hakların yorumunda dikkatli ve rasyonel olunması gerekliliği ve anayasal hakların kapsamının tahdit edilmesinin daha kötü sonuçlara kapı aralayacağı eleştirileri⁶³⁷ makul eleştirilerdir. Bununla birlikte,

Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 205; Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, s. 767; Zaccaria Giacometti, **Die Freiheitsrechteskatologe als Kodifikation der Freiheit**, Zurich, Art. Institut Orell Füssli, 1955, s. 5.

⁶³⁰ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 205; Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 8; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 187.

⁶³¹ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 205; Nipperdey, “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, s. 767.

⁶³² Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 205; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 187.

⁶³³ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 205.

⁶³⁴ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 208, 244 vd. Nitekim burada içkin tahditler aslında yukarıda ifade edilen dahili teoriyi ifade eder. Bkz. **Bölüm 2.1.1.1**. Benzer bir ayrım için bkz. Céline Martin, **Grundrechtskollisionen**, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007, s. 54-56.

⁶³⁵ Siegmund Schloßmann, “Ueber den Begriff des Eigenthums”, **Jherings Jahrbücher über die Dogmatik des bürgerlichen Recht**, Bd. 9, Folge 2, 1903, pp. 289-390, s. 319.

⁶³⁶ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 209. Ayrıca bkz. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 84; **Bölüm 2.1.1.2.2.1**.

⁶³⁷ Bkz. Michael Sachs, “Abwehrrechte”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2006, s.

anayasal hakların hassas bir şekilde analiz edilmesi ile içkin tahditlerin dikkatli bir şekilde tanımlanması, anayasal hakların kapsamını daraltmaz ve fakat tebellür ettirir.⁶³⁸ Ona göre, tahditleri reddeden görüşler, görünüş itibariyle özgürlüğün yanında gözükürken, aslında geniş özgürlükler ile birlikte hesaplanabilir ve öngörülebilir olmayan geniş sınırlamaları beraberlerinde getirirler. İçkin tahditler ise anayasal hakların incelenmesini kolaylaştırır ve sosyal olarak zararlı olan davranışların anayasanın korumasından yararlanmasını engeller. İçkin tahditlerin kabul edilmemesi, görünüşte anayasal hak çatışmalarının üretilmesine sebep olarak ölçülülük incelemesini daha zor durumlara sokmaktadır.⁶³⁹

Merten'in kabul ettiği içkin tahditler, birden fazla görüşü kabul ettiğinden eklektiktir. Merten birisi genel, diğer özel olmak üzere içkin tahditleri ikiye ayırır.⁶⁴⁰ Buna göre dikkate alınması gereken ilk genel içkin tahdit, anayasal hakları kullanma ehliyetidir (*Grundrechtsausübungsfähigkeit*).⁶⁴¹ Anayasal hakkın kapsamına giren bir davranış, özellikle pozitif özgürlüğün⁶⁴² kullanılması, bir içkin tahdit olan anayasal hakları kullanma ehliyetini gündeme getirir. Merten burada, anayasal haktan değil, anayasal hakkı kullanma ehliyetinden bahsedildiğini ve bu yüzden anayasal hakkın kapsamında bir tahdit söz konusu olmadığını ifade eder.⁶⁴³ Alman Anayasası'nda bahsedilmese de, anayasal hakkı kullanma ehliyeti geniş ölçüde benimsenmiştir.⁶⁴⁴

670.

⁶³⁸ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 209.

⁶³⁹ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 209.

⁶⁴⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 212.

⁶⁴¹ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 212.

⁶⁴² Bkz. **Bölüm 1.3.1.3.**

⁶⁴³ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 212.

⁶⁴⁴ *BayVerfGH, VerwRspr*, 1958, pp. 390-400, s. 395-396; Starck, "Artikel 1", s. 117; Otto - Froese, "Artikel 14", s. 1430; Hartmut Bauer, "Artikel 17", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1649; Klaus Stern, "Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1 Ed. by Klaus Stern, Münschen, C. H. Beck, 1988, s. 1064 vd.; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 176-177; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 507 vd.; Wolfgang Rübner, "Grundrechtsträger", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, 3. Auflage, C. F. Müller, 2011, s. 732 vd.; Eberhard Schwerdtner, "Kindeswohl oder Elternrecht? Zum Problem des Verhältnisses von Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, 173. Bd., H. 3, 1973, pp. 227-249, s. 242; Karl-Heinz Hohm, "Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986, pp. 3107-3115, s. 3108 vd.; Hans Peters, "Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule", **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte**, Bd. IV/1, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey - Ulrich Scheuner, Berlin, Duncker & Humblot, 1960, s. 394 vd.; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 115; Michael Sachs, "Vorbemerkung zu

Anayasal hakları kullanma ehliyeti öncelikle din özgürlüğü hakkını ve evlenme özgürlüğü hakkını kullanma ehliyeti bakımından gündeme gelir. Din özgürlüğü hakkı ve evlenme özgürlüğü hakkı için öngörülen bir sınırlama kaydı veya sınırlama klozunun bulunmaması durumunda bile, anayasa metninden çocuk evlilik için veyahut çocukların din uğruna yapılan savaşlara katılması için bir koruma çıkarılamaz. Burada, anayasa koyucunun, anayasal hak kullanım ehliyetini zımnen anayasal hakların kurucu unsuru olarak belirlediği ileri sürülebilir.⁶⁴⁵ Bu bakımdan, eşyanın doğası gereği⁶⁴⁶, anayasal hakların kullanımında anayasal hak sahibi için belirli fiziksel ve zihinsel nitelikler öngörülebilir.⁶⁴⁷ Anayasal haklar, temelde hak sahibinin kendi sorumluluğu içerisinde ve kendisini belirleyecek kararlar almasını korur. Kişinin kendisini belirlemesi ise kişinin kendisini belirleme kapasitesine ve yeteneğine sahip olmasını gerektirir.⁶⁴⁸

Anayasal hakları kullanma ehliyetinde bütün anayasal haklar için genel bir belirleme yapılamaz. Anayasal hakları kullanma ehliyeti her anayasal hak için ayrı ayrı belirlenir.⁶⁴⁹ Anayasal hakların düzenlediği her bir yaşam alanına ve söz konusu davranışın niteliğine göre, reşit olmayan kişiler anayasal hakların kullanma ehliyetine sahip olacaklardır.⁶⁵⁰

Merten ikinci olarak Alman Federal İdare Mahkemesi'nin toplumsallık kaydı doktrinini⁶⁵¹ takip ederek, sosyal olarak zararlı davranışların anayasal hakların kapsamından dışlanması gerektiğini belirtir. Merten'e göre, toplumsallık kaydını eleştiren FAYM, toplumsal ve topluma bağlı olan insan imgesi öğretisini⁶⁵², Alman Federal İdare Mahkemesi'nin toplumsallık kaydı öğretisinden sonuç itibarıyla yeterince ayırt edememiştir.⁶⁵³ Merten, Alman Federal İdare Mahkemesi'nden farklı olarak sosyal

Abschnitt I", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 54-55.

⁶⁴⁵ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 213-214.

⁶⁴⁶ Bkz. **Bölüm 2.2.6.**

⁶⁴⁷ Stern, "Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen", s. 1066.

⁶⁴⁸ BVerfGE 99, 341 (351) - Testierausschluß Taubstummer [1999]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214.

⁶⁴⁹ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 122-123; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214.

⁶⁵⁰ BVerfGE 59, 360 (387) - Schülerberater [1981]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214.

⁶⁵¹ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.1.**

⁶⁵² Bkz. **Bölüm 2.2.2.**

⁶⁵³ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 216.

olarak zararlı davranışın anayasal hakkın kapsamından dışlanabilmesi için belirli bir dereceye ulaşması gerektiğini belirtir. Buna göre, anayasal hakkın korumasından yararlanamayacak derecede olan sosyal olarak zararlı olan davranışlar anayasal hakların kapsamından dışlanır.⁶⁵⁴ Merten'e göre, yamyamlığın, insan ticaretinin, çocuğu fuhşa zorlamanın, insan kurban etmenin veya bir kişinin sözgelimi sanatsal yaratım için öldürülmesinin anayasal hakların korumasından yararlanması mümkün değildir.⁶⁵⁵ Çocukların fuhuş yapmasının başından beri bir meslek olarak kabul edilmemesi ve bunun neticesinde meslek özgürlüğü hakkının kapsamından dışlanması hukuki hiyenin⁶⁵⁶ bir gereğidir.⁶⁵⁷ FAYM bu sebeple, belirli davranışlar bakımından sosyal ve toplumsal zararları sebebiyle anayasal hakların kapsamını tahdit eder.⁶⁵⁸

Merten'in benimsediği üçüncü genel içkin tahdit şiddet yasağı⁶⁵⁹ tahdididir. Alman Anayasası'nda her ne kadar şiddet yasağı tahdidi yalnızca toplanma özgürlüğü için "silahsız" ve "barışçıl" ibareleri ile ifade edilmişse de, bu tahdit diğer anayasal haklar için de kullanılabilir. Merten, anayasal haklara ilişkin olarak önceden tecrübe edilen tehlikeler ve ihlallere dayanarak, anayasal hakların şiddet yasağı ve icbar

⁶⁵⁴ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 217.

⁶⁵⁵ Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, s. 57; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 217. Krş. Wolfgang Rñfner, "Grundrechtskonflikte", **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, Bd. II, Ed. by Christian Starck, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, s. 460.

⁶⁵⁶ Christian Starck, "Artikel 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 179.

⁶⁵⁷ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 217.

⁶⁵⁸ *BVerfGE 115, 276 (301)* - Sportwetten [2006]; *BVerfGE 117, 126 (137)* - Hufbeschlagesetz [2006]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 217. Sosyal olarak zararlı davranışları Alman Anayasası Madde 2/1'den dışlayan yazarlar için bkz. Starck, "Artikel 2", s. 179; Uwe Volkmann, "Freiheit und Gemeinschaft", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2006, s. 382-384; Klaus Stern, "Die allgemeine Handlungsfreiheit", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1 Ed. by Klaus Stern, Münschen, C. H. Beck, 2006, s. 894. Bu sosyal zarar sınırını Alman Anayasası Madde 12/1 için kabul edenler için bkz. Rupert Scholz, "Art. 12", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 54-55; Gerrit Manssen, "Artikel 12", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1153-1154; Peter J. Tettinger - Thomas Mann, "Art. 12", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 520; Rñdiger Breuer, "Freiheit des Berufs", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VIII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, 3. Auflage, C. F. Müller, 2010, s. 117-119; Otto Bachof, "Freiheit des Berufs", **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte**, Bd. III/1, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey - Ulrich Scheuner, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, s.181.

⁶⁵⁹ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.6.**

yasağı tahdidine tabi olabileceğini belirtmiştir.⁶⁶⁰ Sözelimi, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı, düşünce özgürlüğü ve öz sorumluluk kavramları ile tanımlandığında, bu, din, vicdan ve kanaat özgürlüğünün barışçıl bir şekilde kullanılabileceğini imler.⁶⁶¹ Bu husus ifade özgürlüğü için de geçerlidir. İfade özgürlüğü hakkı da düşünceyi ifade ile fikri bir faaliyeti korumaktadır. Ekonomik yollarla yapılan bir boykot çağrısının ifade özgürlüğü hakkının kapsamına girmemesi gerektiğinden dolayı⁶⁶², bir kişinin cebir kullanılarak fikrini benimsetme davranışı da ifade özgürlüğü hakkının kapsamında yer almaz.⁶⁶³ Merten'e göre, Alman Anayasası Madde 5/1'de güvence altına alınan bilgi edinme özgürlüğü, bilgi almanın entelektüel önceliği ile sınırlıdır⁶⁶⁴ ve barışçıl olmayan bilgi edinme davranışlarını içermez.⁶⁶⁵ Merten'e göre, eğer ifade özgürlüğü bir fiziksel şiddeti de içerebiliyor olsaydı, ifade özgürlüğünün sınırlama kaydının düzenlendiği Alman Anayasası Madde 5/2'de, kişisel şerefın yanı sıra, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü haklarının da yer alması gerekirdi.⁶⁶⁶ Aynı şekilde, bilim ve sanat için insanlara zor kullanma ve insanları öldürme davranışları, en başından itibaren Alman Anayasası Madde 5/3'ün kapsamında değildir.⁶⁶⁷ Alman Anayasası Madde 6/1 de yalnızca bir kadın ile bir erkeğin iradi birlikteliğini korur. Bu bakımdan, bir kişiyi herhangi bir şekilde fiziksel veya psikolojik olarak evliliğe zorlama evlenme hakkın kapsamında bulunmaz.⁶⁶⁸

Merten, Alman Anayasası Madde 9/2'de belirtilen ceza kanunlarına aykırı olan veya anayasal düzene veya uluslararası barış/anlaşma düşüncesine karşı olan amaçların ve faaliyetlerin aslında örgütlenme özgürlüğünün kapsamında olmadığını

⁶⁶⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 218. Aynı yönde bkz. Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", s. 39 vd.; Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", s. 495 vd.; Stefan Muckel, "Schutz von Religion und Weltanschauung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2011, s. 596.

⁶⁶¹ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 218-219.

⁶⁶² Krş. BVerfGE 25, 256 - Blinkfüer [1969]; BVerfGE 62, 230 - Boykottaufruf [1982].

⁶⁶³ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 218-219. Aynı yönde bkz. Bethge, "Art. 5", s. 287, 329; Matthias Jestaedt, "Meinungsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2011, s. 907-908.

⁶⁶⁴ BVerfGE 27, 71 (83) - Leipziger Volkszeitung [1969].

⁶⁶⁵ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 219-220.

⁶⁶⁶ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 220.

⁶⁶⁷ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 220. Aynı yönde bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 171; Rübner, "Grundrechtskonflikte", s. 460.

⁶⁶⁸ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 221.

belirtmiştir.⁶⁶⁹ Örgütlenme özgürlüğü için geçerli olan bu barışçılık kaydı, Alman Anayasası Madde 9/3'te düzenlenen sendika hakkı için de geçerlidir. Merten'e göre, Madde 9/2'de belirtilen içkin tehditler, sendika hakkına da aktarılır.⁶⁷⁰ Merten, örgütlenme özgürlüğü için geçerli olan sözgelimi ceza kanunlarına aykırılık yasağının, sendika hakkı için geçerli olmadığına savunulmasının saçma olduğunu belirtir. Sendika özgürlüğü, sendika üyelerinin amaçlarına ulaşmak için araçları seçmeye izin verse de⁶⁷¹, burada sendikalara sınırsız/keyfi bir hareket imkânı tanınmaz.⁶⁷²

Merten, dördüncü genel içkin tehdit olarak üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını belirler. Merten'e göre, kural olarak anayasal hakların kapsamı, mülkiyet hakkına dokunan bir davranış kapsamaz. Sözgelimi konut dokunulmazlığı, konut mukimlerini korurken, bir işgal hakkı tanımaz. Mülkiyet hakkı, üçüncü kişilerin girişine karşı maliki korurken, malike üçüncü kişilerin mülkiyetine girme hakkı vermez.⁶⁷³

Merten, kötüye kullanma yasağını⁶⁷⁴ da anayasal hakların beşinci genel tehdidi olarak belirler. Buna göre, bir anayasal hakkın öngörülmediği amaçtan farklı bir amaçla kullanımı⁶⁷⁵ ve bir anayasal hakkın amaçlanmadığı, fonksiyonuna aykırı bir şekilde kullanımı⁶⁷⁶, hakkın kötüye kullanımını teşkil eder.⁶⁷⁷ Sözgelimi, mülkiyet hakkı tarafından korunan bir mal devri, belirli vergi yükümlülüklerinden kaçınmak için yapıyorsa, bu devir hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder. Bir kişinin ceza infaz hukukunun özel koşullarından yararlanarak, "haksız yöntemlerle veya ahlaki açıdan kınanması gereken araçlarla" başka bir kişiyi bir inanca ikna etmesi, Alman Anayasası Madde 4/1'in korumasından yararlanamayacağı gibi⁶⁷⁸, din öğretimini sadece bir

⁶⁶⁹ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 222-223.

⁶⁷⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 223; Detlef Merten, "Vereinsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 1064-1065.

⁶⁷¹ BVerfGE 84, 212 (224) - Aussperrung [1991]; BVerfGE 18, 18 (29 vd.) - Hausgehilfenverband [1964].

⁶⁷² BVerfGE 50, 290 (368) - Mitbestimmung [1979]; BVerfGE 38, 386 (393) - Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern [1975]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 223.

⁶⁷³ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 224 vd.

⁶⁷⁴ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.4.**

⁶⁷⁵ Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 11.

⁶⁷⁶ Klaus Stern, "Die Grundrechtsverwirkung", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 955-956; Schmitt Glaeser, **Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf**, s. 133.

⁶⁷⁷ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 231.

⁶⁷⁸ BVerfGE 12, 1 (4-5) - Glaubensabwerbung [1960]; Kyrill-A. Schwarz, "Das Postulat

bahane olarak kullanan ve aslında sadece ekonomik çıkar gözetten bir örgütün din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkına başvurabileceği⁶⁷⁹ de ileri sürülemez.⁶⁸⁰ Nitekim bir sanat eserinin değil ve fakat anayasaya aykırı bir organizasyonun tanıtımı yapılıyor, bu eylem sanat özgürlüğü hakkının kapsamında yer alamaz.⁶⁸¹ Evlenme hakkının düzenlendiği Alman Anayasası Madde 6/1 de evliliği yalnızca tarafların talepleri ile oluşan bir kurum olarak görmez. Buna göre, evliliğin söz konusu olabilmesi için evlilik birliğinin gerçekleştirilmiş olması⁶⁸² ve tam bir aile birliğinin bulunması⁶⁸³ gerekir. Bu bağlamda, bir unvan için yapılan veyahut yabancıların oturma izni alması için yaptıkları görünüşte evlilikler, en başından itibaren Madde 6/1'in koruması içerisinde yer almaz.⁶⁸⁴

Merten'in kabul ettiği diğer bir genel tahdit, anayasal hakların zarar verme amacıyla (*Schikane*) kullanılmasıdır. Merten, burada, zarar verme amacıyla kullanımın, hakkın kötüye kullanılmasının özel bir türü olduğunu belirtir. Eğer bir anayasal hak yalnızca başkasına zarar verme amacıyla yapılıyorsa, burada zarar verme amacıyla kullanım söz konusudur.⁶⁸⁵ Eğer Noel'de gece saatlerinde yapılan bir toplanma, yalnızca polis memurlarının tatillerini aileleri ile birlikte geçirmelerini engellemeyi amaçlıyorsa, bu toplanma Alman Anayasası Madde 8 tarafından korunmaz.⁶⁸⁶

Merten'in anayasal haklar için genel olarak belirlediği yedinci ve son genel tahdit, mücadeleci demokrasi kaydıdır. Merten öncelikle anayasal hak metinlerinde belirlenen hükümleri (Alman Anayasası Madde 18; AİHS Madde 17; Türk Anayasası Madde 14) bu mücadeleci demokrasi kaydından ayırır. Bu hükümler, belirli anayasal

lückenlosen Grundrechtsschutzes und das System grundgesetzlicher Freiheitsgewährleistung", **JuristenZeitung**, 55. Jahrg., Nr. 3, 4. Februar 2000, pp. 126-131, s. 129.

⁶⁷⁹ BVerwG, **NJW**, 1992, pp. 2496-2500, s. 2498 - Förderung eines privaten Vereins zur Bekämpfung von "Jugendreligionen" oder "Jugendsekten" durch die Bundesregierung.

⁶⁸⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 232.

⁶⁸¹ BVerfGE 77, 240 (257) - Herrnburger Bericht [1987]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 233; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 385.

⁶⁸² BVerfGE 53, 224 (250) - Ehescheidung [1980]; Udo Steiner, "Schutz von Ehe und Familie", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1257.

⁶⁸³ BVerfGE 76, 1 (51) - Familiennachzug [1987].

⁶⁸⁴ BVerfG, 2 BvR 2042/02, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 05. Mai 2003, para. 4; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 233.

⁶⁸⁵ Ludwig Enneccerus - Hans Carl Nipperdey, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch**, Bd. I/2, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959, s. 1446 vd.

⁶⁸⁶ BVerfG, **NVwZ**, 2007, pp. 574-575, s. 575 - Verbot einer Demonstration an Heiligabend; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 237-238.

haklar için geçerlidir. Mücadeleci demokrasi kaydı ise özel hukukta⁶⁸⁷ ve kamu hukukunda⁶⁸⁸, bütün bir hukuk sistemi için geçerli olan bir kayıttır.⁶⁸⁹

Merten bu genel tahditlerin yanı sıra anayasal haklar özelinde de içkin tahditler belirlemiştir. Alman Anayasası'nda korunan evlilik hakkından, eşcinsel evliliği⁶⁹⁰, çok eşlilik⁶⁹¹, süreli evlilik ve kardeşler arası evlilik⁶⁹² dışlanmıştır.⁶⁹³ Merten özellikle anayasal hak norm metinlerinde belirtilmese de bazı anayasal hakların, içkin tahditleri olduğunu belirtir. Evlenme hakkının norm metninde belirtilmese de iradesi sakatlanmamış, dolayısıyla özgür olan bir kadın ve bir erkeğin evlenme hakkının korumasından yararlanabilmesi gibi⁶⁹⁴, yerleşme özgürlüğü de yalnızca "özgür" olanlar için geçerli bir haktır. Bu sebeple, kamu makamları tarafından tutulan kişilerin yerleşmeleri de mümkün olmadığından, kişi özgürlüğü de yerleşme özgürlüğü için bir ön şart olmaktadır.⁶⁹⁵ Merten, Alman Anayasası Madde 14'te düzenlenen mülkiyet hakkı bakımından ise ceza hukukundaki el koyma ve müsadere kurumlarının içkin tahditler olduğunu belirtmektedir. Bu kurumlar, halihazırda mülkiyet hakkı için bir ön şarttır ve Alman Anayasası tarafından tanınmıştır.⁶⁹⁶ Alman Anayasası Madde 17'de düzenlenen dilekçe hakkı, herkese tanınan bir hak olmakla beraber, anonim olarak kullanılabilen bir hak değildir. Dilekçede dilekçe yazan kişinin kimliğinin belirli olması lazım.⁶⁹⁷

⁶⁸⁷ Enneccerus - Nipperdey, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Bd. I/2, s. 1392 vd.

⁶⁸⁸ *BVerfG*, **BeckRS**, 1972, 30421760 - Antrag auf gerichtliche Entscheidung; *BVerfG*, **NVwZ**, 1990, pp. 453-455, s. 454 - Asylrechtlichkeit von Folter.

⁶⁸⁹ *BVerwG*, **BeckRS**, 1998, 30038101 - Milch-Garantiemengen; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 237-238.

⁶⁹⁰ *BVerfG*, **NJW**, 1993, pp. 3058-3059, s. 3058-3059 - Kein Recht auf Eheschließung für gleichgeschlechtliche Partner.

⁶⁹¹ Bkz. Türk Medeni Kanunu Madde 130 ve 145; Alman Medeni Kanunu Madde 1306.

⁶⁹² Bkz. Türk Medeni Kanunu Madde 129; Alman Medeni Kanunu Madde 1307. Ayrıca bkz. *Stübing v. Germany*, App. No. 43547/08, Judgment of 12 April 2012.

⁶⁹³ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 239.

⁶⁹⁴ Bkz. Türk Medeni Kanunu Madde 125, 133, 135, 142; Alman Medeni Kanunu Madde 1306.

⁶⁹⁵ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 239.

⁶⁹⁶ *BVerfG*, **NJW**, 1993, pp. 321-322, s. 322 - Einziehung von Elfenbein im selbständigen Verfahren; Hans-Jürgen Papier - Foroud Shirvani, "Art. 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 394-395; Hans Peter Ipsen, "Enteignung und Sozialisierung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 10, Berlin, Walter de Gruyter, 1952, s. 88; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 240.

⁶⁹⁷ Hans Hugo Klein - Kyrill-Alexander Schwarz, "Art. 17", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 39; Michael Brenner, "Artikel 17", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1728; Bauer, "Artikel 17", s. 1651; Hartmut Bauer, "Petitionsrecht", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F.

Dolayısıyla bu ön gereklilikler de dilekçe hakkının kapsamını tahdit eder.⁶⁹⁸ Merten seçme hakkı bakımından, FAYM'ın geleneksel sınırları kabul ettiğini⁶⁹⁹ kaydetmiştir. Burada öncelikle, mahkeme kararıyla kendilerine vasi atanan kişiler veyah psikiyatri kliniğine yatırılan kişiler, seçme hakkının bu tahdidi içerisindedir.⁷⁰⁰ Demokratik toplum için elzem olan devlet iktidarının halk tarafından yapılan seçimler yoluyla meşrulaştırılması, oy kullanma hakkına sahip olanların bilinçli ve sorumlu kararlar vermesini gerektirir. Bu sebeple, seçme hakkı rüşt yaşına bağlı tutulabilir.⁷⁰¹ Bu bağlamda, devleti tehlikeye sokan fiiller dolayısıyla, en az 6 ay hapis cezası alan bir kişinin 2 yıl ila 5 yıl arasında oy kullanmaktan men edilmesi anayasaya uygun bulunmaktadır.⁷⁰² Seçme hakkının içkin tahditlerinden bir diğeri ise kişinin ikamet ettiği yerde oy verebilmesidir.⁷⁰³

Merten içkin tahditlerin yanı sıra bir de içkin sınır olarak da doğrudan anayasal sınırlamanın (*verfassungsunmittelbare Schranken*) yer aldığını söyler. Doğrudan anayasal sınırlar, anayasal hakların kapsamını tahdit etmez ve fakat anayasal hakların kapsamına giren menfaatleri sınırlar. Doğrudan anayasal sınırlar, anayasanın bütününden elde edilir.⁷⁰⁴ Doğrudan anayasal sınırlardan birisi anayasal yükümlülüklerdir (*Grundpflichten*). Anayasal yükümlülükler, bireyi toplumun çıkarları doğrultusunda hareket etmeye ve bu bakımdan haklarına getirilen sınırlara katlanmayı zorunlu kılar.⁷⁰⁵

Müller, 2013, s. 429-430

⁶⁹⁸ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 241.

⁶⁹⁹ BVerfGE 36, 139 (141-142) - Wahlrecht Auslandsdeutscher [1973]; BVerfG, NJW, 1982, pp. 817-818, s. 817 - Kein Wahlrecht für Bedienstete der Europäischen Gemeinschaften.

⁷⁰⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 241.

⁷⁰¹ BVerfGE 36, 139 (141) - Wahlrecht Auslandsdeutscher [1973]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 241.

⁷⁰² BVerfGE 36, 139 (141-142) - Wahlrecht Auslandsdeutscher [1973]; Hans Hugo Klein - Kyriell-Alexander Schwarz, "Art. 38", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. IV, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 39; Johannes Dietlein, "Die Teilhabe an der staatlichen Willensbildung", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011, s. 187-188; Winfried Kluth, "Art. 38", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018, s. 1301; Sigfried Magiera, "Art. 38", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 1179-1180.

⁷⁰³ BVerfGE 36, 139 (142) - Wahlrecht Auslandsdeutscher [1973]; BVerfG, NJW, 1982, pp. 817-818, s. 817 - Kein Wahlrecht für Bedienstete der Europäischen Gemeinschaften; BVerfG, NJW, 1991, pp. 689-690, s. 690 - Ausschuß vom Wahlrecht; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 242.

⁷⁰⁴ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 244-245.

⁷⁰⁵ Albrecht Randelzhofer, "Grundrechte und Grundpflichten", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 620; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare

Alman Anayasası Madde 6/2’de düzenlenen çocukların bakım ve yetiştirilmesinin sadece ebeveynlerin doğal hakkı değil, aynı zamanda, onların birincil yükümlülüğü olduğu dikkate alındığında⁷⁰⁶, bu yükümlülük ebeveynlerin çocuklarını büyütme haklarını doğrudan sınırlar.⁷⁰⁷ Merten bunun yanı sıra, iktidar/idare ile yakın ilişki içinde bulunan memurlar ve kamu görevlilerinin, kamu görevleri/hizmetleri bakımından anayasal haklarının belirli şekilde sınırlı olacağını belirtir.⁷⁰⁸ Nihayetinde, Merten, çatışan anayasal hakların ve diğer anayasal değerlerin de diğer anayasal haklarla birlikte sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırabileceğini, bazı şerhlerle birlikte kabul eder.⁷⁰⁹

2.1.2.2.16. Isensee’nin Eklektik İçkin Sınırlama Teorisi

Isensee, tarihsel olarak anayasal hakların içkin sınırı/tahdidi bakımından ilk önce barışçıl kullanım kaydını veyahut şiddet yasağını benimsemiştir. Bununla birlikte, sonraları, içkin sınırlama teorisini eklektik bir şekilde geliştirmiştir. Isensee’nin benimsediği ilk içkin sınırlama kategorisi, insanların önemsiz davranışlarıdır. Buna göre, akla gelebilecek her türlü insan davranışını anayasal hakların koruması altına almak, anayasal hakların tarihsel ve işlevsel anlamına uygun değildir. Bu bağlamda, parkta kuş beslemek⁷¹⁰, ormanda at sürmek⁷¹¹ ve haşhaş tüketmek⁷¹² bir anayasal hakkın konusu olamaz. Isensee bu içkin sınırlama kategorisi ile anayasal hakların sıradanlaşmasının ve önemsizleşmesinin önleneyeceğini ileri sürer.⁷¹³

Isensee’nin benimsediği ikinci içkin sınırlama kategorisi, yasal ve sosyal olarak kınanabilir davranışlardır. Buna göre, belirli tip davranışlar, sosyal ve etik olarak kabul görmediği için anayasal hakların kapsamından dışlanır. Geleneksel olarak suç sayılan ve açıkça sosyal olarak zararlı olan öldürme, hırsızlık ve yağma gibi davranışları anayasal hakların korumaması gerekir. Burada, temel gerekçelerden birisini, bu tip

Schranken”, s. 247.

⁷⁰⁶ BVerfGE 121, 69 (92 vd.) - Elterliche Erziehungspflicht [2008]; BVerfGE 107, 104 (117) - Anwesenheit im JGG-Verfahren [2003]; BVerfGE 103, 89 (107) - Unterhaltsverzichtsvertrag [2001].

⁷⁰⁷ Detlef Merten, “Negative Grundrechte”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 755-756, 860; Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 247.

⁷⁰⁸ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 250.

⁷⁰⁹ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 253-254.

⁷¹⁰ Bkz. BVerfGE 54, 143 - Taubenfütterungsverbot [1980].

⁷¹¹ Bkz. BVerfGE 80, 137 - Reiten im Walde [1989].

⁷¹² Bkz. BVerfGE 90, 145 - Cannabis [1994].

⁷¹³ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 456.

davranışların herhangi bir şekilde diğer bir hukuki menfaatle dengelemeye sokulmaması gerekliliği oluşturmaktadır.⁷¹⁴ Böylece geniş yorum yaklaşımının hukuk bilincinde yol açtığı uyumsuzlıklardan/rahatsızlıklardan kaçınılmış olur.⁷¹⁵

Isensee'nin belirlediği üçüncü kategori anayasal hak anlayışına ilişkindir. Ona göre, anayasal haklar, devlete karşı güvence altına alınmış olan kendi özünü/kaderini belirleme hakkıdır. Ancak kendi özünü/kaderini belirleme hakkı, başkalarının kişiliği, davranışları ve mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunma hakkı vermediği gibi, bir bütün olarak devlet üzerinde bir güç de vermez. Kendi özünü/kaderini belirleme hakkının doğasında var olan bu içkin sınır, bütün anayasal haklar için geçerlidir.⁷¹⁶ Isensee burada öncelikle *Zürich Spreycisi* kararını⁷¹⁷ örnek olarak gösterir ve sanat özgürlüğünün, başkalarının mülkü üzerinde tasarruf etme hakkı vermediğini ifade eder.⁷¹⁸ Pozitif din özgürlüğü, insan kurban etme ritüelini içeremez; negatif din özgürlüğü başkalarının ibadet etmesini engelleyemez.⁷¹⁹

Isensee'nin benimsediği dördüncü içkin sınırlama kategorisi, zarar vermeme gerekliliğidir (*Gebot des neminem laedere*). Korunması gereken bir anayasal hakka bir saldırı gerçekleştiğinde, mağdurun pozitif statü hakkı ile saldırganın negatif statü hakkı çatışıyor, burada çatışan anayasal hakların kapsamı kesin olarak belirlenmelidir. Özellikle başkalarına zarar veren kişinin menfaatinin dengelemeye girerek anayasal hakların korumasından yararlanılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Isensee'ye göre, *neminem laedere* gerekliliğini anayasal hakların *a priori* bir sınırı olarak kabul etmek yerindedir.⁷²⁰ Bu sebeple, gerekçelendirilmeye ihtiyaç duymaz.⁷²¹ Şiddet yasağından daha geniş bir uygulama alanı bulunan *neminem laedere* gerekliliği, şiddet içermeyen hak kullanımlarına da atıfta bulunur.⁷²² Bununla birlikte, Isensee, *neminem laedere* ilkesinin her anayasal hak çatışmasına anayasal hakların

⁷¹⁴ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 457. Benzer yönde bkz. Starck, "Artikel 1", s. 159-160; Volkmann, "Freiheit und Gemeinschaft", s. 384; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 216 vd.

⁷¹⁵ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 457-458; Starck, "Artikel 1", s. 160.

⁷¹⁶ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 458.

⁷¹⁷ BVerfG, *NJW*, 1984, pp. 1293-1295, s. 1293 vd - Auslieferung des "Sprayers von Zürich" an die Schweiz. Ayrıca bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.1.** ve genel olarak bkz. **Bölüm 1.3.1.1.1.**

⁷¹⁸ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 459.

⁷¹⁹ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 459.

⁷²⁰ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 460, 523.

⁷²¹ Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 523.

⁷²² Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 523.

kapsamında bir çözüm sunamayacağını kabul eder. Özellikle anayasa altı mevzuatta belirlenecek bu kapsam çözümü, her somut olayda kimin “haklı”, kimin “haksız” olduğunu belirleyemez. Sözgelimi ifade özgürlüğü ile özel yaşamın korunması/kişilik hakkı arasındaki çatışma dengeleme yapılarak çözümlenmelidir.⁷²³

Isensee son olarak, anayasal hakların içkin sınırı olarak devletin şiddet tekelinden kaynaklanan şiddet yaşağını veya barışçılık kaydını belirlemiştir.⁷²⁴ Bu hususa daha evvelden değinildiğinden⁷²⁵, burada bir tekrar yapılmayacaktır.

2.1.3.Ara Sonuç

Şekli içkin sınırlandırma teorileri bakımından diğer anayasal hakların sınırlama kayıtlarından devşirilen sınırlamalar, özellikle her bir sınırlama klozunun anayasal haklara özgülenmesiyle ve dolayısıyla anayasa koyucunun iradesi ile çelişmektedir.⁷²⁶ Bu sebeple, bu şekli teorilerin içkin sınırlama olarak savunulabilmesi mümkün değildir. Maddi içkin sınırlama teorilerinin ise bir yandan anayasal hakların kapsamını oldukça *tahdit etme*⁷²⁷, diğer yandan ise hukuk güvenliğini tehlikeye atma⁷²⁸ riski olduğu ifade edilir. Bununla beraber, maddi içkin sınırlama teorilerinin anayasal hakların *sınırlandırılmasında* yeterli gerekçe sağladığı ve fakat anayasal hakların “nasıl” sınırlandırılması gerektiğine cevap vermediği ifade edilir.⁷²⁹ Gerçekten de bu tezde incelenen anayasal jurisprudanslarda içkin sınırlamalar/tahditler yokmuş gibi davranmak gerçekçi değildir. Bu tahditler açık bir şekilde ortaya konmadığı için ve konmadığı takdirde; tahdit teşkil eden bir davranış hakkın kapsamında kabul edildiğinde, anayasal sistemlerin bu hak taleplerini elemek için açık ve rasyonel olmayan usuller icat etmektedir. Başvuruların ve şikâyetlerin şekli olarak usulen kabul edilmediği ve fakat yine de esasına girildiği açıkça dayanaktan yoksunluk kararları gibi kararlar bu usullerden bir tanesidir. Bunların yanı sıra, geniş yorum yaklaşımında olduğu gibi içkin

⁷²³ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 460.

⁷²⁴ Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, s. 460 vd.

⁷²⁵ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.6.**

⁷²⁶ Bkz. **Bölüm 2.1.2.1.1.3.** Ayrıca bkz. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 136-137.

⁷²⁷ Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 284-285; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 205; Müller, **Die Positivität der Grundrechte**, s. 93; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 138.

⁷²⁸ Kloepper, “Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dargestellt am Beispiel der Menschenwürde”, s. 407; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 138.

⁷²⁹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 138; Guckelberger, “Verfassungsimmanente Schranken”, Rn. 44.

sınırlamalar/taahditler kabul edilmediğinde mahkemeler, düşük değerli hak talepleri ile ölçölülük ilkesinin koruyucu niteliğini ve anayasal hakları görelileştirecektir. Mahkemelerin içkin sınırlama kategorilerine yaklaşımlarına göz kapamak yerine, bu yaklaşımları kristalleştirmek, gün yüzüne çıkarmak ve rasyonelleştirmek gerekir. Kanaatimizce, maddi içkin sınırlama teorileri anayasal hakların gerek tahdit edilmesinde gerekse de sınırlandırılmasında yeterli gerekçe sağlama niteliğini haizdir. Zira anayasal haklar bakımından anayasa koyucunun benimsediği ve verdiği temel kararlar, anayasal hakların yalnızca sınırlandırılmasına değil aynı zamanda tahdit edilmesine gerekçe sunabilir. Nitekim maddi içkin sınırlama teorileri anayasal hakların nasıl tahdit edileceğine veya sınırlandırılacağına açık bir cevap vermese de, içkin sınırlamanın meşruiyetini sağlayan argümanlar, anayasal hakların nasıl tahdit edilebileceğine ve sınırlandırılabilirliğine yönelik iz ve işaretleri de taşır.

2.2. İÇKİN SINIRLAMANIN MEŞRUIYETİ

Anayasal haklara içkin sınırlar/taahditler getirmeyi tercih eden dahili teorilerin, anayasal hakların sınırlandırılmasında/taahdidinde gereksiz bir şekilde şeffaflık açıkları yarattığı ileri sürülür.⁷³⁰ Bu savın yetersizliği hususu büyük ölçüde hakkın kapsamı bölümünde⁷³¹ ele alınmıştır. Anayasal hakların tahdidini reddeden görüşler, görünüş itibarıyla özgürlüğün yanında gözükürken, aslında hesaplanabilir ve öngörülebilir olmayan geniş sınırlamaları anayasal hak öznesine yükler. İçkin tahditlerin kabul edilmemesi, görünüşte anayasal hak çatışmalarının üretilmesine sebep olarak ölçölülük incelemesini daha zor durumlara sokmaktadır.⁷³² Nitekim anayasal hakların içkin sınırlarını yalnızca anayasal hak norm metinlerinde aramak aynı zamanda pozitivist bir yanılgıya da işaret eder. Bu bağlamda, içtihatlarda da uygulanan tahditlerin rasyonelleştirilmesi ve metodolojik hale getirilerek uygulanması gerekir. Bu bakımdan, geniş yorum taraftarlarının içkin sınırlama doktrini ile otoriter hukuk sistemi arasında rasyonel bir bağlantı kurma çabası⁷³³ pek de makul bir argüman/diskur değildir.

Anayasal hakların içkin olarak sınırlandırılması, dışarıdan ve açık bir sınırlandırma olmadığı için meşrulaştırmaya ihtiyaç duyar. Burada, içkin sınırlamayı meşrulaştıran gerekçelerden önce içkin sınırlamayı mümkün kılan norm ve norm metni

⁷³⁰ von Arnould, "Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit", s. 286; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 46; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 337.

⁷³¹ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.**

⁷³² Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 209.

⁷³³ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa, Ekin, 2017, s. 214; Yılmaz Coşkun, **Anayasal Hakların Çatışması**, s. 337.

ayrımını yapmak gerekir (2.2.1.). İçkin sınırlamanın normatif olarak mümkün olması ile içkin sınırlamayı meşrulaştıran gerekçeler incelenebilir. Bu bağlamda, insan imgesi öğretisi (2.2.2.), anayasanın ve anayasal hakların ön koşulları (2.2.3.), anayasanın bütünlüğü (2.2.4.) ve değerler düzeni (2.2.5.) anayasal hakların içkin sınırlandırılmasında bu tez kapsamında benimsenen gerekçelerdir. Burada ayrıca eşyanın doğası (2.2.6.) argümanının anayasal hakların içkin olarak sınırlandırılmasını meşrulaştırıp meşrulaştıramayacağı irdelenecektir. Bu gerekçeler, yalnızca içkin sınırlamanın meşruiyetini sağlamaz. Bu gerekçeler, aynı zamanda anayasal hakların ve sınırlamaların nasıl yorumlanacağına da ışık tutar. Bu sebeple, bu argümanlar, anayasal hak dogmatliğini de şekillendirir.

2.2.1. Normun Norm Metninden Ayrılması

Anayasa hukukunda, içkin sınırlama, bir anayasal hakkın formel hukuk anlayışı içerisinde tahdit edilebilirliğinin/sınırlanabilirliğinin açıkça veya hiç belirli olmadığı durumlarda ortaya çıkar. Pozitivist hukuk anlayışı çerçevesinde, tahdit edilebilirliği/sınırlanabilirliği belirli olmayan anayasal hakların tahdit edilmesi veya sınırlandırılması, bir gerekçelendirmeyi ve meşrulaştırmayı gerektirir. Bu bağlamda, öncelikle bu tahdide veya sınırlamaya imkân veren norm metni ile norm ayrımını gerçekleştirmek gerekir. Norm metni, bir normun yazılı olarak ifadesini gösteren dilbilimsel boyutudur. Norm ise norm metnine uygulanan yorum yöntemleri ve ilkeleri ile elde edilen anlamı ifade eder.⁷³⁴ Bir norm metni, idarenin veya mahkemelerin verdikleri anlam ile hukuk

⁷³⁴ Krş. Karl Bergbohm, **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen**, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, s. 382; Hans Kelsen, **Allgemeine Theorie der Normen**, Wien, Manzschke, 1979, s. 24-28; Hans Kelsen, **General Theory of Norms**, Trans. by Michael Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991, s. 31-36; Hans Kelsen, **Introduction to the Problems of Legal Theory**, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 8-12; Hans Kelsen, **Reine Rechtslehre**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, s. 22 vd.; Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, 5. Edition, Trans. by Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2008, s. 2-10; Friedrich Müller - Ralph Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, 10. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, s. 232 vd.; Marcelo Neves, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 10 vd.; Alexy, **Theorie der Grundrechte**, s. 42 vd.; Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 21 vd.; Alf Ross, **Directives and Norms**, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, s. 34 vd.; Georg Henrik von Wright, **Norm and Action**, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, s. 93 vd.; Ota Weinberger, "Freedom, Range for Action, and the Ontology of Norms", **Synthese**, Vol. 65, No. 2, Action Theory (Nov., 1985), pp. 307-324, s. 310 vd.; Bernd Rüthers - Christian Fischer - Axel Birk, **Hukuk Teorisi**, Çev. İlyas Doğan - Rukiye Aldudak - Huri Eyman Aydın, Ankara, Astana Yayınları, 2020, s. 85; Humberto Ávila, **Theory of Legal Principles**, Dordrecht, Springer, 2007, s. 5; Friedrich Müller, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, Çev. Bertil Emrah Oder - Korkut Kanadoğlu - Osman Can - Fazıl Sağlam, İstanbul, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 18; Jan-R. Sieckmann, "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", **On the Nature of Legal Principles**, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart,

sistemi içerisine dahil edilir. Nitekim günümüzde modern devlette kamu hukukunun dönüşümü ile idare, yasaların öncül/temel yorumlayıcısı haline gelmiştir. İdarenin gerçekleştirdiği yorumlama faaliyetlerinin çoğu aslında yargı tarafından da denetlenmektedir.⁷³⁵ Anayasal hak norm metinleri söz konusu olduğunda, burada yasama organının yorumu da söz konusu olur. Yasama organı da bir anayasal hak ile ilgili olarak bir yasa çıkardığında söz konusu anayasal hakkı yorumlar ve somutlaştırır. Devletin organlarının bu şekilde iç içe geçen yorumlama ve somutlaştırma faaliyetleriyle norm da açığa çıkar.

Norm ile norm metninin birbirinden ayrılması ile birlikte sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlanabilir veya tahdit edilebilir olduğu anlaşılır. Zira yalnızca norm metni itibarıyla sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar sınırsız olarak ortaya çıkar. İlgili norm metninin yorumlanmasıyla, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliği kabul edilebilir. Bu husus, bu tez kapsamında kabul edilecek diğer içkin sınırlama türleri için de geçerlidir. Anayasal hak norm metinlerinde ve anayasal hak normlarını tamamlayan sınırlama norm metinlerinde ortaya çıkmayan sınırlamalar ve tahditler, norm ile norm metninin ayrılması ile mümkün hale gelir. Norm ile norm metninin birbirinden ayrılması bu bağlamda içkin sınırlama için bir imkân sunar. Ancak bir anayasal hakka içkin sınırlamanın uygulanabilmesi, bu sınırlamayı ortaya koyan ve meşrulaştıran gerekçelere ihtiyaç duyar.

2.2.2. İnsan İmgesi Öğretisi

İçkin sınırlamayı meşrulaştıran gerekçelerin ilki, özellikle değer yüklü anayasaların ön kabulünde benimsenen insandır, diğer bir deyişle insan imgesidir/portresidir/modelidir (*Menschenbild*). Toplumsal her yapı ve düzen, antropolojik olarak benimsenen belirli bir insan tipine göre temellenir ve şekillenir.⁷³⁶ İnsan imgesi öğretisi

Franz Steiner Verlag, 2010, s. 52; Aharon Barak, **Purposive Interpretation in Law**, Princeton, Princeton University Press, 2005, s. 11-12; Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, 6.Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 82-83; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2020, s. s. 262; Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 64, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006, pp. 131-166, s. 136; Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998, s. 28 vd.

⁷³⁵ Edward L. Rubin, **Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State**, Princeton, Princeton University Press, 2005, s. 64; Martin Loughlin, **Foundations of Public Law**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 456; Martin Loughlin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, Ankara, Dipnot Yayınları, 2015, s. 379.

⁷³⁶ Andreas Anter, "Ordnungsdenken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Wertordnung, Ordnungsmacht und Menschenbild des Grundgesetzes", **Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System**, Ed. by Robert Chr. van Ooyen - Martin H. W. Möllers, 2. Auflage, Wiesbaden, Springer, 2015, s. 479.

bakımından öncelikle, FAYM'ın formülü incelenecektir (2.2.2.1.). Sonrasında ise bu öğretinin kaynağı (2.2.2.2.) ve anlamı (2.2.2.3.) açıklanacaktır.

2.2.2.1. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin İnsan İmgesi Formülü

FAYM, Alman anayasal düzeni çerçevesinde benimsenen bu insan tipini, insan imgesi olarak ifade etmiştir.⁷³⁷ Mahkeme'ye göre, Alman Anayasası'nın insan imgesi, izole ve egemen olan bir bireyi ifade etmez. Alman Anayasası'nda, birey ile toplum arasındaki gerilim ve çatışmada, bireylerin içkin değerlerine dokunmadan, topluma bağlı ve toplumsal olan bir birey anlayışına karar verilmiştir. Böyle bir insan imgesi, Alman Anayasası Madde 1 (insan onuru), 2 (genel fiil özgürlüğü, genel kişi özgürlüğü, yaşam hakkı), 12 (meslek özgürlüğü), 14 (mülkiyet), 15 (millileştirme), 19 (yasayla sınırlama, öze dokunma yasağı, hukuk yolu güvencesi) ve 20 (temel ilkeler)'den elde edilmiştir. Topluma bağlı ve toplumsal olan bir birey, kendi özerkliğinin korunması şartıyla, belirli koşullar altında ve genel olarak makul sınırlar içerisinde, yasama organının toplumsal olarak bir arada yaşamayı sağlamak ve sürdürmek için özgürlüğe koyduğu sınırlara/tahditlere katlanmalıdır.⁷³⁸ Böylece insanlar/bireyler, sosyal toplulukta, kendilerini belirleme ve bireysel sorumluluk ilkeleri çerçevesinde özgürce gelişebilen özerk kişilikler olarak anlaşılacaktır.⁷³⁹

⁷³⁷ BVerfGE 4, 7 (15-16) - Investitionshilfe [1954]; BVerfGE 12, 45 (51) - Kriegsdienstverweigerung I [1960]; BVerfGE 24, 119 (144) - Adoption I [1968]; BVerfGE 27, 1 (6) - Mikrozensus [1969]; BVerfGE 28, 175 (189) - Porst-Fall [1970]; BVerfGE 30, 1 (20) - Abhörurteil [1970]; BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; BVerfGE 32, 98 (107-108) - Gesundheitsbeter [1971]; BVerfGE 33, 1 (10-11) - Strafgefangene [1972]; BVerfGE 35, 202 (225) - Lebach [1973]; BVerfGE 41, 29 (50) - Simultanschule [1975]; BVerfGE 50, 166 (175) - Ausweisung I [1979]; BVerfGE 50, 290 (353) - Mitbestimmung [1979]; BVerfG, NJW, 1981, pp. 1201-1204, s. 1202 - Elterliches Sorgerecht bei nichtehelichen Kindern; BVerfGE 83, 130 (143) - Josefine Mutzenbacher [1990]; BVerfGE 107, 104 (117) - Anwesenheit im JGG-Verfahren [2003]; BVerfGE 108, 282 (300) - Kopftuch [2003]; BVerfGE 109, 133 (151) - Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]; BVerfG, 1 BvR 1620/04, Urteil des Ersten Senats vom 01. April 2008, para. 71; BVerfG, 1 BvR 142/09, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Mai 2009, para. 19; BVerfGE 128, 326 (376) - EGMR Sicherungsverwahrung [2011]; BVerfGE 138, 296 (339) - Kopftuch II [2015]; BVerfG, 1 BvR 354/11, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016, para. 67; BVerfG, 2 BvR 1333/17, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020, para. 47; BVerfGE 153, 1 (37) - Kopftuch III [2020]; BVerfGE 153, 182, para. 274 [2020]; BVerfG, 1 BvR 1395/19, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. Dezember 2020, para. 39.

⁷³⁸ BVerfGE 4, 7 (15-16) - Investitionshilfe [1954]; BVerfGE 30, 1 (20) - Abhörurteil [1970].

⁷³⁹ BVerfGE 7, 198 (205) - Lüth [1958]; BVerfGE 24, 119 (144) - Adoption I [1968]; BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; BVerfGE 32, 98 (107-108) - Gesundheitsbeter [1971]; BVerfGE 35, 202 (225) - Lebach [1973]; BVerfGE 41, 29 (50) - Simultanschule [1975]; BVerfGE 107, 104 (117) - Anwesenheit im JGG-Verfahren [2003]; BVerfGE 108, 282 (300) - Kopftuch [2003]; BVerfG, 1 BvR 1620/04, Urteil des Ersten Senats vom 01. April 2008, para. 71; BVerfG, 1 BvR

2.2.2.2. İnsan İmgesinin Kaynağı: Josef M. Wintrich

FAYM'ın insan imgesi öğretisi, 1954-1958 yılları arasında Mahkeme'ye başkanlık yapan Josef Wintrich'e aittir.⁷⁴⁰ Wintrich, 1952 yılında ise bu formülü şu şekilde dile getirmiştir: “Bireyin özgürlüğü ‘kural olarak sınırsız’ değildir, çünkü insan ‘izole’ bir varlık değil bir kişidir ve bu haliyle zorunlu olarak toplumsal bir varlıktır ve dolayısıyla topluluğa bağlıdır. Toplum, iş birliği ile ortak iyiyi gerçekleştiren özgür ve bağımsız kişilerden oluştuğu için insan toplum ve hukuk düzeni içerisinde her zaman ‘kendinde bir amaç’ (Kant) olarak kalmalıdır, asla bir topluluğun salt nesnesine, bir araca/alete veya usulün yasa dışı bir nesnesine indirgenmemelidir. Burada, devletin bireyin özerkliğine yönelik tüm müdahalelerine karşı mutlak, değişmez bir sınır çizilmiştir.”⁷⁴¹ Wintrich'in bu ifadelerinde iki unsur ortaya çıkar: i) insan onuru/kışı olma durumu ve ii) insanın toplum ile bağılılığı/kışılık.⁷⁴² Wintrich'e göre, insanlar, temelde nesnel değerlere yönelmiş bulunmaktadır.⁷⁴³ Ancak bireylerin nesnel değerlere yönelmesi, onların nesnel değerlere karşı nasıl davranacağına dair bir belirlenmişliği ifade etmez. İnsan davranışı, kendisi tarafından tanınan iç yasasını, ahlaki zorunluluk yasasını takip etmek isteyip istemediği ölçüde içsel özgürlük ile nitelenir.⁷⁴⁴ İnsanın bu niteliği, kendinin farkında olma, kendi kaderini/özünü belirleme kapasitesi ve ahlaki özerkliği, onu diğer tüm canlılardan ayırır. Wintrich, bu ayırt edici nitelikleri “kışı olma durumu” (*Personsein*) olarak tanımlar. Wintrich, her insanın benzersizliğini ve bireyin

142/09, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Mai 2009, para. 19; *BVerfGE* 128, 326 (376) - EGMR Sicherungsverwahrung [2011]; *BVerfGE* 138, 296 (339) - Kopftuch II [2015]; *BVerfG*, 1 BvR 354/11, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016, para. 67; *BVerfG*, 2 BvR 1333/17, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020, para. 47; *BVerfGE* 153, 1 (37) - Kopftuch III [2020]; *BVerfGE* 153, 182, para. 274 [2020]; *BVerfG*, 1 BvR 1395/19, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. Dezember 2020, para. 39.

⁷⁴⁰ Klaus Stern, “Die Menschenwürde als Fundament der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, München, C. H. Beck, 1988, s. 32; Ulrich Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, s. 47.

⁷⁴¹ Josef M. Wintrich, “Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung”, **Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit: Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages**, Ed. by Adolf Süsterhenn, München, Isar, 1952, s. 235-236.

⁷⁴² Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 49-50.

⁷⁴³ Wintrich, “Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung”, s. 231-232.

⁷⁴⁴ Josef M. Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, Köln, Springer, 1957, s. 6; Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 50.

saygınlığının nedenini kişilikte görür.⁷⁴⁵

Wintrich buna insanın toplumsallığını ilave eder. Ona göre insan imgesi, insan doğasının toplumsal yapısı ve insanın başkalarıyla iletişimi ve toplumsallığı varoluşsal bir anlamda kabul edildiğinde bir bütün haline gelir.⁷⁴⁶ Wintrich bu unsuru da “kişilik” (*Persönlichkeit*) kavramı ile karşılar.⁷⁴⁷ Kişi olma durumu, bir kişinin doğal ve değişmeyen temelini ifade ederken, kişilik kişinin bu kapasitelerini diğer insanlarla etkileşim içinde gelişmesi anlamına gelir. Bu anlamda, kişilik, insan imgesinin dinamik unsurunu temsil eder. Kişilik, bireyin kişiliğinin diğer insanlarla toplumsal yaşamdaki etkisidir.⁷⁴⁸ Wintrich’in bu yorumu, insanın zorunlu olarak doğası gereği sosyal bir hayvan olduğu varsayımına dayanmaktadır. İnsanın varlığı esasen birlikte var olmayı gerektirir. İnsan olmak, aslında insanın hemcinsi olmak demektir.⁷⁴⁹ Bu sebeple, toplum, bireysel insanın varlığına içkindir. Wintrich’e göre, insan izole edilmiş, kendi kendine yeten, egemen bir birey olarak var olamaz.⁷⁵⁰ İnsan ancak bir toplum içinde bir kişi olarak yaşayabilir ve yeteneklerini geliştirebilir.⁷⁵¹ Wintrich’in öğretisinde, birey ve topluluk arasındaki ilişki, Wintrich’in içsel bir değer atfettiği iki kutup arasındaki bir gerilim olarak görünür.⁷⁵² Bu kutuplardan birinin diğerine önceliği ve üstünlüğü tanınmaz.⁷⁵³

Wintrich’in bu insan imgesi öğretisinin altı kaynağı bulunmaktadır.⁷⁵⁴ Bunlardan ilki Bavyera Anayasa Mahkemesi üyesiiken verilen bir karardır. Wintrich, 1952 yılında formüle etmeden önce, 1947-1953 tarihleri arasında görev aldığı Bavyera Anayasa Mahkemesi’nin 1948 tarihli bir kararında insan imgesi öğretisinin nüveleri

⁷⁴⁵ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 50.

⁷⁴⁶ Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, s. 6-7.

⁷⁴⁷ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 50.

⁷⁴⁸ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 51.

⁷⁴⁹ Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, s. 6. Wintrich, Heidegger’den yola çıkarak bu düşünceye erişir. Bkz. Martin Heidegger, **Sein und Zeit**, 11. Auflage, Tübingen, Max Niemeyer, 1967, s. 117 vd.

⁷⁵⁰ Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, s. 6.

⁷⁵¹ Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, s. 7.

⁷⁵² Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, s. 7; Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 51.

⁷⁵³ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 51.

⁷⁵⁴ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 53 vd.

kendisini göstermiştir.⁷⁵⁵ Bavyera Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, kişi olarak insan, en yüksek manevi ve ahlaki değerlerin taşıyıcısıdır ve özellikle de toplumun ve devletin tüm yasal ve siyasi müdahalelerine karşı, kaybolmayan, bağımsız ve dokunulmaz bir ahlaki içsel değer taşır. İnsan kişiliğinin onuru, insanların kendi iyilikleri için sahip oldukları bu içsel ve aynı zamanda toplumsal değer ve saygı iddiasıdır. Bireyin bu dokunulmaz değerine müdahalenin kabul edilebilmesi için bireyin kişiliğinin dikkate alınmadan, kişiye basit bir müdahaleyi aşan ve insan onurunu etkileyen kişilik değerine zarar veren bir müdahalenin söz konusu olması gerekir.⁷⁵⁶

Wintrich'in insan imgesinin ikinci kaynağını Kant'ın insanın kendinde bir amaç olduğu düşüncesi oluşturmaktadır.⁷⁵⁷ Kant'a göre, insanlar ve her rasyonel varlık, herhangi bir irade için salt bir kullanım aracı değil, genel olarak kendi başına bir amaç olmalıdır. İnsan, hem kendisine hem de rasyonel diğer varlıklara yönelik tüm eylemlerinde her zaman ve aynı anda bir amaç olarak görülmelidir.⁷⁵⁸

Wintrich'in insan imgesini etkileyen üçüncü husus Bavyera Anayasası Madde 117'dir.⁷⁵⁹ Bu madde şu hükmü içermektedir:

“Herkes için özgürlüğün kesintisiz olarak kullanılması, herkesin halka, anayasaya, devlete ve yasalara karşı sorumluluklarını yerine getirmesine bağlıdır. Herkes, anayasaya ve yasalara saygı göstermek ve itaat etmekle, kamu işleriyle ilgilenmekle, bedensel ve zihinsel yeteneklerini kamu yararı için gerektiği şekilde kullanmakla yükümlüdür.”

Wintrich'in insan imgesi, burada özellikle Bavyera Anayasası Madde 117'nin ikinci cümlesine karşılık gelmektedir. Wintrich'in formülündeki bireyin topluma olan bağlılığı, bu ikinci cümlede ifade edilen genel bir vatandaşlık yükümlülüğünün geliştirilmesini ifade etmektedir.⁷⁶⁰

⁷⁵⁵ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 53-54.

⁷⁵⁶ BayVerfGH, **VerwRspr**, 1949, pp. 1-4, s. 3. Bavyera Anayasa Mahkemesi, daha sonraki başka kararlarında bu ifadeleri tekrarlamıştır. Bkz. BayVerfGH, **BeckRS**, 1979, 1950 - Badeverbot und Untersagung des Befahrens der Osterseen; BayVerfGH, **NJOZ**, 2009, pp. 2540-2549, s. 2542 - Strafvollzugsgesetz.

⁷⁵⁷ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 58-59.

⁷⁵⁸ Immanuel Kant, “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”, **Kant's gesammelte Schriften**, Bd. IV, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1911, s. 428.

⁷⁵⁹ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 60-61.

⁷⁶⁰ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 60-61.

Wintrich'in insan imgesi, dördüncü olarak Dietrich Schindler'in birey ile toplum arasında kurduğu diyalektik ilişkiye dayanmaktadır.⁷⁶¹ Schindler'e göre, birey ve toplum karşılıklı olarak birbirlerini varsaymak zorundadır. Toplum zorunlu olarak bireylerden oluşur. Bireylerin özerkliği ve bireysellikleri olmadan topluluk kavramsal olarak mümkün değildir. Öte yandan birey de toplumsuz düşünülemez. Bireyin, bireyselliğin ve bireyciliğin tüm sorunları, bireyin topluma göre olan konumundan kaynaklanır. Her somut düzen, hem bireyi hem de toplumu içsel değerlerinde olduğu kadar karşılıklı ilişkilerinde de içermelidir.⁷⁶² Wintrich, Schindler'e atıf vererek benzer ifadelerde bulunmuştur.⁷⁶³

Wintrich'in insan imgesinin beşinci kaynağının, 19. yüzyılda ortaya çıkan Katolik sosyal öğretisi⁷⁶⁴ olduğu belirtilmektedir.⁷⁶⁵ Katolik sosyal öğretilerine göre, insan doğa alanında, diğer varlıklardan ayırt edilebilir olarak bir bireydir. İnsanı diğer varlıklardan ayıran ve Tanrı'nın yaratımındaki özel yerini belirleyen özelliği, onun ruh alanında bireyleşmesidir. Burada insan, kendinin farkına varma ve kendini yok etme kapasitesine sahip, akıl ve özgürlük sahibi bir varlık olarak anlaşılır.⁷⁶⁶ Diğer taraftan, sosyallik bütün insanların varlığına içkin olduğundan, her toplumsal form, kaynağını insanın sosyal doğasından almaktadır.⁷⁶⁷ Bu bağlamda, devlet insanın

⁷⁶¹ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 61.

⁷⁶² Dietrich Schindler, **Verfassungsrecht und soziale Struktur**, Zürich, Schulthess & Company, 1932, s. 30.

⁷⁶³ Bkz. Wintrich, **Zur Problematik der Grundrechte**, s. 7.

⁷⁶⁴ Genel olarak bkz. David J. O'Brien - Thomas A. Shannon (eds.), **Catholic Social Thought: Encyclicals and Documents from Pope Leo XIII to Pope Francis**, 3. Edition, New York, Orbis Books, 2016; Gerard V. Bradley - E. Christian Brugger (eds.), **Catholic Social Teaching**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; Charles E. Curran, **Catholic Social Teaching and Pope Benedict XVI**, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2014; D. Paul Sullins - Anthony J. Blasi (eds.), **Catholic Social Thought: American Reflections on the Compendium**, Lanham, Lexington Books, 2009.

⁷⁶⁵ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 63 vd.

⁷⁶⁶ Franz Josef Stegmann - Peter Langhorst, "Geschichte der sozialen Ideen im deutschen Katholizismus", **Geschichte der sozialen Ideen in Deutschland: Sozialismus - Katholische Soziallehre - Protestantische Sozialethik**, Ed. by Helga Grebing, 2. Auflage, Wiesbaden, VS Verlag, 2005, s. 606-607; Curran, **Catholic Social Teaching and Pope Benedict XVI**, s. 46-49; Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 64.

⁷⁶⁷ Heinrich A. Rommen, **The State in Catholic Thought: A Treatise in Political Philosophy**, London, B. Herder Book, 1950, s. 136 vd.; D. Paul Sullins, "The Social Theory of Catholic Social Teaching", **Catholic Social Thought: American Reflections on the Compendium**, Ed. by D. Paul Sullins - Anthony J. Blasi, Lanham, Lexington Books, 2009, s. 18-20; Curran, **Catholic Social Teaching and Pope Benedict XVI**, s. 49-52.

günahkarlığının bir ürünü değil, daha ziyade insanın diğer insanlarla birlik olma arzusunun gerekli bir sonucu olarak yorumlanır. Devlet, şiddet kullanma tekeline sahip bir birlik değil, daha çok insanın sosyalleşme arzusunun bir sonucudur.⁷⁶⁸ Katolik sosyal öğretinin bireysel doğa ile sosyal doğa arasında yaptığı ayırım, Wintrich'in kişi olma durumu ile kişilik arasında yaptığı ayırma karşılık gelir.⁷⁶⁹

Wintrich'in insan imgesini etkileyen son husus ise Schmitt'in hukuk devleti için öngördüğü ayırım ilkesine (*Verteilungsprinzip*) yönelen eleştirel tutumdur.⁷⁷⁰ Schmitt, burjuva hukuk devletinin iki ilkeye dayandığını belirtir: kuvvetler ayrılığı ve anayasal haklar.⁷⁷¹ Schmitt'e göre, gerçek anlamda anayasal haklar, yalnızca bireyin liberal insan haklarını ifade eder. Bu hakların tanınmasının ve pozitif bir belgede beyan edilmesinin hukuki anlamı, burjuva hukuk devletinin ayırım ilkesidir. Buna göre, kural olarak bireyin sınırsız bir özgürlük alanı varken, istisnai olarak sınırlı, ölçülebilir ve kontrol edilebilir bir devlet müdahalesi söz konusudur. Burada anayasal haklar, izole olan bireyin haklarını ifade eder.⁷⁷² Her ne kadar Schmitt⁷⁷³ ve Wintrich⁷⁷⁴ anayasal hakların kaynağının devlet öncesi dönemde olduğu hususunda anlaşsalar da⁷⁷⁵, Schmitt anayasal hakların devlet öncesi statüsünden sınırsız bir özgürlük elde ederken⁷⁷⁶, Wintrich topluma bağlı ve sınırlı bir özgürlük elde eder.⁷⁷⁷

2.2.2.3. İnsan İmgesinin Anlamı ve Kullanımı

FAYM'ın insan imgesi de bu itibarla iki unsurdan oluşmaktadır: i) bireyin özerkliği, ii) bireyin toplumla bağlılığı, toplumsallığı.⁷⁷⁸ Bireyin özerkliği, bireyin kendi öz

⁷⁶⁸ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 65; Stegmann - Langhorst, "Geschichte der sozialen Ideen im deutschen Katholizismus", s. 610-611; Curran, **Catholic Social Teaching and Pope Benedict XVI**, s. 50-51.

⁷⁶⁹ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 66.

⁷⁷⁰ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 69 vd.

⁷⁷¹ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 126 vd.

⁷⁷² Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164.

⁷⁷³ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 163.

⁷⁷⁴ Wintrich, "Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung", s. 234-235.

⁷⁷⁵ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 70.

⁷⁷⁶ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 164.

⁷⁷⁷ Wintrich, "Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung", s. 232, 235.

⁷⁷⁸ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des**

sorumluluğunu, kendi özünü/kaderini belirleme hakkını ve bireyi sadece bir nesneye indirgenmesini yasaklayan insan onurunu içerir.⁷⁷⁹ Böylece, hem klasik liberalizmin salt bireyci görüşleri, hem de salt kolektivist anlayış reddedilip, bu ikisi arasında orta bir yol ve uyum aranır.⁷⁸⁰ FAYM'a göre, kişinin öz sorumluluğu, liberal bir demokraside insan imgesinin bir parçasıdır. İnsan, kendi yaşamının sorumluluğunu alabilme kapasitesine sahip bir kişidir. Bu, bir hükümetin, vatandaşların refahını sağlamak için her türlü çabayı göstermesinin yeterli olmadığı anlamına gelir. Birey, mümkün olduğu kadar sorumlu olmalı ve toplumsal bütün için karar alma mekanizmasına katılmalıdır.⁷⁸¹ Diğer taraftan, bireyin kendi yaşam koşullarının ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde olacağına kendisi için karar verme yetkisi bulunmakta ve bu yetki kişinin kendi özünü/kaderini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır.⁷⁸² Alman Anayasası, insanın bağımsız bir değere sahip olduğu ve özgürlük ve eşitliğin devlet birliğinin kalıcı temel değerleri olduğu temel kararına dayanmaktadır.⁷⁸³ Kişinin kendi özünü/kaderini belirleme hakkı, kişinin yapacağı eylemler hakkında karar verme özgürlüğüne sahip olduğunu varsayar.⁷⁸⁴ Son olarak bireyin özerkliğini tanımlayan son unsur ise insan onurudur. İnsan onuru, insanların yalnızca devletin bir nesnesi haline getirilmesini⁷⁸⁵ veya insanların özne niteliğini temelden sorgulayan bir muameleye tabi tutulmasını yasaklar.⁷⁸⁶ Dolayısıyla insan imgesi, yalnızca anayasal hakları ve özgürlüğü

Bundesverfassungsgerichts, s. 34 vd.; Peter Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, s. 39-40; Stern, "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", s. 6; Hopfauf, "Einleitung", s. 72-73; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 146. Häberle, insan imgesinin bu iki unsurunu, i) antropolojik bir temel olarak insan onuru ve ii) organizasyonel bir sonuç olarak liberal demokrasi olarak adlandırır. Bkz. Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 39-40. Diğer yandan, Becker'e göre, FAYM'ın insan imgesi formülü, oldukça belirsiz kalmaktadır. Mahkemenin, bireyin özerkliği ile topluma olan bağlılığı arasında çizdiği insan imgesinin anlaşılması güçtür. Bkz. Becker, **Das ,Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 44-45.

⁷⁷⁹ Becker, **Das ,Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 34 vd.

⁷⁸⁰ Ernst Benda, "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, s. 164; Hopfauf, "Einleitung", s. 72; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 151.

⁷⁸¹ BVerfGE 5, 85 (204-205) - KPD-Verbot [1956].

⁷⁸² BVerfGE 65, 1 (42) - Volkszählung [1983].

⁷⁸³ BVerfGE 2, 1 (12) - SRP-Verbot [1952].

⁷⁸⁴ BVerfGE 65, 1 (42-43) - Volkszählung [1983].

⁷⁸⁵ BVerfGE 27, 1 (6) - Mikrozensus [1969]; BVerfGE 28, 386 (391) - Kurzzeitige Freiheitsstrafe [1970]; BVerfGE 50, 166 (175) - Ausweisung I [1979].

⁷⁸⁶ BVerfGE 30, 1 (26) - Abhörurteil [1970]; BVerfGE 50, 166 (175) - Ausweisung I [1979].

sınırlandırmayı değil, aynı zamanda özgürlüğü genişletme ve korumayı ifade eder.⁷⁸⁷ *Lebach* kararında⁷⁸⁸, FAYM'a göre, özgür bir yaşam ikliminin güvence altına alınması, Alman Anayasası'nın insana olan bakışından ve iletişim olmadan düşünülemez olan insan anlayışından kaynaklanmaktadır.⁷⁸⁹ Özellikle bir ceza ile mahkûm olanların yeniden topluma kazandırılması gereği, Alman Anayasası'nın insan imgesinden kaynaklanmaktadır.⁷⁹⁰

Diğer taraftan insan, topluma bağlıdır, zira burada toplumsal insan söz konusudur. Bireyin kişiliği yalnızca diğer kişilerle birlikte gelişebileceğinden dolayı⁷⁹¹, insanın iletişime muhtaç ve bağımlı olduğu⁷⁹² ifade edilir.⁷⁹³ Burada, bireyin topluma karşı yükümlülükleri oluşmaktadır.⁷⁹⁴ İnsanoğlunun toplumsal yaşamında⁷⁹⁵, özellikle uygar topluma geçtikten sonra birey ile toplum arasında yaşanan bir gerilim bulunmaktadır. İlkel toplumdan uygar topluma geçişte, tarım ve zanaatların farklılaşması ve kafa emeği ile kol emeğinin birbirinden ayrılması ile toplumsal iş bölümleri daha net bir şekilde oluşur.⁷⁹⁶ İş bölümünün artmasıyla birlikte, insanların birbirlerine olan bağımlılığı da artar. Bu bağlamda, bireyin toplumun diğer üyelerine, diğer bir deyişle topluma olan bağımlılığı da artar.⁷⁹⁷ Modern toplumda ise iş bölümünün inanılmaz bir şekilde

⁷⁸⁷ Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 48, 50; Becker, **Das ,Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 113-115.

⁷⁸⁸ BVerfGE 35, 202 - Lebach [1973].

⁷⁸⁹ BVerfGE 35, 202 (225) - Lebach [1973].

⁷⁹⁰ BVerfGE 35, 202 (235-236) - Lebach [1973]; BVerfGE 45, 187 (239) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977].

⁷⁹¹ BVerfGE 50, 290 (353-354) - Mitbestimmung [1979].

⁷⁹² BVerfGE 65, 1 (44) - Volkszählung [1983].

⁷⁹³ Becker, **Das ,Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 41.

⁷⁹⁴ BVerfGE 12, 45 (51) - Kriegsdienstverweigerung I [1960].

⁷⁹⁵ Nitekim bazı düşünürler, insanoğlunun toplumsal olmayan bir yaşamı olmadığını ileri sürer. Bkz. Gaetano Mosca, **Siyasi Doktrinler Tarihi: Eski Çağlardan Günümüze Kadar**, İstanbul, Varlık Yayınları, 1968, s. 13-14; C. Northcote Parkinson, **Siyasal Düşüncenin Evrimi**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1976, s. 17.

⁷⁹⁶ Alâeddin Şenel, **Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş**, 5. Baskı, Ankara, Bilim ve Sanat, 2014, s. 17 vd.; Alâeddin Şenel, **İlkel Topluluktan Uygar Topluma: Geçiş Aşamasında Ekonomik Toplumsal Düşünsel Yapıların Etkileşimi**, 5. Baskı, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, 1995, s. 51 vd.; Kıvanç Ertop - Çetin Yetkin, **Sosyo Ekonomik Temelleriyle Siyasal Düşünceler Tarihi**, C. 1, İstanbul, Say, 1985, s. 10 vd.; Mosca, **Siyasi Doktrinler Tarihi**, s. 13-15.

⁷⁹⁷ Norbert Elias, **Civilizing Process: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations**, Trans. Edmund Jephcott, 2. Edition, Malden, Blackwell Publishing, 2000, s. 117; Emile Durkheim, **The Division of Labour in Society**, Trans. by W. D. Halls, 2. Edition, London, Palgrave Macmillan, 2013, s. 91 vd.

artması ve iş bölümünün artmasının bir sonucu olarak uzmanlaşmanın artması⁷⁹⁸, bireyleri daha da birbirine bağımlı hale getirmiştir. Bu bakımdan, bağımlılık ve birbirine bağımlılık insan yaşamının içkin bir unsurudur.⁷⁹⁹ Dolayısıyla bireyselleşme ile bireylerin birbirlerine olan bağımlılığı, birbirlerine koşut bir şekilde hareket etmektedir. Sözgelimi doktor veya avukat olan bir bireyin, eğitim ve iş hayatının varlığı ve devam edebilmesi, toplumun diğer üyelerine, kabaca zirai üretimi sağlayan çiftçilere, kamu güvenliğini sağlayan kolluk kuvvetlerine ve sınırları koruyan askerlere bağlıdır. Bireyin egemen ve sınırsız bir özgürlüğe sahip olduğunun kabulü için insanın gerekli bütün bu ihtiyaçlarını bireysel olarak yerine getirebiliyor olması gerekir. Toplumsal yapının oluşturduğu bu birbirine bağımlılık ilişkisi, bireyin sınırlı bir özgürlüğe sahip olduğunu da gösterir.⁸⁰⁰ Özgürlüğün kapsamlı bir şekilde korunması, sınırsız özgürlüğün garanti altına alınması anlamına gelmez. Özellikle de insanların birbirlerini pek çok şekilde etkileyebildikleri ve pek çok farklı bağımlılık ve etki ilişkisi içinde birbirlerine sosyal olarak bağlı oldukları modern ve son derece karmaşık toplumlarda, insan eyleminin ortak uyumluluğunu tesis etmek için bireyin eylem özgürlüğünün sınırlandırılması gerekir. Nihayetinde, sınırları olmayan bir özgürlük daha fazla özgürlüğe değil, özgürlük kaybına yol açar.⁸⁰¹ Dolayısıyla bireyin özgürlüğü, toplumun üyesi olan diğer bireylerin özgürlüğü ve/veya toplumsal yarar ile sınırlanır.⁸⁰² İnsan imgesi, insanın toplumsallığına odaklandığı ölçüde, temelde apaçık bir toplumsal olguyu tanımlamaktadır.⁸⁰³ İnsanların birbirlerine bakmaları, birbirlerini kıskanmaları, mektup yazmaları, birlikte

⁷⁹⁸ Henri Fayol, **Genel ve Endüstriyel Yönetim**, Çev. M. Asım Çalıkoğlu, Ankara, Adres Yayınları, 2013, s. 46-47.

⁷⁹⁹ Jennifer Nedelsky, **Law's Relation: A Rational Theory of Self, Autonomy, and Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 152

⁸⁰⁰ Aynı yönde bkz. Aquinas, **On the Government of Rulers**, s. 61-62; Locke, "Two Treatises of Government", s. 156; Althusius, **The Politics of Johannes Althusius**, s. 12 vd., 47, 118-119; Wolff, **The Law of Nations Treated According to the Scientific Method**, s. 16 vd.; Pufendorf, **Gesammelte Werke**, Bd. II, s. 143 vd.; Pufendorf, **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law**, s. 56 vd. Nitekim bu konu özünde, Aristoteles'in insanı, siyasal bir hayvan olarak belirlemesine dayanır. Bkz. Aristotle, **Politics**, Trans. by Ernest Barker, Oxford, Oxford University Press, 1995, s. 8 vd.

⁸⁰¹ Murswiek, "Art. 2", s. 115; Hopfauf, "Einleitung", s. 73.

⁸⁰² Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, s. 59; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 495; Kant, "Die Metaphysik der Sitten", s. 230; Immanuel Kant, "Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft", **Kant's gesammelte Schriften**, Bd. VI, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1914, s. 98; Mill, "On Liberty", s. 80 vd.; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 1-3.

⁸⁰³ Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 113.

yemek yemeleri, birbirleri için giyinmeleri ve süslenmeleri ve karşılıklı iletişimi, insanları birbirine bağlar.⁸⁰⁴ Nitekim liberal teorinin dahi bireyin toplum ile bağlılığının dikkate aldığı iddia edilir. Liberal özgürlük anlayışına göre, özgürlüğün kullanılması sadece eylemde bulunan kişinin değil, üçüncü kişilerin özgürlüğünün genişlemesine yol açmalıdır.⁸⁰⁵ Liberal görüşe göre, özgürlüğün bireyler arasında yeni olasılıklar yaratan üretken eylem ağlarının sürdürülmesiyle bağlantılı özneler ötesi etkileri de vardır. Bu sebeple, özgürlüğün mutlaklığı liberal teoride de geçerli olan bir durum değildir. Liberal özgürlük, özgürlüğün başkaları tarafından kullanılmasının kümülatif etkilerine dayanır.⁸⁰⁶ Bir toplumun oluşabilmesi, diyalektik bir birlik içindeki bireysel ve kolektif etkinliğe bağlıdır. Diğer bireylerle olan ilişkisi olmadan, toplum içindeki birey düşünülemez.⁸⁰⁷

İnsan imgesinin bu ikili yapısı devlet ile anayasal haklar arasındaki ikilemi de yansıtır. Anayasal hakların varlığı, bu hakları güvence altına alan devletin varlığına bağlıdır. Diğer taraftan, devlet, anayasal hakları sınırlandıran ve bu bağlamda potansiyel olarak anayasal hakların ve bireyin özgürlüğünün en güçlü düşmanı olarak belirir.⁸⁰⁸ Birey ile toplum arasındaki bu ilişki anayasada düzenlenen anayasal haklar ve sınırlama klostları/normları ile de değerlendirilebilir.⁸⁰⁹

Burada bir yandan, ilgili toplumun üyesinin portresi belirlenmektedir. Bu anlamda, belirlenen insan imgesi olgusaldır.⁸¹⁰ Ancak diğer yandan, bu insan imgesi belirlenirken, bütünü bir toplum ve dolayısıyla toplum içindeki bütün bireyler dikkate alınır. Bu anlamda ise insan imgesi olması gereken alandadır.⁸¹¹ Dolayısıyla burada

⁸⁰⁴ Georg Simmel, **Grundfragen der Soziologie (Individuum und Gesellschaft)**, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1984, s. 13.

⁸⁰⁵ Richard E. Flathman, **Freedom and Its Conditions: Discipline, Autonomy, and Resistance**, New York, Routledge, 2003, s. 7; Ladeur, **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 23.

⁸⁰⁶ Raymond C. Tallis, "Human Freedom as a Reality-producing Illusion", **The Monist**, Vol. 86, No. 2, 2003, pp. 200-219, s. 216; Ladeur, **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik**, s. 23-24, 50 vd.

⁸⁰⁷ Hermann Heller, **Staatslehre**, 3. Auflage, Leiden, A. W. Sijthoff, 1963, s. 81 vd.

⁸⁰⁸ Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 110.

⁸⁰⁹ Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 13.

⁸¹⁰ Karl Heinz Auer, "Das Menschenbild als rechtsethische Dimension", **ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Vol. 93, No. 4, 2007, pp. 493-518, s. 504-506; Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 36, 73. Krş. Bernd Schünemann, "Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“", **Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte**, Ed. by Bernd Schünemann - Jörg Paul Müller - Lothar Philipps, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, s. 10.

⁸¹¹ Auer, "Das Menschenbild als rechtsethische Dimension", s. 503-504; Häberle, **Das**

olması gerekene yönlendirilen bir olgusal insan mevcuttur. Aynı zamanda, benimsenen bu insan imgesi, tekil ahlaki kodlardan oluşan, tek tip, sabit bir insan imgesi de oluşturmaya çalışmaz. Bilakis toplumun çoğulcu yapısı ve çeşitliliği, benimsenen insan imgesine dayanır.⁸¹² Nitekim anayasal devlet, tek tip bir insan imgesini değil, aksine çelişkili olduğu kadar karmaşık bir insanı varsayar ve insanı sadece kısmi yönleriyle kapsar. İnsanlar, büyük ölçüde doğalarında ve kültürlerinde olduğu gibi ele alınır.⁸¹³ Bunların yanı sıra, insan imgesi, çoğulcu demokrasinin değişkenleri dolayısıyla genel olmak zorundadır. Zira toplumda, birçok siyasi parti, kilise, dini ve sosyal gruplar ve örgütler ve farklı bilim anlayışları yer almaktadır. Bu değişkenler ve farklılıklar, insan imgesi argümanının oluşumunda çoğu zaman birbirleriyle çelişen katkılarda bulunur. Dolayısıyla bir anayasa tarafından benimsenen insan imgesi, birçok farklı insan imgesinin oluşumuna, çoğulluğuna ve rekabetine izin verecek kadar esnekler.⁸¹⁴ Nitekim zamanla ve değişen nesillerle, insan imgesi de değişmekte ve farklı anlamlar ve biçimler oluşturmaktadır. İnsan imgesinin çoğulluğu, çoğulcu hukuk sistemine yansır. Birçok insan imgesine sahip açık bir toplumda fikir birliğini ve bir arada yaşamayı mümkün kılan da budur.⁸¹⁵ Bu çoğulculuk özellikle anayasanın veya Sözleşme'nin yapım sürecinde ortaya çıkar. Anayasanın yapımına katılan birçok farklı sosyal ve siyasal grubun taviz vermesi ile bu çoğulculuk elde edilir. Anayasada, İslami veya Hristiyan bir insan ve dünya görüşünün izleri bulunabilir ve fakat aynı zamanda diğer dünya görüşlerinin izleri de bulunabilir.⁸¹⁶

İnsan imgesi, ne aşırı bireysel bir yaklaşımı ne de totaliterliğe ulaşan bir kolektivizmi benimser. İnsan imgesi formülünde, bir yandan liberalizmin insan anlayışı

Menschenbild im Verfassungsstaat, s. 73. Krş. Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 36-37; Schünemann, "Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“", s. 10.

⁸¹² BVerfGE 41, 29 (50) - Simultanschule [1975]; BVerfGE 138, 296 (339) - Kopftuch II [2015]; BVerfG, 1 BvR 354/11, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016, para. 67; BVerfG, 2 BvR 1333/17, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020, para. 47; BVerfGE 153, 1 (37) - Kopftuch III [2020].

⁸¹³ Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 36; Paul Kirchhof, "Die Wertgebundenheit des Rechts, ihr Fundament und Rationalität der Rechtsfortbildung", **Menschenbild und Menschenwürde**, Ed. by Eilert Herms, Gütersloh, Chr. Kaiser/Gütersloher, 2001, s. 165-166.

⁸¹⁴ Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 60-61.

⁸¹⁵ Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 62.

⁸¹⁶ Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 62; Kirchhof, "Die Wertgebundenheit des Rechts, ihr Fundament und Rationalität der Rechtsfortbildung", s. 165. Häberle'nin insan imgesi ile ilgili kapsamlı belirlemelerinin eleştirisi için bkz. Schünemann, "Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“", s. 4-5.

reddedilirken, diğer taraftan insanın dokunulmaz içsel değerinden söz ederek, toplumun birey üzerindeki iddialarının sınırlı olduğu belirtilir. Böylece birey ile toplum arasındaki gerilim, bireyin bir yandan toplumla bağlı olması, diğer yandan ise bireyin içsel değerine dokunulmaması gerekliliği ile ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, birey ve toplum arasındaki gerilim tam olarak ortadan kalkmamış yalnızca şekil değiştirmiştir. Zira bu haliyle insan imgesi formülü, birey ile toplum arasındaki gerilimi devam ettirecektir.⁸¹⁷ Ancak insan imgesi formülü, bu gerilimi çözebilecek bir evreye taşır.⁸¹⁸

İnsan imgesi, insanın doğasından ziyade, birey ile toplum arasındaki ilişkinin bir tanımını oluşturur. Bu öğretisi, toplum içindeki bireyin özgürlüğünün kapsamı, bireyin özgürlüğü ve bireyin bağlılığı ile ilgilidir. FAYM'ın formülü, bireysel özgürlüğün biçimi hakkında bir açıklama içerir. İnsan imgesinin esas anlamı, anayasanın dayandığı özgürlük kavramının ifadesidir.⁸¹⁹ Anayasa bireyi, özgür gelişimi amaçlayan, ancak aynı zamanda toplulukların, evlilik ve ailenin, kiliselerin, cemaatlerin, sosyal ve siyasi grupların, siyasi toplulukların bir üyesi olan, dokunulmaz içsel değere sahip bir kişi olarak anlar.⁸²⁰

Bu formülü herhangi bir normatif içeriği olmayan bir tür anayasal lirik olarak görmek doğru değildir.⁸²¹ Aksine, genelliği itibarıyla, insan imgesi, artık dillendirilmesine rağmen dünyadan kaybolmayan yol gösterici bir ilkeyi ifade etmektedir. Bu tür yol gösterici ilkeler, bir toplumun düzenine ilişkin normatif kavramların dogmatik yapılar ve argümantasyon figürleriyle karıştırıldığı ve en sonunda somut sonucun bulunduğu hukuk uygulamasının katmanları üzerinde bir etkiye sahiptir.⁸²²

⁸¹⁷ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 82-83; Benda, "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", s. 164; Hopfau, "Einleitung", s. 72; Detlef Merten, "Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis", **Das besondere Gewaltverhältnis**, Ed. by Detlef Merten, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, s. 71-72; Katz, **Staatsrecht**, s. 262.

⁸¹⁸ Uwe Volkmann, "Allgemeine Grundrechtslehren", **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 1063-1064.

⁸¹⁹ Becker, **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 83.

⁸²⁰ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 47-48; Hopfau, "Einleitung", s. 73.

⁸²¹ Sözgelimi Merten'e göre, bu formül aslında herhangi bir şey ifade etmemektedir. Zira hali-hazırda devlet yapısı ve endüstriyel bir toplum içinde bireyin sınırsız özgür olduğu söz konusu değildir. Bununla birlikte, Merten, bu formülün Alman Anayasası Madde 2/1'de düzenlenen genel fiil özgürlüğü dışında kullanılmadığı müddetçe, zararsız olduğunu belirtir. Bkz. Merten, "Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis", s. 71-72.

⁸²² Volkmann, "Allgemeine Grundrechtslehren", s. 1063.

Yalnızca Robinson Crusoe'nun yaşadığı adada sınırsız özgürlükler söz konusu olabilir.⁸²³ Özgürlükler, uygulanabilmek için bir hukuk düzenine ihtiyaç duyar. Bu sebeple, bireysel özgürlüklerin toplumun ve toplumun diğer üyelerinin yararı karşısında, düzenlenmesi, sınırlanması ve tahdit edilmesi icap eder.⁸²⁴ Siyasal bir topluluğun verdiği siyasal bir kararla oluşan devlet⁸²⁵ içerisindeki toplumsal yapıda da bireyin, toplumun diğer üyeleriyle ve toplumla arasında bu özgürlük-sınırlama/tahdit gerilimi oluşur. Oluşan bu gerilim ve çatışma, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından birbirleriyle uyumlulaştırılır. Burada yasa çıkararak üstün eli elde eden her zaman yasama organıdır. Ancak bu hususta son kararı veren anayasanın koruyucusu olan anayasa mahkemeleridir. FAYM, bireyi izole ve egemen olarak değil, topluma bağlı ve toplumsal bir birey olarak kabul etmiştir ve bireylerin içkin değerine dokunmadan ve makul sınırlar/ölçü içerisinde bireylerin özgürlüklerine getirilen sınırlamalara katlanmaları gerektiğini belirlemiştir.⁸²⁶ Bu husus belirli ölçülerde, AİHM'in ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin AİHS ve Türk Anayasası çerçevesinde benimsediği hak dogmatığından de zımnen çıkarılabilir. AİHS'in oluşabilecek totaliter yönetimlere karşı bir tehlike çanı olduğu düşünüldüğünde⁸²⁷, AİHS, ek protokolleriyle birlikte, Avrupa'daki bir bireyin sahip olması gereken asgari temel hak ve özgürlükleri ifade eder ve bu

⁸²³ Hartmut Maurer, **Staatsrecht I**, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2001, s. 286; Herbert Bethge, "Grundrechtskollisionen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 694.

⁸²⁴ Maurer, **Staatsrecht I**, s. 286; Michael Kloepfer, **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, München, C. H. Beck, 2010, s. 81.

⁸²⁵ Carl Schmitt, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, s. 75-76; Carl Schmitt, **Constitutional Theory**, Trans. by Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, s. 125.

⁸²⁶ BVerfGE 4, 7 (15-16) - Investitionshilfe [1954]; BVerfGE 30, 1 (20) - Abhörurteil [1970].

⁸²⁷ Ed Bates, **The Evolution of the European Convention on Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 8, 53-54; Janneke Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 1; Antoine Buyse, "Contested Countours: The Limits of Freedom of Expression from an Abuse of Rights Perspective – Articles 10 and 17 ECHR", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 186; Koen Lemmens, "General Survey of the Convention", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 2 vd.; David Harris - Michael O'Boyle - Ed Bates - Carla M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 3; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. I, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 3 vd.; A. Feyyaz Gölcüklü - A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 4.

anlamda aslında bir Avrupa insan imgesini de betimler. Nitekim bu husus, AİHS Madde 8-11’de belirtilen “demokratik toplumda gereklilik” ölçütü ile sınırlı değildir. AİHM, “toplumsal ihtiyaç baskısı”⁸²⁸ kriterini yalnızca Madde 8-11 için kullanmaz. Bu, aynı zamanda diğer Sözleşme haklarına yapılan müdahalelerde zimnen uygulanan bir kriterdir. Genel olarak ölçülülük ilkesinin kullanıldığı yerlerde, toplumsal gereklilikleri görmek mümkündür.⁸²⁹ Nitekim, demokratik toplumda gereklilik testinde bir meşrulaştırma aracı olarak kullanılan Avrupa konsensüsünün⁸³⁰ hizmet ettiği amaçlardan

⁸²⁸ Örnek olarak bkz. *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 48; *Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia*, App. No. 11828/08, Judgment of 25 September 2012, para. 66; *Campbell v. the United Kingdom*, App. No. 13590/88, Judgment of 25 March 1992, para. 44; *Michaud v. France*, App. No. 12323/11, Judgment of 6 December 2012, para. 120; *Bektashi Community and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 48044/10 and 2 others, Judgment of 12 April 2018, para. 65.

⁸²⁹ Bunun için sözelimi *McCann ve Diğerleri* vakasına bakılabilir. Burada, bomba ihbarı üzerine askerlerin 3 şüpheliyi yaptıkları operasyon neticesinde öldürmesi, olası bombanın patlatılmasıyla çok sayıda yaşam kaybı yaşanacağına dair samimi inançları ile meşrulaştırılabileceği anlaşılmaktadır. Bkz. *McCann and Others v. the United Kingdom*, App. No. 18984/91, GC Judgment of 27 September 1995, para. 200. Nitekim Büyük Daire, ayrıca Madde 2’de belirtilen “mutlak gereklilik” testinin, demokratik toplumda gereklilik testinin daha katı hali olduğunu da ifade etmiştir. Bkz. *McCann and Others v. the United Kingdom*, App. No. 18984/91, GC Judgment of 27 September 1995, para. 149. Ayrıca örnek olarak bkz. *Denis and Irvine v. Belgium*, App. No. 62819/17; 63921/12, GC Judgment of 1 June 2021, para. 130; *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 24; *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, App. No. 26374/18, GC Judgment of 1 December 2020, para. 240 vd.; *Grzęda v. Poland*, App. No. 43572/18, GC Judgment of 15 March 2022, para. 339, 343.

⁸³⁰ Avrupa konsensüsü konusundaki kararlar için örnek olarak bkz. *Tyrer v. the United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, para. 31; *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, para. 41; *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, App. No. 16130/90, Judgment of 30 June 1993, para. 35; *B. v. France*, App. No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992, para. 48; *Rasmussen v. Denmark*, App. No. 8777/79, Judgment of 28 November 1984, para. 40-41; *Cossey v. the United Kingdom*, App. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, para. 40; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, App. No. 21830/93, GC Judgment of 22 April 1997, para. 44. Bu konudaki literatür için bkz. Kanstantsin Dzehtsiarou, **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s. 10 vd.; Kanstantsin Dzehtsiarou, “Does consensus matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Public Law**, Vol. 3, 2011, pp. 534-553, s. 539 vd.; Luzius Wildhaber - Arnaldur Hjartarson - Stephen Donnelly, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Law Journal**, Vol. 33, No. 7-12, 2013, pp. 248-263, s. 249 vd.; Harris - O’Boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 8-12; Hanneke Ceciel Katrijn Senden, **Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal Sytem: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union**, Cambridge, Intersentia, 2011, s. 223 vd.; Jonas Christoffersen, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 60 vd.; Anatoly Kovler - Vladimiro Zagrebelsky - Lech Garlicki - Dean Spielmann - Renate Jaeger - Roderick Liddell, “The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights”, **Dialogue between Judges**, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2008, s. 10 vd.; Jeffrey A. Brauch, “The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights”, **Howard Law Journal**,

birisi de budur. Temel hak ve özgürlükler konusunda AİHS bakımından, Taraf Devletler için asgari bir standart⁸³¹ olarak belirlenen ortak Avrupa standartları⁸³² da esasında Avrupa konsensüsü ile birlikte bir Avrupa insan imgesi çizer. Nihayetinde AİHM, bir yandan demokrasinin Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliği olduğunu, diğer yandan ise AİHS'in demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini desteklemek ve sürdürmek için tasarlandığını belirtmiştir.⁸³³ Buna göre, demokrasi Sözleşme'de

Vol. 52, 2009, pp. 277-318, s. 279 vd.; Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", **Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht**, Vol. 56, 1996, pp. 230-314, s. 276 vd.; Thomas A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 4, No. 4, 1982, pp. 474-496, s. 479 vd.; Shai Dothan, "Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge", **Chicago Journal of International Law**, Vol. 18, No. 2, 2018, pp. 393-419, s. 399 vd.; Dominic McGoldrick, "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 65, No. 1, 2016, pp. 21-60, s. 28 vd.; George Letsas, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 26, No. 4, 2006, pp. 705-732, s. 724 vd.; Aalt Willem Heringa, "The 'Consensus Principle': The Role of 'Common Law' in the ECHR Case Law", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol. 3, No. 2, 1996, pp. 108-145, s. 109 vd.; Mireille Delmas-Marty, **The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 305 vd.; Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 151-152 Avrupa konsensüsünün, hakların sınırlandırılmasında bir etken olmasının yanı sıra ve ondan daha önemlisi Avrupa ile ulusal sistemler arasındaki etkileşim için gerekli olan bir ortak zemin, kolektif bir yaklaşım (Kovler - Zagrebelsky - Garlicki - Spielmann - Jaeger - Liddell, "The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights", s. 27) ve AİHM'in kararlarını meşrulaştıran bir dayanak (Howard Charles Yourrow, **The Margin of Appresciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, The Hague, Kluwer Academic Publishers, 1996, s. 196; Laurence R. Helfer - Anne-Marie Slaughter, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", **The Yale Law Journal**, Vol. 107, 1997, pp. 273-391, s. 317; Dzehtsiarou, **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**, s. 143 vd.; Dzehtsiarou, "Does consensus matter?", s. 539 vd.) olarak ele alınması, bunun insan imgesi için önemini ortaya koyar.

⁸³¹ AİHS'in asgari standartlar belirlediği hususunda bkz. Dimitrios Evrigenis, "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", **Human Rights Law Journal**, Vol. 3, 1982, pp. 121-139, s. 137-138; Christoffersen, **Fair Balance**, s. 47-48; Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2002, s. 17; Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, Sayı 4, 2013, pp. 359-399, s. 391; Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, İstanbul, Beta, 2004, s. 137; Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 144 vd.; Seyfullah Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 40-42.

⁸³² AİHM'in aslında ortak Avrupa standartlarını belirlediği ve yaptığı denetimde bu standartların sağlanıp sağlanmadığını incelediği belirtilir. Bkz. Robin C. A. White - Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 7.Edition, New York, Oxford University Press, 2017, s. 80-81; Ronald St. John Macdonald, "The Margin of Appreciation", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by Ronald St. John Macdonald - Franz Matscher - Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 84.

⁸³³ *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98, GC Judgment of 17 February 2004,

öngörülen ve onunla uyumlu olan yegâne siyasi modeldir.⁸³⁴

““Demokratik toplum”un ayırt edici özelliklerine atıfta bulunan Mahkeme, çoğulculuğa, hoşgörüye ve açık fikirliliğe özel bir önem vermiştir. Bu bağlamda, bireysel çıkarların zaman zaman bir grubun çıkarlarına tabi olması gerekse de, demokrasinin yalnızca çoğunluğun görüşlerinin her zaman geçerli olması gerektiği anlamına gelmediğini ileri sürmüştür: Azınlıklara adil ve uygun şekilde muamele edilmesini sağlayan ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını önleyen bir denge sağlanmalıdır.”

Türk Anayasası’nda benimsenen insan imgesine yönelik bazı normatif dayanaklar bulunmaktadır. Türk Anayasası Madde 5’te, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama” ve “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama” amaçları devlete bir görev olarak yüklenmiştir. Aynı zamanda anayasa koyucu, Madde 12/2’de genel bir anayasal yükümlülük öngörmüştür: “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” Dolayısıyla Türk Anayasası’nda izole ve egemen bir birey ve sınırsız bir birey özgürlüğü anlayışının benimsenmediği açıktır.⁸³⁵

Bunların yanı sıra, Türk Anayasası Madde 13’te açıkça anayasal haklara yapılan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Türk anayasal sistemine, bireysel başvurunun özellikle AİHM’e yapılan başvuruları azaltmak için getirildiği⁸³⁶ ve bu bağlamda en azından AİHM’in oluşturduğu kriterleri sağlaması gerekliliği⁸³⁷ düşünüldüğünde, Türk Anayasa Mahkemesi’nin de toplumsal ihtiyaç baskısı kriterini benimsemesi kaçınılmazdır.⁸³⁸ Nitekim Türk

para. 89.

⁸³⁴ *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98, GC Judgment of 17 February 2004, para. 90.

⁸³⁵ Nitekim bu hususu Akad, 1961 Anayasası için vurgulamıştır. Bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 17 vd.

⁸³⁶ Bkz. Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip Erdoğan ve 264 Milletvekilinin; 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656), Sıra Sayısı: 497, Dönem 23, Yasama Yılı: 4, s. 16, 18, 34-35. Ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Çevrimiçi: 19.10.2022).

⁸³⁷ Tosun, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, s. 1.

⁸³⁸ Örnek olarak bkz. *Durmuş Fikri Sağlar Başvurusu* (2), Baş. No. 2017/29735, GK Karar Tarihi 17.03.2021, para. 43; *Bekir Coşkun Başvurusu*, Baş. No. 2014/12151, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 51; *Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2017/15845, GK Karar

Anayasa Mahkemesi, anayasal haklara getirilen sınırlamalar için öngörülen demokratik toplum düzeni kriteri ile Türk Anayasası'nda belirtilen özgürlükçü demokrasinin ve bu özgürlükçü demokrasinin gerektirdiği hukuk düzeninin ifade edildiğini belirtir.⁸³⁹ Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre, klasik demokrasiler, anayasal hakların en geniş ölçüde güvence altına alındığı rejimlerdir.⁸⁴⁰ Mahkeme, AİHS'i demokratik toplum için bir kaynak olarak belirleyerek, benimsediği demokratik toplumu açıklamıştır:⁸⁴¹

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün esin kaynağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Bu ölçüte göre, özgürlüklere getirilen sınırlamalar demokratik toplum düzeni çerçevesi dışına çıkmamalıdır. Özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak gösterilen demokratik toplumdan ne anlaşılması gerektiği ise, bu maddeye ilişkin gerekçede, "genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışına aykırı olmama" olarak belirtilmiştir. Genel olarak, demokratik toplum düzeninin gereklerinden, batılı anlamda, çağdaş-hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel niteliklerini anlamak gerektiği söylenebilir.

Türk Anayasa Mahkemesi, FAYM'a benzer bir şekilde, demokratik toplumun gereklikleri ile özgürlükler arasındaki gerilimi ise soyut olarak şu şekilde çözmüştür:⁸⁴²

Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.

Nihayetinde Türk Anayasa Mahkemesi, yukarıdakilerin yanı sıra Türk Anayasası bakımından benimsenen demokratik toplumu, çoğulculuk, hoşgörülülük ve açık fikirlilik ilkeleri ile nitelendirmiştir.⁸⁴³

Tarihi 21.01.2021, para. 59; *B.S. Başvurusu*, Baş. No. 2015/8491, Karar Tarihi 18.07.2018, para. 91; *Seçkin Sökmez Başvurusu*, Baş. No. 2014/16328, Karar Tarihi 27.12.2017, para. 91; *Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu*, Baş. No. 2014/5659, Karar Tarihi 20.07.2017, para. 48-49; *Fatma Çilali Başvurusu*, Baş. No. 2018/26394, Karar Tarihi 30.06.2021, para. 43.

⁸³⁹ AYM, E.1985/21, K.1986/23, Karar Tarihi 06.10.1986. AYM'nin ifadeleri bunu yansıtsa da 1982 Anayasası çerçevesinde gerçekleştirilen/uygulanan demokrasi özgürlükçü demokrasi modeli değil, "Türk tipi demokrasi" modelidir. Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz - H. Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce - İfade ve İletişim Mevzuatı**, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004, s. 229 vd.

⁸⁴⁰ AYM, E.1985/8, K.1986/27, Karar Tarihi 26.11.1986.

⁸⁴¹ AYM, E.1998/59, K.1999/14, Karar Tarihi 11.05.1999.

⁸⁴² AYM, E.2006/142, K.2008/148, Karar Tarihi 24.09.2008.

⁸⁴³ Bkz. *Tayfun Cengiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/8463, Karar Tarihi 18.09.2014, para. 50, 52; *Hasan Güngör Başvurusu*, Baş. No. 2013/6152, Karar Tarihi 24.02.2016, para. 44-46; *Abdulkadir Akgün Başvurusu*, Baş. No. 2015/19791, Karar Tarihi 20.03.2019, para. 39; *Zeki Çınar*

Bir anayasal sistemde, topluma bağılı ve toplumsal birey/insan imgesinin benimsenmesi, şüphe halinde özgürlüğün tercih edilmesini ifade eden *in dubio pro libertate* maksimi ile çelişmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere⁸⁴⁴, FAYM'ın kabul ettiği anayasal hakların etkililiği veya *in dubio pro libertate* maksimi⁸⁴⁵, anayasal hakların kapsamını genişletecek ve/veya belirleyecek bir ilke olmadığı gibi anayasal hakların sınırlanmasına etki edecek bir ilke de değildir.⁸⁴⁶ Bu bakımdan, anayasal hakların etkililiği veya *in dubio pro libertate* maksiminin, insan imgesi öğretisi ile bir çelişkisi olmaz.

Burada ayrıca insan imgesi öğretisinin birey özgürlüğüne getirdiği sınırlama ile mutlak haklar arasında da çelişki olduğu iddia edilebilir. Ancak mutlak haklar, anayasal sistemin temelinde yer alan ve anayasa koyucunun temel kararlarından birinin normatif sonucu olan haklardır. Benimsenen bir insan imgesinin, mutlak hakları görece hale getirebilmesi için bireyin toplum içinde tamamen eridiği ve toplum yararı karşısında bireysel özgürlüğün tamamen geri çekildiği totaliter bir toplum yapısının söz konusu olması gerekir. Ancak bu çalışmada incelenen anayasal sistemler bakımından (Batı demokratik toplumları veya Batı demokratik yapısını örnek alan toplumlar bakımından) böyle bir durum söz konusu değildir. FAYM'ın da belirttiği gibi bireyin toplumla olan bağılılığı ve toplumsallığı, bireylerin içkin değerleri ile sınırlı tutulmuştur.⁸⁴⁷ Nitekim aslında mutlak haklar, halihazırda, benimsenen insan imgesinin ve birey özgürlüğünün sert çekirdeğini oluşturan temel etkenlerdendir. FAYM da istikrarlı içtihatlarla, Alman anayasal sisteminde mutlak hak olarak belirlenen insan onuru hakkının, insan imgesini oluşturan etkenlerden birisi olarak belirlemiştir.⁸⁴⁸

Başvurusu, Baş. No. 2016/3585, Karar Tarihi 12.06.2019, para. 33.

⁸⁴⁴ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.**

⁸⁴⁵ Bkz. *BVerfGE* 6, 55 (72) - Steuersplitting [1957]; *BVerfGE* 32, 54 (71) - Betriebsbetreuungsrecht [1971]; *BVerfGE* 39, 1 (38) - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; *BVerfGE* 51, 97 (110) - Zwangsvollstreckung I [1979]; *BVerfGE* 59, 231 (265) - Freie Mitarbeiter [1982].

⁸⁴⁶ Detlef Merten, "Grundrechtlicher Schutzbereich", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 39 vd.; Klaus Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 1740-1741.

⁸⁴⁷ *BVerfGE* 4, 7 (15-16) - Investitionshilfe [1954]; *BVerfGE* 30, 1 (20) - Abhörurteil [1970].

⁸⁴⁸ *BVerfGE* 27, 1 (6) - Mikrozensus [1969]; *BVerfGE* 30, 173 (195) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 50, 290 (353) - Mitbestimmung [1979]; *BVerfGE* 41, 29 (50) - Simultanschule [1975]; *BVerfGE* 83, 130 (143) - Josefine Mutzenbacher [1990]; *BVerfGE* 108, 282 (300) - Kopftuch [2003]; *BVerfGE* 109, 133 (151-152) - Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]; *BVerfGE* 128, 326 (376) - EGMR Sicherheitsverwahrung [2011]; *BVerfGE* 138, 296 (339) - Kopftuch II [2015]; *BVerfG*, 1 BvR 354/11, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016, para. 67; *BVerfG*, 2 BvR 1333/17, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020, para.

Nihayetinde FAYM, anayasal hakların sınırlandırılmasında, diğer bir deyişle anayasal hakların sınırlandırılmasının meşrulaştırılmasında, insan imgesine bir gerekçe olarak dayanmıştır.⁸⁴⁹ Nitekim bazı kararlarda anayasal hakkın kapsamının belirlenmesinde insan imgesi formülü kullanılmıştır.⁸⁵⁰ Aynı zamanda, yasaların anayasa uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde bağımsız bir kriter olarak kullanılmıştır.⁸⁵¹ Bu çalışma bakımından önem arz eden husus ise insan imgesi formülünün sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında oynadığı tartışmasız roldür.⁸⁵² *Mephisto* kararında, FAYM, sınırlama kaydı içermeyen anayasal hakların sınırsız olmadığını, diğer anayasal haklarda olduğu gibi insan imgesine dayandığını belirtmiştir.⁸⁵³ Evanjelik Kardeşlik tarikatına bağlı olan eşlerden akut anemi hastalığından mustarip olan kadının inançları gereği kan naklini reddetmesi ve iyileştirici tedaviden kocanın iknası ile vazgeçmesinin konu alındığı *İnanç Şifacısı* kararında⁸⁵⁴, *Mephisto* kararında olduğu gibi sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların da insan imgesine dayandığını belirterek sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, Alman Anayasası'nın topluma bağlı bir bireyi kabul etmesi ile sınırlama kaydı olmadan güvence altına alınan anayasal haklar dışarıdan sınırlanabilir.⁸⁵⁵ Bu bağlamda, sınırlama kaydı olsun veya olmasın bütün anayasal hakların sınırlandırılmasında, insan imgesi formülü bir gerekçe olarak ortaya çıkar.

2.2.3. Anayasanın ve Anayasal Hakların Ön Koşulları

Anayasanın ve anayasal hakların ön koşulları dogmatikinde öncelikle bu dogmatikğin kısaca açıklaması yapılacaktır (2.2.3.1.). Akabinde, ön koşul tipolojisi (2.2.3.2.), insan haklarının koşulluluğu (2.2.3.3.) ve anayasal hakların ön koşulları

47; BVerfGE 153, 1 (37) - Kopftuch III [2020]; BVerfGE 153, 182, para. 274 [2020].

⁸⁴⁹ BVerfGE 8, 274 (329) - Preisgesetz [1958]; BVerfGE 12, 45 (51) - Kriegsdienstverweigerung I [1960]; BVerfGE 30, 1 (20-21) - Abhörurteil [1970]. Aynı zamanda bkz. Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 541. Ayrıca bkz. Becker, **Das ,Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, s. 111-112; Häberle, **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, s. 48.

⁸⁵⁰ BVerfGE 33, 1 (10-11) - Strafgefangene [1972]; BVerfGE 45, 187 (227-228) - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]. Aynı zamanda bkz. Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 541.

⁸⁵¹ BVerfGE 28, 175 (189) - Porst-Fall [1970]. Aynı zamanda bkz. Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 541.

⁸⁵² Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 542; Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 664.

⁸⁵³ BVerfGE 30, 173 (195) - Mephisto [1971].

⁸⁵⁴ BVerfGE 32, 98 - Gesundheitsgesetz [1971].

⁸⁵⁵ BVerfGE 32, 98 (107-108) - Gesundheitsgesetz [1971].

(2.2.3.4.) incelenecektir.

2.2.3.1. Ön Koşul Dogmatığı

Anayasanın ön koşulları ve anayasal hakların ön koşulları, anayasa teorisinin özgün bir konusudur. Ön koşulların konusunu, pozitif anayasadan ziyade, anayasanın ardındaki anayasa oluşturur.⁸⁵⁶ Anayasa normlarının geçerliliği ile değil, bu normların geçerli olma koşulları ile ilgilenir. Nitekim ön koşullar, normların içeriğini açığa çıkarmaz, içeriği belirli olan normların neden etkili bir geçerlilik kazanma ve sürdürme şansına sahip olduğunu ortaya çıkarır. Anayasa teorisi, bir anayasal normun nasıl yorumlanacağını değil, hangi ön-anlayışın yorumcuya rehberlik ettiğini veya etmesi gerektiğini sorar. Nitekim bu ön-anlayış, netleştirilmeli ve rasyonelleştirilmelidir.⁸⁵⁷ Burada anayasa teorisi, pozitif anayasa hukukunun anlaşılabilirliği ve uygulanabilirliği bağlamı keşfetmekle uğraşır. Pozitif anayasa hukuku ile bağdaşmayan bu bağlam, farklı normları ve gerçeklikleri bir araya getirir. Bu bağlamda, farklı disiplinleri ve araçları kullanır.⁸⁵⁸ Anayasal haklar, kendi başına anlaşılabilir, ancak geniş bir hukuki ve olgusal bağlam içerisinde anlaşılabilir. Bu, anayasal hakları, hukuk devletini veya genel olarak anayasayı kendi kendine yeten kapalı bir sistem olarak gören⁸⁵⁹ ve hukukun kuşatıcı bir toplumsal bütünün parçası olduğunu kabul etmeyen⁸⁶⁰ bir hukuk

⁸⁵⁶ Matthias Jestaedt, **Die Verfassung hinter der Verfassung: Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie**, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2009, s. 11 vd., 59 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 299.

⁸⁵⁷ Matthias Jestaedt, "Disiplin Olarak Anayasa Teorisi", Çev. Hilal Kafkas, **Anayasa Teorisi**, Ed. by Otto Depenheuer - Christoph Grabenwarter, İstanbul, Lale Yayıncılık, 2014, s. 38 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 299.

⁸⁵⁸ Jestaedt, "Disiplin Olarak Anayasa Teorisi", s. 25 vd., 48; Jestaedt, **Die Verfassung hinter der Verfassung**, s. 62; Heller, **Staatslehre**, s. 259 vd., 262; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 299-300.

⁸⁵⁹ Özellikle Kelsen tarafından oluşturulan bu kapalı sistemin eleştirisi için bkz. Ernst Forsthoff, "Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung", **Der Staat**, Vol. 2, No. 4, 1963, pp. 385-398, s. 385 vd.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, s. 168-169; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat", **State, Society and Liberty**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, New York, Berg, 1991, s. 69-70. Bağlamsal bir anayasa anlayışı için bkz. Peter Häberle, "Die Verfassung „im Kontext“", **Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse**, Ed. by Daniel Thürer - Jean-François Aubert - Jörg Paul Müller, Zurich, Schulthess, 2001, s. 20 vd.

⁸⁶⁰ Hukukun toplumsal bütünün bir parçası olduğuna yönelik olarak bkz. Schindler, **Verfassungsrecht und soziale Struktur**, s. 55 vd.

pozitivizminin⁸⁶¹ reddini ifade eder.⁸⁶² Bu bağlamda, anayasa hukukunun bu görelî normatif özerkliği norm ile gerçekliğin/olgunun bir arada bulunduğu kompleks bağlamdan elde edilir.⁸⁶³ Nitekim kültür de bu gerçekliğe aittir. Zira anayasa, doğduğu yerin kültürü ile şekillenmiştir veya en azından bu kültür ile yorumlanır.⁸⁶⁴ Anayasanın hukukî bağlayıcılığı, kurumsal ön koşulların ve entelektüel, kültürel, ekonomik ve sosyal ön koşulların varlığına dayanmaktadır.⁸⁶⁵ Burada olan ile olması gereken ayrımının kalktığı veyahut olan ile olması gerekenin bir araya geldiği bir anayasa kavramı elde edilir.⁸⁶⁶ Ön koşullar dogmatikliği de normatifik ile gerçeklik arasındaki ayırmadan beslenir⁸⁶⁷ ve anayasal hakların ön koşulları ve anayasanın ön koşulları, bir kaosu değil bir normallikliği inceler.⁸⁶⁸

Eğer anayasal demokrasi düşüncesi, hukukun tarihsel ve güncel sorularına verilen temel bir cevap, halihazırda genel olarak ulaşılabilen hukuk kültürünün bir bilançosu ise, o zaman anayasa, gerçekliğe bağlı ve tarihsel olarak gelişen/gelişmiş bir kültürel düzeni ifade eder. Bu bağlamda anayasa, ne soyut bir normlar dünyası olarak⁸⁶⁹, ne de tamamen fiili güçler ve koşullar çerçevesinde⁸⁷⁰ anlaşılabilir bir kavramdır.⁸⁷¹ Anayasa, anayasal gerçeklikten doğan ve bugünün siyasi yaşamında ona bağlı olan, denenmiş ve test edilmiş değerleri, kanıtlanmış kurumları ve aynı zamanda güvenilir siyasi deneyimleri yasal olarak bağlayıcı bir şekilde geleceğe aktarmayı

⁸⁶¹ Bu bağlamda bkz. Hans Kelsen, **Allgemeine Staatslehre**, Berlin, Julius Springer, 1925, s. 47 vd.

⁸⁶² Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 300, 312.

⁸⁶³ Heller, **Staatslehre**, s. 261.

⁸⁶⁴ Paul Kirchhof, "Anayasa Kültürü ve Kavramı", Çev. Nedim Meriç, **Anayasa Teorisi**, Ed. by Otto Depenheuer - Christoph Grabenwarter, İstanbul, Lale Yayıncılık, 2014, s. 106 vd.

⁸⁶⁵ Isensee, "Staat und Verfassung", s. 87.

⁸⁶⁶ Peter Häberle, "Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem »zeit-gerechten« Verfassungsverständnis", **Zeitschrift für Politik** (N. F.), Vol. 21, No. 2, Juni 1974, pp. 111-137, s. 111 vd.

⁸⁶⁷ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 300-301.

⁸⁶⁸ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 307-308; Paul Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 821.

⁸⁶⁹ Bkz. Kelsen, **Allgemeine Staatslehre**, s. 47-48.

⁸⁷⁰ Bkz. Ferdinand Lassalle, "On the Essence of Constitutions", **Fourth International**, Vol. 3, No.1, January 1942, pp. 25-31, s. 27 vd.; Ferdinand Lassalle, **Ueber Verfassungswesen**, Berlin, G. Jansen, 1962, s. 10 vd.

⁸⁷¹ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 842-843.

amaçlayan bir sorumluluk taşır.⁸⁷²

“Hiçbir anayasa, kendi kendini güvence altına al[a]maz.”⁸⁷³ Modern anayasaların kültürel köklerine vurgu yapan bu ilk tespit, günümüzde devletin farklı sorumluluklarını meşrulaştırmak için ele alınmaktadır. Hiçbir anayasanın kendisini güvence altına almadığına dair tespit, anayasal düzenlemenin kapsamı ve yoğunluğunda, bir yandan özgürlük için gerekli olan sınırlamayı/tahdidi teyit etmekte, diğer taraftan özgür olmak zorunda olan devlet ile özgürlüğe hakkı olan bir toplum arasındaki ilişkinin ana hatlarını çizmektedir.⁸⁷⁴ Özgürlüğün yasal güvencesinin ön koşulları da vardır. Özgürlükler, yasaları çıkarabilen ve uygulayabilen, yargıyla bireysel özgürlüklerin etkinliğini güçlendiren bir devlete dayanır.⁸⁷⁵ Anayasa, anayasa tarafından varsayılan veya beklenen bir ortamda işler. Anayasal hakların ön koşulları, devletin otoritesi, birliği ve etkinliği, iş bölümü, ekonomik rekabet, metalar, metaların dağılımı, ekonomik büyüme, eğitim, kültür, sosyal bağ, din gibi çok çeşitli faktörlere bağlı olarak gelişir.⁸⁷⁶

Anayasal hakların ön koşulları, anayasal hak normlarının etkili bir şekilde uygulanmasının veya bunların pratikte uygulanma olasılığının bağlı olduğu hukuki veya gerçek nitelikteki etkenlerdir. Diğer bir deyişle, anayasal hakların ön koşulları, anayasal hak normlarının geçerlilik iddiasının/normatif argümanlarının⁸⁷⁷ etkili hale gelmesi ve anayasal hak normlarının vaat ettiği özgürlük ve edimleri anayasal hak sahiplerinin fiilen elde etme koşullarıdır.⁸⁷⁸ Anayasal hakların ön koşulları, anayasal hakların

⁸⁷² Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 843.

⁸⁷³ Joseph von Eichendorff, “Preußen und die Konstitutionen”, **Sämtliche Werke des Freiherrn Joseph von Eichendorff**, Bd. X, Ed. by Wilhelm Kosch - August Sauer, Regensburg, J. Habel, 1908, s. 326. Benzer yönde bkz. Isensee, “Staat und Verfassung”, s. 88. Bu yaklaşımı Schmitt de sürdürmüştür. Bkz. Carl Schmitt, **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens**, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2023, s. 16: “[B]ir kanun kendi başına uygulanamaz, yönetilemez veya icra edilemez; kendi kendini ne yorumlayabilir, ne tanımlayabilir, ne de kendi kendine yaptırım uygulayabilir; norm niteliğini sona erdirmeden, kendisini yorumlaması ve ele alması gereken somut kişileri belirleyemez veya atayamaz.” Ayrıca bkz. Carl Schmitt, **On the Three Types of Juristic Thought**, Trans. by Joseph W. Bendersky, Westport, Praeger, 2004, s. 51; Carl Schmitt, **Hukuki Düşüncenin Üç Türü**, Çev. Toros Güneş Esgün, İstanbul, Pinhan, 2021, s. 42.

⁸⁷⁴ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 810-811.

⁸⁷⁵ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 808.

⁸⁷⁶ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 809.

⁸⁷⁷ Normatif argüman, bir normun kesin bir şekilde geçerli olarak tanınması iddiasıdır. Bkz. Jan-R. Sieckmann, “Alexy’s Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism”, **Alexy’s Theory of Law**, Ed. by Júlio Aguiar de Oliveira - Stanley L. Paulson - Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015, s. 150-151, 153-154; Sieckmann, “The Theory of Principles”, s. 50-51. Ayrıca bkz. Jan-R. Sieckmann, **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Oxford, Hart Publishing, 2012, s. 45 vd.

⁸⁷⁸ Isensee, “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die

yaratıcı güçlerini borçlu oldukları, onlar olmadan herhangi bir etkiye sahip olamayacakları veya bireysel olarak kullanılamayacakları olgular ve hukuki gerçekliktir. Anayasal hakların oluşum şartları, devlet, din, kültür, dil ve tarihe bağlıdır.⁸⁷⁹ Anayasal hakların ön koşulları, anayasanın ön koşullarının bir tezahürüdür. Ön koşullar, anayasanın bir bütün olarak etkin bir geçerliliğe sahip olması ve devlet hayatını düzenlemesi olasılıklarının koşullarına atıfta bulunur. Ön koşullar, her bir anayasal hak için ayrı bir şekilde belirlenir. Meslek özgürlüğü için geçerli olan ön koşullar, basitçe dilekçe hakkına devredilemez.⁸⁸⁰ Anayasal hakların ön koşulları, anayasada güvence altında alındığı şekliyle pozitif anayasal hak normlarını aşar. Normların var olduğu hem hukuki hem de gerçek “çevreyi” oluşturur. Anayasal hakların ön koşulları, anayasal hakların alanı ile anayasal haklar dışı/hukuk dışı alanı bir araya getirir. Ön koşulların oluşturduğu çevresel faktörler, anayasal hak normları tarafından belirlenir.⁸⁸¹

Anayasal hakların olgusal çevresinin değişmesi, doğrudan anayasal hak normlarının içeriğini değiştirmez. Anayasal organlar, değişen koşullara karşı anayasal hak normlarını uyarlamak zorundadır.⁸⁸² Bu husus anayasal hakların etkililik ön koşullarından birisi ortadan kalktığında da geçerlidir. Anayasa hukuku her zaman devletin iktidarını belirleyip yönlendirememiştir. Gerçeklik çoğu zaman anayasayı değiştirmiştir.⁸⁸³ Anayasal hakların etkililik ön koşulları değişirse, bu gelişme anayasal hakların içeriğini etkileyebilir. Anayasal hakların içeriği, gerçeklikle ve aynı zamanda anayasal hakların yasayla somutlaştırılması ve yapılandırılmasıyla birlikte hareket eder.⁸⁸⁴ Burada özellikle norm ile gerçeklik arasındaki uyumsuzluğun oluşturabileceği tehlikelere karşı anayasal hakların sürekli olarak güncellenmesi gerekmektedir.⁸⁸⁵ Yasama organının veya anayasayı değiştiren yasama organının bunu gerçekleştirmesi durumunda, olgu ile olması gereken arasında yaşanan gerilim özellikle yürütme ve yargı organlarına yansır ve bu durumda, yürütme ve yargı organları yorumla bu

Grundrechtsausübung”, s. 287.

⁸⁷⁹ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 811.

⁸⁸⁰ Isensee, “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”, s. 287.

⁸⁸¹ Isensee, “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”, s. 287; Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 809.

⁸⁸² Isensee, “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”, s. 307.

⁸⁸³ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 834-835.

⁸⁸⁴ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 833.

⁸⁸⁵ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 834.

değişikliği inşa eder.⁸⁸⁶ Anayasanın ön koşulları, özellikle anayasal hakların anlaşılacağı ve yorumlanacağı çerçeveyi kapsar. Anayasal hakların uygulanması değerlendirme gereken olgularla ilgiliyken, anayasal hakların anlaşılması anayasal hakkın olgusal çevresine dayanır. Devlet üniversitelerinde akademik çalışmalar için eğitim kurumunu seçme özgürlüğünün devletin tekelinde olması, bu özgürlüğün çevresini belirler. Nitekim burada devletin tekelinin bulunması, bu seçme özgürlüğünü bir eşitlik hakkına dönüştürür.⁸⁸⁷ Teknoloji, radyodan televizyona ve yeni elektronik medyaya doğru genişledikçe, haber verme özgürlüğü de bu teknolojik gelişmeye ayak uydurmak zorundadır.⁸⁸⁸ Yayın özgürlüğü artık iletim frekanslarıyla sınırlı değildir. Ancak artan örgütsel ve mali güce bağlı ise, bu yeni gerçeklikte yayın özgürlüğü güvence altına alınmak zorundadır.⁸⁸⁹ Eğer modern veri toplama, saklama ve kullanma teknikleri neredeyse sınırsız bir muhafazaya izin veriyorsa, bu da mahremiyetten yoksun bırakıyor ve unutmanın gücünü zayıflatıyorsa, o zaman anayasal haklar daha da geliştirilerek temel bir veri koruma hakkı haline getirilmelidir.⁸⁹⁰ Nitekim ölçülülük ilkesi de anayasal hakkı çevreleyen gerçeklikle ilgilidir. Müdahaleleri hafif hale getirmeye yönelik klasik işlevinde ölçülülük ilkesi, asıl değerlendirme nesnesinin ötesine geçerek normun olgusal çevresini de yorumuna dahil eder.⁸⁹¹ Özellikle hukuk tarafından geliştirilen (*rechtserzeugte*) anayasal haklarda⁸⁹², yasa koyucu, yasalarla anayasal hak

⁸⁸⁶ Krş. Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 833.

⁸⁸⁷ BVerfGE 33, 303 (329 vd.) - numerus clausus I [1972].

⁸⁸⁸ Wolfgang Hoffmann-Riem, "Kommunikations- und Medienfreiheit", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, s. 208-209; Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 820-821.

⁸⁸⁹ Martin Bullinger, "Freiheit von Presse, Rundfunk, Film", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 974-975; Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 833. Ayrıca bkz. *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, App. No. 10890/84, Judgment of 28 March 1990, para. 60-61; *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, App. No. 13914/88 and 4 others, Judgment of 24 November 1993, para. 32, 39.

⁸⁹⁰ BVerfGE 32, 373 (379) - Ärztliche Schweigepflicht [1972]; BVerfGE 34, 238 (246-247) - Tonband [1973]; BVerfGE 35, 202 (220-221) - Lebach [1973]; BVerfGE 44, 353 (372-373) - Durchsuchung Drogenberatungsstelle [1977]; BVerfGE 54, 148 (155) - Eppler [1980]; BVerfGE 63, 131 (142-143) - Gegendarstellung [1983]; BVerfGE 65, 1 (38-39) - Volkszählung [1983]; BVerfGE 67, 100 (142-143) - Flick-Untersuchungsausschuß [1984]; BVerfGE 80, 367 (373-374) - Tagebuch [1989]; BVerfGE 84, 239 (278 vd.) - Kapitalertragssteuer [1991]; Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 834.

⁸⁹¹ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 821.

⁸⁹² Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 440; Hans D. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 29; Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation**, s. 96-

sahiplerinin menfaat çatışmalarını ve etkileşimlerini koordine eder ve anayasal hakların kullanım koşullarını ve olgusal çerçevesini belirler.⁸⁹³

Anayasa hukuku, anayasal hakların ön koşulları ile açık bir şekilde ilgilenmez. Norm metniyle sınırlı pozitivist anayasal dogma, anayasal hak normlarının dışında kalan faktörleri hukuk dışı olarak görmezden gelme eğilimindedir. Ancak bu doğru bir eğilim değildir. Anayasal hakların ön koşulları, anayasal hakların yorumlanmasında ve uygulanmasında önemli bir yer teşkil eder. Zira anayasal hak metinleri, yalnızca hukuk dışı olarak kabul edilen etkenler ile tam olarak anlaşılabilir.⁸⁹⁴ Bununla birlikte, anayasa metninden elde edilen ön koşullar da söz konusudur. Sözgelimi, gerek Alman Anayasası (Madde 20) gerekse Türk Anayasası (Madde 2 ve 5) devletin temel ilkelerini belirterek anayasal hakların ön koşullarına işaret eder.⁸⁹⁵

2.2.3.2. Ön Koşul Tipolojileri

Ön koşul tipolojilerini de göstermek gerekir. Etkililik ön koşulları ve kullanım ön koşulları arasındaki ayrım, bu tipolojilerden ilkinin oluşturur. Etkililik ön koşulları, anayasal hak normlarının etkili geçerlilik kazanabileceği koşulları ifade eder. Burada, bir normun geçerlilik iddiasına değil, yerine getirilmesine/etkililiğine atıfta bulunulur. Anayasal hakların anayasal düzeydeki geçerliliği, tek başına hak sahiplerinin herhangi bir zorluk yaşamadan bu hakları fiili kullanabilmelerini garanti etmez. Bireylerin anayasasının güvence altına aldığı hakları fiilen kullanabilecekleri koşullar, kullanım ön koşullarıdır.⁸⁹⁶ Anayasal hakların genel olarak etkililiği, devletin iktidarı ve kapsamı ile anayasal devlete, anayasal hakları koruyan ve teyit eden güçler ayrılığı da dahil olmak üzere insanların hukuku kullanma konusundaki temel istekliliğine, bir anayasa yargısına ve özgürlüğün soyut garantilerine daha somut bireysel etkinlik kazandıran ve mülkiyetin içeriğini ve sınırlarını belirleyen, evlilik veya derneklerin yasal kurumunu kuran, yargıya organizasyonel prosedürler veren, sözleşme özgürlüğünün ekonomik özgürlükleri geliştirdiği hukuk sistemine bağlıdır.⁸⁹⁷ Eğitim merkezleri ve işbölümü, mesleki özgürlükler sunar. Akademik özgürlük ve dini özgürlük, üniversitenin

97.

⁸⁹³ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 825-826.

⁸⁹⁴ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 283.

⁸⁹⁵ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 809-810.

⁸⁹⁶ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 294-295. Krş. Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 812.

⁸⁹⁷ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 812.

kurumlarında veya dini örgütlenmelerde/kiliselerde ortaya çıkar.⁸⁹⁸ Evliliğin korunması, evliliğin medeni kanunda düzenlenmesine ve toplumda cinsiyet ve yaşam birlikteliğinin düzenli biçimi olarak pratikte kabul edilmesine dayanmaktadır.⁸⁹⁹ Öğrencilerin ve ebeveynlerinin yeterli ölçüde talepleri varsa, ilgili dini eğitimi verebilecek öğretmenler mevcutsa ve devlet, bir dinin temsilcisi olan, yeterli ölçüde bir organizasyona sahip olan ve devletle işbirliği yapmaya kabil ve istekli bir din topluluk ile karşı karşıya kalırsa, devlet okullarındaki dini eğitimin anayasal güvence altına alınması etkili olabilir.⁹⁰⁰ Kullanım ön koşullarında, varlığı ve özgürlük yeteneği ile insan, anayasal haklara bir özne verir, kendi parası, geçimi ve özgürlüğün kullanılması için ekonomik temeli güvence altına alır.⁹⁰¹ Etkililik ön koşulları ile kullanım ön koşulları, aynı madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır. Etkili olmayan bir anayasal hak kullanılamaz. Anayasal hak sahiplerinin kullanamadığı bir anayasal hakkın da geçerliliği yoktur. Bu iki ön koşul tipolojisinin perspektifleri farklıdır. Etkililik ön koşulları, objektif olarak anayasal düzen bakış açısından belirlenir. Kullanım ön koşulları ise sübjektif olarak anayasal hak sahiplerinin bakış açısından belirlenir.⁹⁰² Etkililik ön koşulları, bir anayasal hakkın onsuz etkisini geliştiremeyeceği tüm fiili ve hukuki koşulları içerir. Bunlar, anayasal hakkın öznesinden bağımsız olarak anayasal hakkın objektif çevresini/ortamını belirler.⁹⁰³ Buna karşılık, kullanım ön koşulları, anayasal haklara sahip olan kişinin anayasal hakkını kullanmasını mümkün kılan koşulları belirler. Kullanım ön koşulları, anayasal haklara sahip kişinin varlığı, ilgili hakkı talep etmek için kişisel nitelikleri ve özgürlüğün kullanımındaki sorumluluğu ifade eder.⁹⁰⁴ Bu bağlamda, birey seyahat özgürlüğünü ancak sokakta saldırıya uğramayı beklemesi gerekmeyişi gerçeğe dönüştürebilir. Bu bakımdan, kamu güvenliğinin genel durumu seyahat özgürlüğü

⁸⁹⁸ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 812.

⁸⁹⁹ Jörn Ipsen, "Ehe und Familie", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 434 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 295.

⁹⁰⁰ Stefan Mückl, "Freiheit kirchlichen Wirkens", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 845 vd.; Matthias Jestaedt, "Schule und außerschulische Erziehung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 570 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 295.

⁹⁰¹ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 812.

⁹⁰² Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 296.

⁹⁰³ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 812.

⁹⁰⁴ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 812-813.

hakkının uygulanması için bir ön koşuldur. Ancak eğer bütün vatandaşlarda haklı nedenlere dayanan bir saldırıya uğrama korkusu varsa, seyahat özgürlüğü hakkı etkililiğini kaybeder. Aynı durum sosyal güvenlik için de geçerlidir.⁹⁰⁵ Hastalık, yaşlılık, işsizlik ve yoksulluk gibi temel hayat risklerinde yeterli güvence olmadığında anayasal haklar/negatif statü hakları büyük ölçüde değersizleşir. Toplumdaki sosyal güvenlik açıkları, anayasal hak sahiplerinin hakları kullanamayacağı ölçüde büyükse, artık kullanılamayan bu anayasal haklar da geçerli değildir.⁹⁰⁶

Anayasal hakların ön koşullarında yapısal ön koşullar ve duruma özgü ön koşullar ayrımı, ikinci tipolojiyi oluşturmaktadır. Yapısal ön koşullar, anayasal hakların kullanılabilmesi için gerekli olan genel ön koşulları ifade eder. Sözgelimi anayasal haklara olanak tanıyan ve anayasal hakları güvence altına alan kuvvetler ayrılığı, yapısal bir ön koşuldur. Duruma özgü anayasal hak ön koşulları ise bir vakanın belirli koşulları çerçevesinde ortaya çıkar. Sözgelimi kamu güvenliği, seyahat özgürlüğü hakkının duruma özgü bir ön koşuludur.⁹⁰⁷

Hukuki ön koşullar ve olgusal/gerçek ön koşullar ayrımı, anayasal hakların ön koşullarının üçüncü tipolojisini oluşturur. Burada içeriği büyük ölçüde yasa ile oluşturulan kurumsal anayasal hakların yasal olarak düzenlenmesi, bu hakların hukuki ön koşullarını oluşturur.⁹⁰⁸ Hukuki ön koşulların yanı sıra anayasal hakların olgusal/gerçek ön koşulları da ayrı bir önem arz eder. Bu bağlamda, siyasi kültür, sosyal iklim, vatandaşların liberal anayasa ile uyumu, şekli yasa öncesi uyulan maddi anayasa, organizasyonel piyasa ekonomisi ve sosyo-kültürel koşullar, anayasal hakların olgusal/gerçek ön koşullarını oluşturur.⁹⁰⁹ Nitekim, yaşamak için gereken asgari maddi geçim/varlık olmadan anayasal hakların kullanılabilmesi mümkün değildir.⁹¹⁰

⁹⁰⁵ Peter Axer, "Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 68, Berlin, Walter de Gruyter, 2009, s. 186 vd.

⁹⁰⁶ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 296.

⁹⁰⁷ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 296.

⁹⁰⁸ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 296-297.

⁹⁰⁹ Dietrich Murswiek, "Grundrechte als Teilhaberechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 614 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 297.

⁹¹⁰ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 298.

Dördüncü tipoloji olarak anayasal hakların geçerlilik ön koşulları ile tanıma ön koşulları ileri sürülür. Buna göre, anayasal hakların geçerlilik ön koşulları, anayasal devletin otoritesi ve bu otoriteden kaynaklanan anayasanın bağlayıcılığı iddiasıdır.⁹¹¹ Anayasal hakların geçerliliğinin ön koşulları, sürekli olarak yenilenen bir anayasal kültüre, anayasa yargısına dayanmaktadır. Bu nedenle, daha çok devletin örgütlenmesiyle ve daha az anayasal haklarla ilgilidir.⁹¹² Anayasal hakların tanınmasının ön koşulları, anayasal belgelere ve bu belgelerin yorumlanmasına atıfta bulunmakta ve bu hakların olgusal ve hukuki ortamının yanı sıra kullanım koşullarında tanımaya yardımcı olan unsurlarda kendisini bulmaktadır.⁹¹³

2.2.3.3. Koşullu İnsan Hakları

İnsan hakları diskuruna göre, insan hakları evrensel ve koşulsuz olarak geçerlidir. Bu itibarla, insan haklarında dikkate alınan insan, kültürel ve siyasi özelliklerin ötesindedir. Geçerlilikleri devletin ilgili durumuna, hukuk sistemine veya sosyal koşullara bağlı değildir. Bu haklar, insan haklarının gerekliliklerini karşılamadıkları müddetçe, devleti, hukuku ve olguyu değiştirmeyi amaçlar. Bu bağlamda, insan hakları, kendilerini mekânsal farklılaşmaya ve tarihsel görelileştirmeye karşı savunur. “Her yerde ve her zaman geçerli olduklarını iddia eder. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, herhangi bir yeni öğretiyi ilan etmeyi amaçlamaz, ancak giriş bölümüne göre, yalnızca unutulmuş eski gerçekleri anımsatmayı ve onları her zaman akılda tutmayı amaçlar.”⁹¹⁴ İnsan hakları düşüncesi bunu ileri sürse de, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, *Habeas-Corpus* güvenceleri gibi yalnızca yeterli şekilde somutlaşmış insan hakları uygulamaya elverişlidir. Somutlaşan bu haklar da gerçekliğin/olgunun direnci ile karşı karşıya kalır ve koşulsuz olma durumlarını kaybeder. Bu haklar geçerlilik iddiasını, başta kültürel, sosyal, ekonomik ve kurumsal olmak üzere üzerinde hukuki etkiye bulunmak istedikleri yaşam alanına biçim ve içerik olarak uygun olmaları durumunda elde edebilir. İnsan hakları, zamansal ve mekânsal olarak ari bir insana atıf vermez. Yalnızca uygulama alanı buldukları yaşam alanındaki gerçek insana atıf verirler.⁹¹⁵ İnsan hakları, şu anda mevcut olan insanların tarihsel-toplumsal varlıklarını

⁹¹¹ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 811-812.

⁹¹² Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 813.

⁹¹³ Kirchhof, “Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen”, s. 813.

⁹¹⁴ Isensee, “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”, s. 266.

⁹¹⁵ Isensee, “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”, s. 267.

ve bilinçlerini, anılarını ve planlarını, ihtiyaçlarını ve bu ihtiyaçları sınırlı karşılama kabiliyetlerini yansıtır. Felsefi bir düşünceden değil, tarihsel adaletsizlik ve sefalet deneyiminden doğar. İnsan hakları, i) uygulanacak olan toplumdaki insanların zihinsel ve gerçek durumlarına ve ii) güvence alındıkları ve korudukları şeylere göre belirlenir. Dolayısıyla, insan haklarının tarihsel niteliği ve kültürel olarak koşullu oluşu vurgulanmış olur.⁹¹⁶

İnsan hakları doğal hukuka dayansa bile, bu doğal hukuk belirli bir zamana ve mekâna bağlı bir doğal hukuktur. Bu bağlamda insan hakları, Avrupa topraklarında filizlenmiş ve Antikite'nin geleneksel kaynaklarından tecessüm eden Rönesans ile Hristiyanlık ve Aydınlanmayla şekillenmiştir. Aydınlanmanın insan hakları kavrayışı, sanayi devrimi ile kalıcı olarak değiştirilmiştir.⁹¹⁷ Aydınlanmada, insan hakları, kendine yeten, eğitilmiş, varlıklı ve toprak sahibi vatandaş için şekillendirilirken, sanayi çağında mülksüz, ekonomik güvencesi olmayan, bağımlı ve zayıf sınıflara da bu kapının açılmak zorunda olduğu görülmüştür. Ekonomik bağımlılık tecrübesi ve sosyal koruma ihtiyacı, bir sùje olmak için gereken kendi kendine yeterlilik ilkesinin yerini almıştır. Zira insan haklarının etkili bir şekilde uygulanmasının piyasaya ilişkin yasalar nedeniyle başarısız olabileceği ve özel hukuk toplumunun bunu özerk bir şekilde üretmedikçe, devlet tarafından sağlanacak olan asgari sosyal güvenlik olmadan özgürlük ve eşitliğin gerçekleştirilemeyeceği görülmüştür. Bu bağlamda, orijinal insan hakları kavramı aşılmamakta ve fakat yeni boyutlar eklenerek genişletilmektedir.⁹¹⁸

İnsan hakları, yalnızca negatif statü hakları/liberal haklar olarak ele alındığında dahi hakların yüklediği yükümlülüklerin muhatabı ve geçerlilik için bir ön koşul olarak devlete atıfta bulunur. Negatif statü hakları, devleti dışlayan bir etkide bulunsa da hiçbir zaman anarşizmi imlemez.⁹¹⁹ Nitekim insan hakları düşüncesi her ne kadar doğal hukuka dayansa da, insan hakları, yalnızca pozitifleştirilen içeriği ile geçerli ve etkin olabilir. İnsan haklarının pozitifleştirilmiş haliyle anayasal haklar, pozitif hukuk

⁹¹⁶ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 267.

⁹¹⁷ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 267-268. Uygun, insan haklarının evrensel niteliğini kabul etmekle birlikte, insan haklarının Batı'ya özgü sosyal, ekonomik ve koşullara bağlı olarak oluştuğunu ve en azından bu başlangıçta zamana ve mekâna bağlı olduğunu kabul eder. Bkz. Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, Ed. by Oktay Uygun, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 23-24.

⁹¹⁸ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 268-269.

⁹¹⁹ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 271-272.

niteliğine sahiplerdir ve pozitif hukukun kaderini paylaşır.⁹²⁰ Anayasal haklar, devletin hukuk sisteminin bir parçasıdır. İnsan haklarının ise ulusüstü bir niteliğe sahip olduğu iddia edilir. Anayasal haklar, belirli bir devletteki hakları imler. Anayasal hakların temelleri ve güvenceleri, devlet içerisinde yer alır. Anayasal haklar, anayasanın geçerliliğini ve önceliğini paylaşır ve belirlilik ve uygulanabilirlik bakımından insan haklarından üstündür.⁹²¹ Nitekim 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, bir yanda insan haklarından (*droits de l'homme*) bahsederken, diğer yanda yurttaş haklarından (*droits du citoyen*) bahsetmektedir. Buradaki insan hakları ile insanların devlet düzenini önceleyen doğa durumunda sahip oldukları haklar ifade edilirken, yurttaş hakları ile devlet düzeninden doğan haklar ifade edilir.⁹²²

2.2.3.4. Anayasal Hakların Ön Koşulları

Anayasal hakların etkililik ve kullanım ön koşulları, anayasal hakların belirli ön koşullar çerçevesinde güvence altına alındığını imler ve bu bağlamda hakların içeriğini ve etki kuvvetini belirler. Bu itibarla etkililik ve kullanım ön koşulları ile anayasal haklar yeniden keşfedilir.⁹²³ İkinci olarak etkililik ve kullanım ön koşulları ile anayasal hakların uygulanmasında gerçeklik ile daha güçlü bir bağlantı kurulur. Yaşam alanı ile hakkın kapsamı arasında yapılan ayırım⁹²⁴, koruma alanının tanımlayıcı ve normatif bir unsur içerdiğini ortaya koymaktadır. Tanımlayıcı olan, özgürlüğün (din, bilim, sanat vs.) gerçekleştiği yaşam alanını kapsar. Normatif olan ise anayasal hakların güvence altına aldığı içeriği ifade eder. Bu öğreti, geniş yorumlanan anayasal hakları yaşam alanından ayırmak ve böylece güvence altına aldığı içeriklere bir profil ve hudut vermek ister. Yaşam alanı ile koruma alanı arasındaki ayırım, hukukun kaynakları teorisine (*Rechtsquellenlehre*) kadar geri götürülebilir. Yasama organı, büyük ölçüde yaşam ilişkilerini yasal bir ilişkiye dönüştürür.⁹²⁵ Yaşam ilişkileri, az veya çok ölçülerini

⁹²⁰ Krş. Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 275.

⁹²¹ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 278.

⁹²² Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 279-280.

⁹²³ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 814.

⁹²⁴ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.3.**

⁹²⁵ Gustav Radbruch, "Die Natur der Sache als Juristische Denkform", **Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres**, Ed. by Gustaf C. Hernmarck, Hamburg, J. P. Toth, 1948, s. 171-172; Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 815.

ve düzenlerini kendi içlerinde taşır.⁹²⁶ Yasa sadece yasama organının yaratıcı iradesinin bir tezahürü değil, aynı zamanda insanların kendi yaşamlarının bir ifadesidir.⁹²⁷ Üçüncü olarak anayasal hakların etkililik ve kullanım ön koşulları, özgür olma kabiliyetinin ve isteğinin yenilenmesi ve yeniden canlandırılması sonucunu doğurur. Burada makul bir özgürlük için sağlam bir temel atmak ve böylece özgür yönetim biçiminin gerçekten içsel bir gereklilik olarak ortaya çıkmasının sağlanması istenmektedir.⁹²⁸ Bu bağlamda, özgürlüğe adanmış bir devletin ve özgürlüğe hakkı olan insanların oluşturulması ile özgürlüğün güçlendirilmesi gerekir.⁹²⁹

Bir devlette elde edilebilecek özgürlük derecesi, anayasal belgelerde ilan edilen özgürlükten değil, organizasyonel güvencelerden ve özgürlüğün fiili olarak kullanımıyla ortaya çıkar.⁹³⁰ Anayasal haklar, kendilerine uygun bir devlet teşkilatına bağlıdır. Anayasal haklar, kuvvetler ayrılığı, sosyal devlet, hukuk devleti gibi genel olarak anayasalarda yazılı olan yapısal ilkelerin yanı sıra, dayanışma, egemenlik ve şiddet tekeli gibi yazılı olmayan yapısal ilkelere bir ön koşul olarak atıfta bulunur.⁹³¹

Anayasal hakların normatif olarak yerine getirilip getirilmediğine veya ne ölçüde yerine getirildiğine sosyal hayatın gerçekliğinde karar verilir. Devletin organizasyonu ve fonksiyonelliği, burada kaçınılmaz bir etken oluşturur. Bu bağlamda, devletin organizasyonu da anayasal haklardan doğan yükümlülükleri yerine getirecek şekilde şekillendirilmelidir.⁹³² Anayasal hakların gelişimi temel olarak, anayasanın geçerli olduğu topluma bağlıdır. Toplumsal yapı, normların gerçek bir biçim alıp alamayacağını ve nasıl alacağını belirler. Halkın ruhu, eğitim seviyesi, yaşam biçimi, toplumun entelektüel iklimi, sosyal gelenekler, gelirlerin dağılımı ve teknik ve ekonomi düzey etkenleri anayasal hakların nasıl uygulanacağını belirler ve anayasal hakların ön koşullarını

⁹²⁶ Heinrich Dernburg, **Pandekten**, Bd. I, 6. Auflage, Berlin, H. W. Müller, 1900, s. 84; Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 815.

⁹²⁷ Friedrich Carl von Savigny, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, s. 30; Friedrich Carl von Savigny, **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan, 2018, s. 57; Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 815.

⁹²⁸ Eichendorff, "Preußen und die Konstitutionen", s. 326.

⁹²⁹ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 816.

⁹³⁰ Stern, "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", s. 22 vd.

⁹³¹ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 318.

⁹³² Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 282.

oluşturur.⁹³³ Mevcut anayasal haklar, zamanımızın insanları için oluşturulmuştur.⁹³⁴ Sözelimi, meslek özgürlüğü hakkı, tarım ülkelerindeki insanlara sanayileşmiş ülkelerdeki insanların sahip oldukları olanaklardan farklı şeyler sunar. Doğal kaynaklara ve ucuz işgücüne sahip ülkelerde mülkiyet özgürlüğü, ekonomisi ilgili kişilerin bilimsel, teknik ve ekonomik niteliklerine dayanan ülkelerden farklı bir temel sunar. Ancak her şeyden önce, toplumdaki ve devletteki kültürel standartlar, anayasal hakların etkinliği ve tasarımı için ön koşulları belirler.⁹³⁵

Bir anayasa normunun geçerlilik iddiası, normun gerçekleşme koşullarıyla özdeş değildir. Anayasa normlarının normatif argümanları, bu koşullara ayrı bir unsur olarak eklenir.⁹³⁶ Bununla birlikte, anayasal hak normlarının gerçekleşme koşullarından ilki devletin varlığıdır. Devlet anayasanın hem nesnesini hem de geçerliliğinin ön koşulunu oluşturur.⁹³⁷ Devletin etkililik ön koşullarına ilişkin ortak sorumluluğu, onu özgürlüğün garantörlerinden biri ama potansiyel olarak da karşıtı haline getirir. Devlet sadece anayasal haklara zaman zaman müdahale eden bir egemen değil, her şeyden önce yasa koyucu, düzenleyici, finansman sağlayıcı, eylem araçlarını özgürlüğe uygun bir ortam yaratmak için kullanan, ancak bu süreçte özgürlüğü tehlikeye de atabilen bir aktördür.⁹³⁸ Bir anayasanın geçerlilik iddiası, devletin faal olamaması ve normlarını yerine getirememesi ve uygulayamaması söz konusu olduğunda sona erer. Ancak yalnızca normların etkililiğinde bir zayıflık söz konusu ise anayasanın geçerlilik iddiası sona ermez ve fakat anayasanın etkililiği ile ilgili sorun gündeme gelir. Bir norm, muhataplarının davranışlarını tamamen olmasa da belirli ölçüde uymasını sağlıyorsa etkilidir.⁹³⁹ Nitekim bir anayasal hak normu, anayasal haklar ile yükümlü olan muhataplarını kabaca yönlendiriyorsa ve anayasal hak sahiplerine, anayasal haklar tarafından güvence altına alınan özgürlüğü fiili olarak kullanma ve anayasal haklar tarafından kapsanan menfaatlere fiili olarak güvence altına alınma şansı tanıyorsa

⁹³³ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 282-283.

⁹³⁴ Leibholz - Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes**, s. 50.

⁹³⁵ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 816-817.

⁹³⁶ Heller, **Staatslehre**, s. 259 vd.

⁹³⁷ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 289. Aynı yönde bkz. Matthias Uffer, **Die Grundrechtskollision: Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik**, Baden-Baden, Nomos, 2021, s. 45.

⁹³⁸ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 826.

⁹³⁹ Kelsen, **Reine Rechtslehre**, s. 373, 385; Kelsen, **Pure Theory of Law**, s. 208, 212.

etkilidir.⁹⁴⁰

Anayasal hak normları, her bir anayasal hak normunun düzenlediği konuya karşılık gelen ön koşullara atıfta bulunur. Sözelimi basın özgürlüğü, yayınevlerinin özel sektördeki altyapısına; sendika hakkı, toplu iş sözleşmesinin taraflarının fonksiyonelliğine; dini eğitim güvencesi, devlet ile iş birliği yapmaya kabil ve istekli olan tutarlı, temsili ve etkili olan dini topluluğa/topluluklara atıfta bulunur.⁹⁴¹ Birçok durumda, anayasal haklar birbirlerinin ön koşulunu oluşturur. Burada bir anayasal hakkın güvence altına aldığı içerik, başka anayasal hakların etkililiği için bir ön koşuldur. İnsan onurunun, yaşamın ve vücut bütünlüğünün korunması genel olarak özgürlüğe sahip özneyi güvence altına alır. Evlenme ve aile hakkı, insan gelişiminin koşullarını besler ve bu sebeple, modern iş, sosyal güvenlik ve vergi hukukunda toplumdaki bu geleceğin güvencesinin sürdürülmesi için çerçeve koşulları güvence altına alır.⁹⁴² Din özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve ifade özgürlüğü, özgür olma kabiliyetinin ve isteğinin kültürel ön koşullarını yaratır. Konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğüne mekânsal bir alan sağlar.⁹⁴³

Anayasal hakların temel ön koşullarından bir diğeri devletin birliğidir. Anayasal haklar, vatandaşlar ile devlet arasında hukuki bir ilişkinin olduğu devlet şeklinde örgütlenmiş bir topluluk içinde geçerli olabilir.⁹⁴⁴ Özellikle günümüzde anayasal hakların güvence altına alınması oldukça önemlidir. Bu sebeple, devlet yalnızca anayasal haklar oluşturmakla kalmaz. Anayasal haklar, kendilerinden önce gelen ve devleti bir siyasal birlik olarak koruyan birleştirici bir bağa ve kültürel homojenliği garanti eden bir güce ihtiyaç duyar.⁹⁴⁵ Devletin birliği ve vatandaşların tesanütü/dayanışması ön koşulu, genel olarak anayasanın bir ön koşuludur. Anayasa, bir halkın anayasa

⁹⁴⁰ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 290.

⁹⁴¹ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 294; Herbert Krüger, "Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen", **Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag**, Ed. by Horst Ehmke - Joseph H. Kaiser - Wilhelm A. Kewenig - Karl Matthias Meessen - Wolfgang Rübner, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, s. 286.

⁹⁴² BVerfGE 87, 1 (38 vd.) - Trümmerfrauen [1992]; BVerfGE 88, 203 (270 vd., 282 vd.) - Schwangerschaftsabbruch II [1993]; BVerfGE 99, 216 (232-233) - Familienlastenausgleich II [1998].

⁹⁴³ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 818-819.

⁹⁴⁴ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 320.

⁹⁴⁵ Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", s. 169; Böckenförde, "The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat", s. 70.

yapmaya kabil iktidarından elde edilir. Bu bağlamda, anayasayı önceleyen bir siyasal birlik olarak halk, anayasanın bir yaratımı değil, yaratıcısıdır.⁹⁴⁶ Merkezci çabalar, ulus ve devlet birliğini bir arada ne kadar güçlü tutarsa, anayasal hakların içerdiği merkezkaç/merkezsizleştirici potansiyeli o kadar zengin ve kamu yararına zarar vermeden ortaya çıkabilir.⁹⁴⁷ Halkın ulusal ve devlet içindeki birliği, bir dayanışma/tesanüt/asabiyye⁹⁴⁸ toplumu (*Solidargemeinschaft*) niteliği taşır. Bu tesanüt, tüm vatandaşların, genel ihtiyaç ve tehlikede birbirlerine koruma ve savunma istekliliği ve yükümlülüğünden oluşur.⁹⁴⁹ Bu, devlet ve toplumun birbirinden ayrılmasından önce oluşur. Dayanışma/Tesanüt/Asabiyye toplumu, özellikle bireylere tanınan kazanılmış haklar ve gelirlerin devlet tarafından yeniden dağılımı ile bireylerin anayasal haklarını yönetir, sınırlar ve tahdit eder.⁹⁵⁰

Özgürlük aynı zamanda kurumsal ve örgütsel çerçeve koşullara ihtiyaç duyar. Liberal demokrasi halka⁹⁵¹ ve devlete dayanır.⁹⁵² Hukukun bağlayıcılığı, kuvvetler ayrılığı, anayasal hakların mahkemeler tarafından korunması ve hukuk devleti, anayasal hakların etkililik koşullarını ve yaratıcı gücünü oluşturur. Bilim ve öğrenim özgürlüğü, ağırlıklı olarak devlet üniversitelerinde gerçekleşir. Sanat özgürlüğü, sanat akademilerini, devlet operalarını ve tiyatrolarını, sanat eserinin alıcısını talep eder. Din özgürlüğü, kiliseleri/camileri/dini örgütleri gerektirir. Basın ve yayın özgürlüğü, yayıncılara, editörlere, özel ve kamu yayıncılarına bağlıdır.⁹⁵³

Şiddet tekeli, modern devletin temeli olarak her anayasayı ve anayasal hakları önceleyerek anayasal hakların ve anayasanın ön koşullarından birisini oluşturur. Anayasalar genel olarak açık bir şekilde vatandaşlarının şiddet kullanmasını yasaklamaz.

⁹⁴⁶ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 320.

⁹⁴⁷ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 321.

⁹⁴⁸ Asabiyye kavramı için bkz. İbn Haldun, **Mukaddime**, C. II, Çev. Süleyman Uludağ, 6. baskı İstanbul, Dergâh Yayınları, 2006, s. 629 vd.; Oktay Uygun, **İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı**, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 34 vd.; Ümit Hassan, **İbni Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s. 205 vd.

⁹⁴⁹ Otto Depenheuer, "Solidarität und Freiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 676 vd., 692 vd.

⁹⁵⁰ Depenheuer, "Solidarität und Freiheit", s. 677 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 321.

⁹⁵¹ BVerfGE 83, 37 (50 vd.) - Ausländerwahlrecht I [1990].

⁹⁵² Uwe Volkmann, "Setzt Demokratie den Staat voraus?", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 127, No. 4, 2002, pp. 575-611, s. 575 vd.

⁹⁵³ Kirchhof, "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", s. 827.

Ancak anayasal haklar ve özgürlük, devlet tarafından sağlanan barışçıl bir toplum ile mümkündür. Böyle bir toplumun inşa edilememesi, devleti anarşiye sürükler.⁹⁵⁴ Devletin şiddet kullanma tekeli burada vatandaşların yükümlülüğüne tekabül eder. Vatandaşlar, fiziksel şiddetten kaçınma ve çıkar çatışmalarını ve anlaşmazlıklarını yalnızca hukuk aracılığıyla çözüme yükümlülükleri ile yüklenmiştir. Bu aynı zamanda, farklı dini inançlara ve sembolere, siyasi görüşlere ve sosyal gruplara/sınıflara saygı ve hoşgörü göstermeyi de gerektirir.⁹⁵⁵ Şiddet tekelinin sürdürülmesi, kamu yararı uyarınca devlete yüklenen bir yükümlülüktür. Devlet bu yükümlülüğü, anayasal hakların bir ön koşulu olarak iç güvenliği sağlayarak büyük ölçüde yerine getirebilir.⁹⁵⁶ İç güvenlik, hem bir etkililik hem de kullanım ön koşuludur. Bir birey, ifade özgürlüğünü kullandığında bu ifadelerden hoşnutsuz olan kimselerin fiziksel saldırılarından korkmak zorunda olmadığı sürece ve ölçüde ifade özgürlüğü hakkını kullanabilir. Genel olarak şiddet tehdidi, anayasal hakların etkililiğini zayıflatır.⁹⁵⁷ Devletin güç kullanma tekeli yasaların uygulanmasına, yani vatandaşların, güvenliklerinin ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet eder. Yasal barış ve yasal kesinlik ancak devlet gücünün şiddet eylemlerine karşı meşru fiziksel güç tekeliyle etkili bir şekilde kullanılması halinde garanti altına alınır. Hukuk ancak güvenilir bir şekilde uygulandığı ve icra edildiği sürece geçerlidir. Devlet bunu yapamazsa güvenilirliğini kaybeder. Devlet düzeninin güvenilirliğini tehlikeye atan herkes onun varlığını sürdürmesini de tehlikeye atar. Devlet gücünün aşırı derecede azaltılması, devlet-dışı şiddetin aşırılığının kolayca ortaya çıkmasına zemin hazırlar.⁹⁵⁸

Anayasal haklar, devletin (iç) egemenliğine bir diğer ön koşul olarak ihtiyaç duyar. Anayasal haklar, toplumdaki anayasaya ve yasaya itaate gönülsüz olan bir sosyal grubun en güçlüsü ile bir çatışma durumunda, kamu yararının ve anayasal hakların bütünlüğünü bağlayıcı olarak uygulama kapasitesine ihtiyaç duyar. Eğer devlet kurumları, belirli siyasi, ekonomik ve ideolojik kuvvetlere karşı bağımsız ise

⁹⁵⁴ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 322-323; Hopfauf, "Einleitung", s. 82; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 25.

⁹⁵⁵ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 323-324.

⁹⁵⁶ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 324.

⁹⁵⁷ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 325.

⁹⁵⁸ Reinhold Zippelius, **Allgemeine Staatslehre**, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2017, s. 48-49; Hopfauf, "Einleitung", s. 82

anayasal haklar özgün anlamına kavuşur. İktidarın toplandığı yerin devletten bir sosyal topluluğa/hizbe kayması, anayasal hakların temel işlevini boşluğa sürükler.⁹⁵⁹

Kuvvetlerin/Erklerin ayrılığı, anayasal hakların uygulanabilmesinde önemli bir ön koşuldur. Anayasal hakların hukuki olarak bağlayıcı olması kuvvetlerin ayrılması ile yapısal olarak mümkün hale gelir. Kuvvetler ayrılığında devlet teşkilatı hukukun üstünlüğüne tabidir.⁹⁶⁰ Nihayetinde, kuvvetler ayrılığı devlet iktidarının anayasaya ve yasalara bağlı olması demektir.⁹⁶¹ Anayasal hakların ve kuvvetler ayrılığının amacı, devleti hukuk ile bağlı kılarak bireyin özgürlüğünü güvence altına almak ve devlet iktidarını sınırlandırmaktır.⁹⁶²

Anayasal haklar sübjektif bir hak olarak geçerli olabilen ve uygulanması kendiliğinden gerçekleşebilen bir norm değildir. Anayasal hakların sübjektif bir hak olarak uygulanabilmesi belirli olgulara, diğer bir deyişle ön koşullara bağlıdır. Bu bağlamda, bireyin bir anayasal hakkını kullanması, bu anayasal hakkı tanıyabilen ve bütün kurumları ile anayasal hakkın etkililiğini sağlayabilen bir devletin varlığına bağlıdır. Anayasal hakların yorumlanmasında demokratik devletin ve organlarının işleyişinin tehlikeye atılmaması gerekir ve bunların mevcudiyeti ve fonksiyonelliği, bütün anayasal hakların geçerliliği için bir ön koşuldur. Bu bağlamda, anayasal hakların ön koşulları, büyük ölçüde anayasal kurumların organizasyonu ve fonksiyonelliği ile ilgilidir.⁹⁶³ Demokrasi özgürlüğü gerektirir. Ancak bu da işleyebildiği takdirde etkili olan ve sürdürülen, kuvvetlerin ayrılığı ve bu yetkilerin devlet içindeki organizasyonuna dayanır. Bu sebeple, devletin egemenliği ve şiddet uygulama tekeli bulunmaktadır. Devletin fonksiyonelliği, anayasal hakların yorumlanmasında tehlikeye atılmaması gereken bir ön koşuldur.⁹⁶⁴

Sözgelimi teröristlerin bir kişiyi rehin aldıkları ve rehini salıverme karşılığında hapisteki/tutuklu 11 teröristin serbest bırakılmasını talep ettikleri ve kamu

⁹⁵⁹ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 325.

⁹⁶⁰ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 328.

⁹⁶¹ Martin Kriele, "Menschenrechte und Gewaltenteilung (1986)", **Recht - Vernunft - Wirklichkeit**, Ed. by Martin Kriele, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, s. 194.

⁹⁶² Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 328.

⁹⁶³ Kriele, "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", s. 215; Isensee, "Staat und Verfassung", s. 100-101; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 288.

⁹⁶⁴ Kriele, "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", s. 215.

makamlarının bunu kabul etmemesi sonucunda rehinenin öldürüldüğü *Schlayer* vakasında⁹⁶⁵, FAYM, anayasanın yalnızca belirli bir bireyin yaşamını değil, bütün vatandaşlarının yaşamını koruduğunu belirterek devletin bireyin yaşamını koruma yükümlülüğünü ihlal etmediğini belirtir.⁹⁶⁶ Kriele'ye göre, bu kararın altında yatan temel gerekçe devletin fonksiyonelliğidir. Kamu makamlarının teröristlerin taleplerini kabul etmesi durumunda, nihai karar alma yetkisinin ve egemenliğin teröristlere devri gerçekleşir. Bu durumda, teröristler, herhangi bir kararı aldirmek için ölüm tehditlerini kullanabilirler ve devlet teröristlerin isteklerine boyun eğmek zorunda kalır. Bu, aynı zamanda hukuk devletinin ve insan onurunun da sonu olur. Bu bağlamda, anayasal haklar içerisindeki en yüksek değerlerden birisini teşkil eden bir anayasal hak (yaşam hakkı)⁹⁶⁷, anayasal hakları koruyan devletin fonksiyonelliği karşısında ağır basamaktadır.⁹⁶⁸ Bu bakımdan, her vatandaşın, anayasal haklarını kullanırken anayasal haklarını güvence altına alan devletin ve devletin kurumlarının fonksiyonelliğini dikkate alması beklenmelidir. Bu, insan imgesinin yanı sıra anayasanın bireyin anayasal haklarına getirdiği sınıra bir gerekçe teşkil eder.⁹⁶⁹

2.2.4. Anayasanın Bütünlüğü

Anayasal hakların içkin sınırlandırılması doktrinde içkin sınırlama için beliren diğer bir gerekçe ise anayasanın bütünlüğü ilkesidir.⁹⁷⁰ Anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal norm metinlerinin tek başına ve izole bir şekilde ele alınmaması ve yorumlanmaması gerekliliğini ifade eder. Bir anayasal norm metni ile diğer anayasal norm metinleri arasında bir iç bütünlük sağlayan anlamsal bağ bulunmaktadır. Bu bağlamda, anayasanın bu bütüncül içeriğinden, tekil anayasa maddelerinin tabi olduğu anayasal ilkeler ve temel kararlar elde edilir.⁹⁷¹ Sistematik yorum yönteminden

⁹⁶⁵ BVerfGE 46, 160 - Schleyer [1977].

⁹⁶⁶ BVerfGE 46, 160 (165) - Schleyer [1977].

⁹⁶⁷ BVerfGE 46, 160 (164) - Schleyer [1977].

⁹⁶⁸ Kriele, "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", s. 215-216.

⁹⁶⁹ Kriele, "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", s. 217.

⁹⁷⁰ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 560-561; Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 664-665.

⁹⁷¹ BVerfGE 1, 14 (32) - Südweststaat [1951]; BVerfGE 19, 206 (220) - Kirchenbausteuer [1965]; BVerfGE 33, 23 (29) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]; BVerfGE 34, 165 (182-183) - Förderstufe [1972]; BVerfGE 55, 274 (300) - Berufsausbildungsabgabe [1980]; Fritz Ossenbühl, "Grundsätze der Grundrechtsinterpretation", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 604 vd.; Hopfauf, "Einleitung", s. 62 vd.; Klaus Stern, "Einleitung: Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 48; Hans

kaynaklanan⁹⁷² anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal normlar arasındaki gerilimleri ve uyuşmazlıkları inkâr etmeyi gerektirmez ve fakat bu gerilimleri ve uyuşmazlıkları birbirlerine uyumlulaştırmayı gerektirir. Dolayısıyla anayasanın bütünlüğü ilkesi, önceden oluşturulan bir anayasal uyumdan ziyade, normlar arasında çıkan uyuşmazlıkları birbirine uyumlulaştırabilen araçlara sahip bir anayasal sistemi gerektirir.⁹⁷³ Nitekim burada da bir meta-ilke olarak kabul edilmesi gereken pratik uyuşum ilkesi (*praktische Konkordanz*)⁹⁷⁴ tebellür eder. Buna göre, anayasal normlar arasında bir gerilim, uyuşmazlık veya çatışma olduğunda, bu anayasal normlar arasındaki uyumlulaştırma, tamamıyla bu anayasal normlardan birisinin zararına olmamalı ve bu iki anayasal normun optimal etkililiği sağlanmalıdır.⁹⁷⁵ Böylece, anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal hakların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin⁹⁷⁶ gözetilmesini de gerektirir.

FAYM, özellikle sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında anayasanın bütünlüğü ilkesine bir gerekçe olarak dayanır. Bu bağlamda, çatışan diğer kişilerin anayasal hakları veya anayasal değerler, anayasanın bütünlüğü ilkesi dolayısıyla anayasal hakları sınırlandırılabilir.⁹⁷⁷ AYM'nin anayasanın bütünlüğü

D. Jarass, "Einleitung", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 8-9. Türk Anayasa Mahkemesi, anayasanın bütünlüğü ilkesini tanısa da, bu ilkeyi kapsamlı bir şekilde tanımlamamıştır. Yalnızca bu ilkenin gerekliliği olarak, bir anayasa normunun diğer bir anayasal norma aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. AYM, E.2013/84, K.2014/183, Karar Tarihi 04.12.2014. Aynı şekilde AİHM de Sözleşme bütünlüğü ilkesini benimsemekle birlikte detaylı bir şekilde tanımlamaktan kaçınmıştır. Bkz. *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, B, para. 1, 7; *Golder v. the United Kingdom*, App. 4451/70, 21 February 1975, para. 30.

⁹⁷² FAYM ise anayasanın bütünlüğü ilkesini mantıksal-amaçsal yorum ile eşleştirmiştir. Bkz. BVerfGE 19, 206 (220) - Kirchenbausteuer [1965].

⁹⁷³ Christian Pestalozza, "Der Garantiegehalt der Kompetenznorm: Erläutert am Beispiel der. Art. 105ff. GG", **Der Staat**, Vol. 11, No. 2, 1972, pp. 161-188, s. 181-182; Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 665; Stern, "Die Auslegung der Grundrechte", s. 1743; Horst Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 20, Berlin, Walter de Gruyter, 1963, s. 77.

⁹⁷⁴ Bkz. **Bölüm 1.4.3.**

⁹⁷⁵ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 27.

⁹⁷⁶ Bkz. **Bölüm 1.4.1.**

⁹⁷⁷ BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; BVerfGE 32, 98 (107-108) - Gesundheitsberuf [1971]; BVerfGE 33, 23 (29) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]; BVerfGE 34, 165 (182-183) - Förderstufe [1972]; BVerfG, **NJW**, 1977, pp. 1279-1281, s. 1279 - Unzulässigkeit der Überlegungsfrist und der Nachbesteuerung bis zum Jahresende bei Kirchenaustritt; BVerfGE 47, 327 (369-370) - Hessisches Universitätsgesetz [1978]; BVerfGE 52, 223 (246-247) - Schulgebet [1979]. Krş. Mahrenholz ve Böckenförde'nin karşı oyu için bkz. BVerfGE 69, 1 (62-63) - Kriegsdienstverweigerung II [1985]; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 560-561.

ilkesine fazla başvurduğu söylenemez.⁹⁷⁸ AYM'ye göre, anayasanın bütünlüğü ilkesi, bir anayasa normunun diğerine aykırı olmamasını gerektirir. Bu bakımdan, bir anayasal (hak) norm metninin anlamı, içeriği ve sınırları belirlenirken, anayasanın diğer hükümlerinin gözetilmesi gerekir.⁹⁷⁹ AYM, nadiren bir gerekçe olarak dayandırılan anayasanın bütünlüğü ilkesini, bir anayasal hakkı (basın özgürlüğü), diğer bir anayasal hakkın (ifade özgürlüğü) kapsamına alınırken⁹⁸⁰, dolayısıyla anayasal hakların *yarışmasında* (*Grundrechtskonkurrenz*); Türk Anayasası Madde 13'te belirtilen sınırlama gerekliliklerinin Madde 67'de düzenlenen seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının sınırlandırılmasına uygularken⁹⁸¹; iki anayasal hakkın çatışmasında, Türk Anayasası Madde 74'te düzenlenen dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkını, Madde 22'de düzenlenen haberleşme özgürlüğü ile sınırlandırırken⁹⁸² ve nihayetinde bir anayasal hakkı sınırlandırırken⁹⁸³ kullanmıştır.

AİHM de Sözleşme ve Protokollerin bir bütün olarak incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸⁴ Buna göre Sözleşme, bir bütün olarak okunmalı ve Sözleşme'nin hükümleri arasında bir iç tutarlılığı ve uyumu destekleyecek şekilde yorumlanmalıdır. Her maddenin yorumu, Sözleşme'nin mantığı ile uyumlu olmalıdır.⁹⁸⁵ AİHM,

⁹⁷⁸ Anayasanın bütünlüğü ilkesinin ilk olarak 2000'li yıllarda, norm denetimi kararlarında Fazıl Sağlam'ın karşı oylarında yer aldığı görülmektedir. Bkz. AYM, E.2001/143, K.2004/11, Karar Tarihi 10.02.2004; AYM, E.2002/143, K.2004/46, Karar Tarihi 31.03.2004.

⁹⁷⁹ AYM, E.2013/84, K.2014/183, Karar Tarihi 04.12.2014.

⁹⁸⁰ *Bekir Coşkun Başvurusu*, Baş. No. 2014/12151, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 32.

⁹⁸¹ *Sebahat Tuncel Başvurusu*, Baş. No. 2012/1051, Karar Tarihi 20.02.2014, para. 71.

⁹⁸² AYM, E.2013/84, K.2014/183, Karar Tarihi 04.12.2014.

⁹⁸³ Her ne kadar Türk Anayasası Madde 172'de belirtilen anayasal norm (Tüketicilerin Korunması), Temel Haklar ve Ödevler bölümünde yer almasa da, Türk Anayasa Mahkemesinin bu maddeyi inceleme şekline bakıldığında, burada anayasanın bütünlüğüne dayanılarak tüketicilerin haklarının sınırlandığı görülmektedir. Bkz. AYM, E.2013/84, K.2014/183, Karar Tarihi 04.12.2014.

⁹⁸⁴ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, B, para. 1, 7.

⁹⁸⁵ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 68; *Leander v. Sweeden*, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, para. 78; *Maaouia v. France*, App. No. 39652/98, GC Judgment of 5 October 2000, para. 36; *Stec and Others v. the United Kingdom*, App. No. 65731/01; 65900/01, GC Decision of 6 July 2005, para. 48; *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)*, App. No. 32772/02, GC Judgment of 30 June 2009, para. 83; *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 101; *Haas v. Switzerland*, App. No. 31322/07, Judgment of 20 January 2011, para. 54; *Austin and Others v. the United Kingdom*, App. No. 39692/09 and 2 others, GC Judgment of 15 March 2012, para. 54; *Catan and Others v. Moldova and Russia*, App. No. 43370/04 and 2 others, GC Judgment of 19 October 2012, para. 136; *Marguš v. Croatia*, App. No. 4455/10, GC Judgment of 27 May 2014, para. 128; *Lambert and Others v. France*, App. No. 46043/14, GC Judgment of 5 June 2015, para. 142; *A and B v. Norway*, App. No. 24130/11; 29758/11, GC Judgment of 15 November 2016, para. 133; *Khamtokhu and*

Sözleşme'nin bütünlüğü ilkesine, çoğunlukla devletin taraf olmadığı ve fakat detaylı bir şekilde bir Protokolde düzenlenen maddeyle ilgili bir başvuru olduğunda, devletin Sözleşme kapsamındaki sorumluluğuna gitmek için bir gerekçe olarak dayanmıştır.⁹⁸⁶ Dolayısıyla burada, Sözleşme bütünlüğü Sözleşme haklarının kapsamını genişletmek için kullanılmaktadır. AİHM ayrıca Sözleşme haklarının normatif argümanlarını güçlendirmek, diğer bir Sözleşme hakkının korumasına vaka bakımından ilgili birden fazla Sözleşme hakkının normatif argümanlarını bir araya getirmek için de Sözleşme bütünlüğü ilkesine başvurmaktadır.⁹⁸⁷ AİHM bunların yanı sıra, bir hakkın kapsamını tehdit ederken veya sınırlandırırken de Sözleşme bütünlüğü ilkesine başvurmaktadır. *Schalk ve Kopf* vakası⁹⁸⁸ buna örnektir. Bu vaka, devletin Sözleşme çerçevesinde aynı cinsiyetten kişiler için evlenmeye izin verme yükümlülüğünün olup olmadığı ile ilgilidir. Başvurucular, Madde 12'nin yanı sıra Madde 8 ile bağlantılı Madde 14'ün ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, evliliğin bir toplumdan diğerine büyük ölçüde farklılık gösterebilen köklü sosyal ve kültürel çağrışımlara sahip olduğunu gözlemleyerek Madde 12'nin aynı cinsiyetten kişiler için evliliğe izin verme yükümlülüğünü devlete yüklediğini belirtmiştir.⁹⁸⁹ Madde 8 ile bağlantılı Madde 14'ün ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak ise Mahkeme, Sözleşme bütünlüğü ilkesine atıf yaparak, Madde 12'nin içermediği bir yükümlülüğü, daha geniş amaç ve kapsama sahip olan Madde 8 ile bağlantılı Madde 14'ün de içermeyeceğini ifade etmiştir.⁹⁹⁰ Aynı şekilde,

Aksenchik v. Russia, App. No. 60367/08; 961/11, GC Judgment of 24 January 2017, para. 75; *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, App. No. 1828/06 and 2 others, GC Judgment of 28 June 2018, para. 244; *Mihalache v. Romania*, App. No. 54012/10, GC Judgment of 8 July 2019, para. 92, 113.

⁹⁸⁶ Bkz. Abdulaziz, *Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, App. No. 9214/80 and 2 others, Judgment of 28 May 1985, para. 60; *Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, Judgment of 6 November 1980, para. 92 vd. Ayrıca bkz. White - Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 70; John G. Merrils, **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Manchester, Manchester University Press, 1988, s. 66-70; Senden, **Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal Sytem**, s. 60-61.

⁹⁸⁷ Bu konuda bkz. *Haas v. Switzerland*, App. No. 31322/07, Judgment of 20 January 2011, para. 54; *Catan and Others v. Moldova and Russia*, App. No. 43370/04 and 2 others, GC Judgment of 19 October 2012, para. 136; *Marguš v. Croatia*, App. No. 4455/10, GC Judgment of 27 May 2014, para. 128; *Lambert and Others v. France*, App. No. 46043/14, GC Judgment of 5 June 2015, para. 142; *A and B v. Norway*, App. No. 24130/11; 29758/11, GC Judgment of 15 November 2016, para. 133; *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, App. No. 60367/08; 961/11, GC Judgment of 24 January 2017, para. 75; *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, App. No. 1828/06 and 2 others, GC Judgment of 28 June 2018, para. 244. Ayrıca bkz. Senden, **Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal Sytem**, s. 61.

⁹⁸⁸ Bkz. *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010.

⁹⁸⁹ *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 62-63.

⁹⁹⁰ *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 101.

Mahkeme, Sözleşme bütünlüğüne başvurarak, Madde 12'nin kapsamadığı boşanma hakkının, daha geniş amaç ve kapsama sahip olan Madde 8'in kapsamı içerisinde değerlendiremeyeceğini dile getirmiştir.⁹⁹¹ Böylece AİHM, Sözleşme bütünlüğü ilkesine dayanarak, *Schalk ve Kopf* vakasında Madde 8 ile bağlantılı Madde 14'ün ve *Johnston ve Diğerleri* vakasında Madde 8'in kapsamını tahdit etmiştir.

Dolayısıyla insan imgesi öğretisinde olduğu gibi anayasanın bütünlüğü ilkesi veya Sözleşme bütünlüğü ilkesi, bu çalışmada incelenen anayasal sistemler çerçevesinde anayasal hakların diğer anayasal haklarla veya diğer anayasal değerlerle sınırlandırılmasına elverişli bir gerekçe ortaya koyar.

2.2.5. Değerler Düzeni

Bir anayasa, kendi varlığının biçimi ve formu ile ilgili siyasal karar üzerinde temellenir.⁹⁹² Nitekim bu kararı belirli entelektüel, ahlaki ve kültürel düşünceler ve inançlarla şekillenen ve kurucu iktidar olan halk⁹⁹³ verir. Bir hukuk normu oluşturulurken belirli bir sosyal gerçekliğin/sosyal normların dikkate alınması zorunluluğu⁹⁹⁴, aslında kurucu iktidarın kendi değerlerine uygun bir şekilde anayasayı belirlemesine yol açar. Böylece kurucu iktidar bir değerler sistemini normlaştırmış olur.⁹⁹⁵

⁹⁹¹ *Johnston and Others v. Ireland*, App. No. 9697/82, Judgment of 18 December 1986, para. 57.

⁹⁹² Schmitt, *Verfassungslehre*, s. 75-76; Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 125.

⁹⁹³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, "The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law", *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 181-182.

⁹⁹⁴ Bkz. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1987, s. 7; Hanneke Van Schooten, "Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication", *Interpretation, Law and the Construction of Meaning: Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice*, Ed. by Anne Wagner - Wouter Werner - Deborah Cao, Dordrecht, Springer, 2007, s. 7-10; Neil MacCormick - Ota Weinberger, "Introduction", *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986, s. 6 vd.; Ota Weinberger, "Die Norm als Gedanke und Realität", *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, s. 66 vd.; Ota Weinberger, "The Norm as Thought and as Reality", *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986, s. 37 vd.; John R. Searle, "How to Derive 'Ought' From 'Is'", *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 1, Jan., 1964, pp. 43-58, s. 52 vd.; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, s. 80, 133-134, 150.

⁹⁹⁵ Rudolf Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht (1928)", *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Ed. by Rudolf Smend, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, s. 264 vd.; Erich Kaufmann, "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Vol. 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1926, s. 16 vd.; Günther Holstein, "Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 51 (N.F.

FAYM'ın *Lüth* kararında⁹⁹⁶, Alman Anayasası için yaptığı belirleme de esasında, anayasanın kurucu iktidarın değerleriyle bağlı olduğunu gösterir. Buna göre, anayasa değerden bağımsız bir düzen öngörmez⁹⁹⁷, bilakis bir objektif değerler düzeni inşa eder. Kaynağını kişiliğini özgürce geliştirme özgürlüğünün ve insan onurunun yer aldığı toplumda bulan değerler düzeni, hukukun bütün alanlarından uygulanması gereken bir sistemdir. Böylece, değerler düzeni ile anayasal hakların geçerlilik kuvveti de güçlendirilmektedir.⁹⁹⁸ Her bir anayasal hak, bu değerler düzeninde bulunan değerleri korur ve güvence altına alır. Bir anayasal hakkın kapsamında yer alan bir davranış, hukuki pozisyon veya menfaatler, bu değerler düzeninde aldığı yere göre bir normatif argüman elde eder. Bu bağlamda, bir anayasal hakkın güvence altına alınması, objektif bir değer yargısı ortaya koyarken, anayasal hakların hepsi bir objektif değerler sistemi oluşturur.⁹⁹⁹

Değerler argümanının içtihatlarda benimsenmesi eleştirilmiştir. Ernst Forsthoff, değerler sisteminin benimsenmesini hukukun pozitifliğinin tümden terki olarak nitelemiştir. Eğer normun kendisi değere ve normun uygulanması değerlerin uygulanmasına dönüştürülürse, normun içeriğinin belirlenme süreci, yorumlamadan, değer analizi ve değer dengelemesine dönüşür. Bu durumda ise hukuki bir faaliyet değil, felsefi bir faaliyet gerçekleştirilmiş olur.¹⁰⁰⁰ Forsthoff, değerler sisteminin benimsenmesi ile anayasanın çözüleceğini, anayasa hukukunun belirsizliğe sahip olacağını ve şekli anayasa hukukunun sona ereceğini iddia eder.¹⁰⁰¹ Schmitt de yorumsal sübjektifliğin mevcut değer yargılarının kontrolden çıkmasına ve daha da önemlisi değerlerin tiranlığına yol açacağını belirtir.¹⁰⁰²

1970'li yıllarda ise değer argümanına yönelik benzer eleştiriler baş gösterir.¹⁰⁰³ Goerlich, değerler argümanının her sonucu meşrulaştırabileceğini ileri sürer. Değerler

12), No. 2, 1927, pp. 187-254, s. 196 vd.

⁹⁹⁶ BVerfGE 7, 198 - Lüth [1958].

⁹⁹⁷ BVerfGE 2, 1 (12) - SRP-Verbot [1952]; BVerfGE 6, 32 (40-41) - Elfes [1957].

⁹⁹⁸ BVerfGE 7, 198 (205) - Lüth [1958].

⁹⁹⁹ Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 119.

¹⁰⁰⁰ Erns Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", **Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973**, Ed. by Ernst Forsthoff, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 1976, s. 132 vd.

¹⁰⁰¹ Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", s. 132 vd.

¹⁰⁰² Carl Schmitt, **Die Tyrannei der Werte**, 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, s. 39 vd.

¹⁰⁰³ Bkz. Klaus Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 913-915.

düzeni, böylece anayasa hukukunun belirsiz bir ögesi veya anayasanın yorumlanmasında bir muamma haline gelir.¹⁰⁰⁴ Yargının gerekçelendirme yükümlülüğünü güvence altına almak için bu yöntemin reddedilmesi gerekir.¹⁰⁰⁵ Böckenförde, özellikle değer kavramlarının ve değer yargılarının hızlı değişiminin anayasal hakların yorumlanmasını da etkileyeceğini bir tehlike olarak belirtir.¹⁰⁰⁶ Böckenförde'ye göre, değerler için rasyonel bir gerekçelendirmeyi veya değerlerin tartımı veya sıralanması için rasyonel olarak tanınabilir ve tartışılabilir bir tercih sistemini gösteren bir husus yoktur. Değerlerin oluşturduğu mantık, herhangi bir vakada, mevcut değer gerekçelendirmesini dikkate almaksızın, daha yüksek olan değer koşulsuz olarak daha alt değerlere üstün geleceği eğilimini dikte eder.¹⁰⁰⁷ Bunların yanı sıra, değerler argümanı, kararların dayandığı asıl temelleri ve gerekçeleri görmeyi engeller.¹⁰⁰⁸ Denninger'e göre, değer argümanına dayanma, argümantasyonda tartışılmaz ve çürütülemez bir pozisyon almak anlamına gelir. Değerler ancak değerler ile görelileştirilebilir. Fakat değerleri tercih etme veya takip etme süreci, mantıksal-kavramsal çabadan kaçınır.¹⁰⁰⁹ Bu eleştirilerin temel ortak noktası ise değerler argümanının yargılama sürecinde rasyonel gerekçelendirmeyi ortadan kaldırmasıdır.¹⁰¹⁰

Değerler düzeninin temeline inildiğinde, değerler düzenine yönelen bu itirazların yerinde olmadığı görülecektir.¹⁰¹¹ Temel değerler düzeni, bulunduğu kabın şeklini alan bir yapı olarak pozitif hukuk düzenini kapsamaz ve fakat pozitif hukuk

¹⁰⁰⁴ Helmut Goerlich, **Wertordnung und Grundgesetz: Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts**, Baden-Baden, Nomos, 1973, s. 133, 135, 140.

¹⁰⁰⁵ Goerlich, **Wertordnung und Grundgesetz**, s. 190.

¹⁰⁰⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1974, pp. 1529-1538, s. 1534; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Fundamental Rights: Theory and Interpretation", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 278.

¹⁰⁰⁷ Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1534; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 279-280. Böckenförde burada özellikle Schmitt'in savlarına dayanır. Bkz. Schmitt, **Die Tyrannei der Werte**, s. 48 vd.

¹⁰⁰⁸ Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1534; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 280.

¹⁰⁰⁹ Erhard Denninger, "Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts", **JuristenZeitung**, 30. Jahrg., Nr. 18, 19. September 1975, pp. 545-550, s. 546.

¹⁰¹⁰ Goerlich, **Wertordnung und Grundgesetz**, s. 140 vd.; Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", s. 1534; Böckenförde, "Fundamental Rights", s. 279-280; Denninger, "Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung", s. 546; Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 913.

¹⁰¹¹ Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 915.

düzeninin bir parçası olarak pozitif hukuka aittir.¹⁰¹² Burada FAYM'ın değerlere yaptığı atıf, kendi değer felsefesi değildir. Burada atıf verilen değerler, pozitif anayasa hukuku ile yakından bağlantılı değerlerin yalnızca bir yorumudur. Dolayısıyla, belirleyici olan anayasa dışındaki değerler değil, sadece anayasada oluşturulan normatif değerler düzenidir.¹⁰¹³ Sosyal olguda veya toplumsal yapıda oluşan değerler düzeninin mahkemeler tarafından kaçınılmaz bir şekilde dikkate alınması gerekir. Anayasal hakların normatif argümanları, anayasa mahkemelerinin kararlarında veya gerekçelendirmesinde bahsedilsin veya bahsedilmesin oluşan bu değerler düzenine göre oluşmak zorundadır. Bu zorunluluk karşısında, değerler düzenini yok saymak, aslında kararların gerçek dayanaklarını görmezden gelmek olur.

Her bir hukuk normu bir değerlemeye dayanır. Değerler, bu bağlamda hukukun dayandığı temeli ifade eder. Yasal olgularda gerçekliğin gerekli kavramsal formülasyonu, yasama tarafından bir değerlendirmeyi gerektirir. Burada yasama organının gerçekleştirmek istediği değerler önemli bir etken olarak ortaya çıkar. Değerlendirmeler, hem yasa ile ulaşılmak istenen amaçla hem de bu amaçları gerçekleştirmek için kullandığı araçlarla ilgilidir. Bu sebeple, hukuk normları değerlerle ölçülebilir ve dahası koruduğu değeri anlaşılamayan bir hukuk normunun kendisi de anlaşılmaz hale gelir. Dolayısıyla değerlerden ari bir hukuk söz konusu olamaz.¹⁰¹⁴ Her hukuk normunun temel içeriğini oluşturan değer yargıları, pozitif hukuk ile sosyal olguyu/sosyal normları birbirine bağlar.¹⁰¹⁵ Bu nedenle, toplum ve özellikle devlet olma kararını verebilen bir topluluk, belirli temel değerlere dayanır. Topluluğun örgütlenme biçimi büyük ölçüde bu değerlere bağlıdır. Devletin/Toplumun kurumları, bu değerleri gerçekleştirebilecek şekilde ve gerçekleştirmek için tasarlanmıştır.¹⁰¹⁶

FAYM, değerler argümanını büyük ölçüde yatay etki/üçüncü kişi etkisi doktrini (*Drittwirkung*)¹⁰¹⁷ veya pozitif yükümlülükler¹⁰¹⁸ için kullanırken, diğer taraftan değerler argümanına (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlayan bir gerekçe olarak

¹⁰¹² Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 121.

¹⁰¹³ Stern, "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", s. 915-916.

¹⁰¹⁴ Joachim Detjen, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, Wiesbaden, VS Verlag, 2009, s. 31.

¹⁰¹⁵ Krş. Detjen, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, s. 31, 52 vd.

¹⁰¹⁶ Detjen, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, s. 32.

¹⁰¹⁷ Sözelimi bkz. *BVerfGE* 7, 198 (205) - Lüth [1958]; *BVerfGE* 21, 362 (371-372) - Sozialversicherungsträger [1967]; *BVerfGE* 34, 269 - Soraya [1973]; *BVerfGE* 35, 79 (114) - Hochschul-Urteil [1972]; *BVerfGE* 37, 57 (65) - Haftbefehl in Berlin [1974]; *BVerfGE* 39, 1 (41) - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; *BVerfGE* 53, 257 (298) - Versorgungsausgleich I [1980].

¹⁰¹⁸ Sözelimi bkz. *BVerfGE* 49, 89 (141-142) - Kalkar I [1978].

dayanmıştır.¹⁰¹⁹ Mahkeme'nin kararlarından, değerler düzeninin, anayasanın bütünlüğü ilkesini tamamlayan bir unsur olduğu anlaşılmaktadır.¹⁰²⁰ Bir değerler düzeninin mevcudiyeti, anayasanın bütünlüğünü de beraberinde getirir. Zira herhangi bir somut vakada iki anayasal norm arasındaki çatışma, gerilim veya uyumsuzluk bu değerler düzenine göre çözülür.¹⁰²¹ Bu bağlamda, değerler düzeni, anayasanın bütünlüğü ilkesini tamamlayarak anayasal hakların sınırlanmasında bir gerekçe olur.

FAYM'ın parti kapatma davaları olan *SRP Yasağı*¹⁰²² ve *KPD Yasağı*¹⁰²³ kararlarında Alman Anayasası'nın temel değerlerini belirlemiştir.¹⁰²⁴

“Özgür demokratik temel düzen, zorba ve keyfi yönetimi dışlayan ve çoğunluğun iradesine ve özgürlük ve eşitliğe uygun olarak halkın kendi kaderini tayin etmesine dayanan, hukuk devleti olan yönetim düzenini oluşturan bir düzeni ifade eder. Asgari olarak, bu düzenin temel ilkeleri şu şekilde belirlenebilir: Alman Anayasası'nda belirtilen insan haklarına saygı, özellikle kişiliğini özgürce geliştirme hakkı, yaşam hakkı, halkın egemenliği, kuvvetler ayrılığı, hükümetin sorumluluğu, idarenin yasallığı, yargı bağımsızlığı, çok partili sistem ve anayasal olarak muhafet oluşturma ve yapma hakkına sahip tüm siyasi partiler için eşit fırsatlar.”

SRP Yasağı kararından dört yıl sonra verdiği *KPD Yasağı* kararında, Mahkeme, bu temel değerlere “hukukun üstünlüğü formundaki sosyal demokrasi” ilkesini eklemiştir.¹⁰²⁵ Nasyonal Sosyalist tecrübeden dolayı, Alman Anayasası'nda benimsenen değerler düzenini insan onuru (Madde 1) domine eder. İnsan onurunun bu dominasyonuna şu örneği vermek yeterli olacaktır. İnsan onuru bir yandan, ceninin yaşam hakkını koruyarak kürtaj hakkını engelleyebiliyorken¹⁰²⁶, diğer yandan kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile birlikte ele alınarak yeni bir hak (kişilik hakkı/*Persönlichkeitsrecht*) oluşturabilmekte¹⁰²⁷ ve anayasal hakları genişletebilmektedir. Bu bakımdan, Alman

¹⁰¹⁹ BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; BVerfGE 32, 98 (108) - Gesundheitsrecht [1971]. Ayrıca bkz. Sachs, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, s. 561; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 665-666.

¹⁰²⁰ Benzer yönde bkz. Detjen, *Die Wertordnung des Grundgesetzes*, s. 35.

¹⁰²¹ BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; BVerfGE 32, 98 (108) - Gesundheitsrecht [1971]. Ayrıca bkz. Sachs, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, s. 561; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 665-666.

¹⁰²² BVerfGE 2, 1 - SRP-Verbot [1952].

¹⁰²³ BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbot [1956].

¹⁰²⁴ BVerfGE 2, 1 (12-13) - SRP-Verbot [1952]; BVerfGE 5, 85 (140) - KPD-Verbot [1956].

¹⁰²⁵ BVerfGE 5, 85 (198) - KPD-Verbot [1956].

¹⁰²⁶ Bkz. BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I [1975]; BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

¹⁰²⁷ Bkz. BVerfGE 54, 148 - Eppler [1980].

Anayasası'nda oluşan değerler düzeninde, insan onuru değerlemeyi belirleyen en üstün değerdir.¹⁰²⁸

Türk Anayasa Mahkemesi'nin, FAYM'ın yaptığı gibi bir değerler düzeni veya bir değerler sistemini benimsediği söylenemez. Bununla birlikte, bu durum, AYM'nin bir değerler argümanını kullanmadığını göstermez. AYM'nin öncelikle insan onuruna uygun olma ve kişisel özerklik değerini benimsediği ve vakalarda değerlemeyi insan onuruna göre gerçekleştirdiği görülmektedir.¹⁰²⁹ AYM özellikle demokratik toplumun temel değerlerini kararlarında somutlaştırmıştır. Buna göre, siyasal özgürlükler demokratik toplumun temel değerlerinden birisini oluşturur. Mahkeme, özellikle kamuoyu oluşturma sürecinin şeffaflığını, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hukuk devleti değerlerini temel bir değer olarak belirler.¹⁰³⁰ Mahkeme, siyasal alanda kullanılan din ve vicdan özgürlüğünü¹⁰³¹, ifade özgürlüğünü¹⁰³², örgütlenme ve sendika özgürlüğünü¹⁰³³ ve toplanma özgürlüğünü¹⁰³⁴ demokratik toplumun en temel değeri olarak nitelemiştir. Bunların yanı sıra, AYM işkence yasağını¹⁰³⁵ demokratik toplumun temel değerleri olarak nitelemiştir. AYM siyasal özgürlüklerin sınırını da mücadeleci demokrasi ile lafzi olarak (terör ve şiddete teşvik, nefret söylemi ve demokrasinin ilkelerini ortadan

¹⁰²⁸ BVerfGE 5, 85 (204) - KPD-Verbot [1956].

¹⁰²⁹ Bkz. *Cem Burak Karataş Başvurusu*, Baş. No. 2014/19152, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 107-111; *S.K.(B.) Başvurusu*, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018, para. 49, 51; *Mert Ünal Başvurusu*, Baş. No. 2015/226, Karar Tarihi 12.12.2018, para. 29-30.

¹⁰³⁰ Sözgelimi bkz. *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 93; *Tayfun Cengiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/8463, Karar Tarihi 18.09.2014, para. 52; *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015, para. 117; *Yücel Yaşar Başvurusu*, Baş. No. 2013/7199, Karar Tarihi 25.03.2015, para. 55.

¹⁰³¹ *Tuğba Arslan Başvurusu*, Baş. No. 2014/256, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 139; *B.S. Başvurusu*, Baş. No. 2015/8491, Karar Tarihi 18.07.2018, para. 60.

¹⁰³² Sözgelimi bkz. *Ayşe Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2017/36722, Karar Tarihi 09.05.2019, para. 53; *Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/17635, GK Karar Tarihi 26.07.2019, para. 113; *Sırrı Süreyya Önder Başvurusu*, Baş. No. 2018/38143, GK Karar Tarihi 03.10.2019, para. 49; *Nejla Demirci Başvurusu*, Baş. No. 2019/25823, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 64.

¹⁰³³ Sözgelimi bkz. *Tayfun Cengiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/8463, Karar Tarihi 18.09.2014, para. 52; *Yücel Yaşar Başvurusu*, Baş. No. 2013/7199, Karar Tarihi 25.03.2015, para. 55; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/920, GK Karar Tarihi 25.05.2017, para. 76.

¹⁰³⁴ Sözgelimi bkz. *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015, para. 117; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/920, GK Karar Tarihi 25.05.2017, para. 80; *Mahfuz Karaaslan Başvurusu*, Baş. No. 2019/26363, Karar Tarihi 27.02.2024, para. 16.

¹⁰³⁵ Sözgelimi bkz. *Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/293, Karar Tarihi 17.07.2014, para. 93; *Y.K. Başvurusu*, Başvuru No. 2016/14347, Karar Tarihi 02.06.2020, para. 79.

kaldırma) sınırlamıştır.¹⁰³⁶ Bu bağlamda, şiddet yasağı da AYM'nin benimsediği bir temel değer olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca 1982 tarihli Türk Anayasası'nda katı merkezîyetçilik (devletin ve ülkenin bölünmezliğine sıkı bir şekilde bağlılık)¹⁰³⁷ ve ulusal homojenlik¹⁰³⁸ yaklaşımları benimsenmiştir.¹⁰³⁹ Nitekim Türkiye'de halen devlete atfedilen dünyevi bir kutsallığın bulunduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁴⁰

Laiklik ilkesi de Türk Anayasası bakımından temel bir değer teşkil eder. Ancak burada nasıl bir laiklik anlayışının benimsendiği önemlidir. Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde "radikal/dışlayıcı"¹⁰⁴¹ veyahut müdahaleci bir laiklik anlayışının benimsendiği görülmektedir. Bu dönemde, İslamiyet'in etkisi toplumdan olabildiğince dışlayan ve devleti kurtarma *ethosu* ile yüklü bir "de-İslamizasyon"un söz konusu olduğu görülmektedir.¹⁰⁴² 1945 ve sonrasında laikliğin bu "sert yüzünde" bir yumuşama gerçekleşmiştir:

¹⁰³⁶ Bkz. *Tayfun Cengiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/8463, Karar Tarihi 18.09.2014, para. 52; *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015, para. 117; *Yücel Yaşar Başvurusu*, Baş. No. 2013/7199, Karar Tarihi 25.03.2015, para. 55; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/920, GK Karar Tarihi 25.05.2017, para. 76, 80; *Ayşe Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2017/36722, Karar Tarihi 09.05.2019, para. 53; *Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/17635, GK Karar Tarihi 26.07.2019, para. 113; *Sırrı Süreyya Önder Başvurusu*, Baş. No. 2018/38143, GK Karar Tarihi 03.10.2019, para. 49; *Nejla Demirci Başvurusu*, Baş. No. 2019/25823, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 65.

¹⁰³⁷ Bkz. AYM, E.1990/1 (SPK), K.1991/1, Karar Tarihi 16.07.1991; AYM, E.1991/2 (SPK), K.1992/1, Karar Tarihi 10.07.1992; AYM, E.1993/1 (SPK), K.1993/2, Karar Tarihi 23.11.1993; AYM, E.1993/2 (SPK), K.1993/3, Karar Tarihi 30.11.1993; AYM, E.1993/3 (SPK), K.1994/2, Karar Tarihi 16.06.1994

¹⁰³⁸ Bkz. AYM, E.1990/1 (SPK), K.1991/1, Karar Tarihi 16.07.1991; AYM, E.1991/2 (SPK), K.1992/1, Karar Tarihi 10.07.1992; AYM, E.1993/1 (SPK), K.1993/2, Karar Tarihi 23.11.1993; AYM, E.1993/2 (SPK), K.1993/3, Karar Tarihi 30.11.1993; AYM, E.1993/3 (SPK), K.1994/2, Karar Tarihi 16.06.1994

¹⁰³⁹ Osman Can, "Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine: Türkiye Özelinde Bir Deneme", **Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan**, C. II, Ed. by Engin Yıldırım - Yusuf Şevki Hakyemez - Murat Şen - Ömer Gedik, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1228-1229; Heper, **Beka Kaygısı**, s. 319 vd., 427 vd., 472 vd., 480 vd.

¹⁰⁴⁰ Oktay Uygun, "Türk Siyasal Kültürü ve Kutsal Devlet Anlayışı", **Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, Ed. by Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk - Fatmagül Yazıcı, İstanbul, On İki Levha, 2024, s. 29-32.

¹⁰⁴¹ Dışlayıcı laiklik ve pasif laiklik arasında yapılan ayırım için bkz. Ahmet T. Kuru, **Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 14 vd. Kuru, bu ayırımı Taylor ve McClay'in yaptığı ayırma dayandırır. Bkz. Charles Taylor, "Modes of Secularism", **Secularism and Its Critics**, Ed. by Rajeev Bhargava, 7. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 33 vd; Wilfred M. McClay, "Two Concepts of Secularism", **Religion Returns to the Public Square: Faith and Policy in America**, Ed. by Hugh Heclo - Wilfred M. McClay, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2003, s. 46 vd.

¹⁰⁴² Heper, **Beka Kaygısı**, s. 70 vd., 83-85; Kuru, **Pasif ve Dışlayıcı Laiklik**, s. 214 vd. Kanaadoğlu/Gümüş, bu dönemde "laikliğin sert yüzü"nü'nün mevcudiyetini onaylar. Bkz. O. Korkut Kanaadoğlu - Canberk Gümüş, "Cumhuriyet'in 100. Yılında Laiklik", **Cumhuriyet'in 100. Yılında**

isteğe bağılı din dersi ve imam-hatip kursları yürürlüğe konmuş, türbeler açılmış ve Arapça ezan yasağı kaldırılmıştır.¹⁰⁴³ Ancak bu yumuşama döneminde de toplumu İslam'dan arındırarak devleti kurtarma amacı özellikle AYM kararlarından elde edilebilmektedir.¹⁰⁴⁴ Yine de, bireysel başvuru ile birlikte AYM'nin çoğulcu bir laiklik anlayışı benimsediği söylenebilir.¹⁰⁴⁵ Fakat bu sonuca da bir şerh düşmek ve siyasal gerçekliği dikkate almak gerekir. Gerçekten de 2000'ler sonrasında AKP iktidarı döneminde toplumun İslamizasyonunu hedefleyen bir anti-laiklik ilkesi benimsenmiştir.¹⁰⁴⁶ Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde yoğunlaşan toplumun de-İslamizasyonunu hedefleyen laiklik anlayışında özellikle İslam bakış açısındaki siyasi özgürlüklerin dar yorumlanması söz konusu olurken; AKP döneminde toplumun İslamizasyonunu hedefleyen anti-laiklikte, TCK Madde 216'ya (halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama) sıkça başvurulması, müzik yasakları ve alkol ürünlerine getirilen yüksek vergiler ile seküler yaşam biçiminin ve seküler özgürlüğün oldukça dar yorumlanması söz konusu olmaktadır. Belki de bununla bağlantılı olarak, AYM'nin halen hetero-seksüel değerlerin dışına çıkamadığı da görülmektedir.¹⁰⁴⁷

FAYM'dan farklı olarak, AİHM'in kararlarında da bir "değerler düzeni" veya "değerler sistemi" gibi değerler argümanı sistematik bir hale getirilmiş değildir. Ancak Sözleşme organları içtihatlarında bu zamana kadar, demokrasinin ve Sözleşme'nin temelinde yatan değerleri, Avrupa kamu düzeni¹⁰⁴⁸, hukuk devleti¹⁰⁴⁹, adalet ve

Anayasa Hukuku Tartışmaları, Ed. by Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk - Fatmagül Yazıcı, İstanbul, On İki Levha, 2024, s. 196.

¹⁰⁴³ Kanadoğlu - Gümüş, "Cumhuriyet'in 100. Yılında Laiklik", s. 196; Ahmet Mert Duygun, "Laiklik, Cumhuriyetçilik, Cumhuriyet Halk Partisi ve Tarihsel Sapmalar", **Ayrıntı Dergi**, 15.03.2018, (<https://ayrintidergi.com.tr/laiklik-cumhuriyetcilik-cumhuriyet-halk-partisi-ve-tarihsel-sapmalar/> Çevrimiçi: 29.07.2024); Kuru, **Pasif ve Dışlayıcı Laiklik**, s. 224 vd.

¹⁰⁴⁴ AYM, E.1989/1, K.1989/12, Karar Tarihi 07.03.1989; AYM, E.1990/36, K.1991/8, Karar Tarihi 09.04.1991; AYM, E.2008/1(SPK), K.2008/2, Karar Tarihi 30.07.2008.

¹⁰⁴⁵ Bkz. *Tuğba Arslan Başvurusu*, Baş. No. 2014/256, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 139; *B.S. Başvurusu*, Baş. No. 2015/8491, Karar Tarihi 18.07.2018, para. 60.

¹⁰⁴⁶ Kanadoğlu - Gümüş, "Cumhuriyet'in 100. Yılında Laiklik", s. 199-201.

¹⁰⁴⁷ Bkz. *KAOS GL Derneği Başvurusu* (3), Baş. No. 2016/11193, GK Karar Tarihi 20.10.2022; *KAOS GL Derneği Başvurusu* (4), Baş. No. 2018/20035, GK Karar Tarihi 20.10.2022. Krş. Ö. A. *Başvurusu*, Baş. No. 2014/4868, GK Karar Tarihi 13.10.2016.

¹⁰⁴⁸ *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, App. No. 15318/89, GC Judgment of 23 March 1995, para. 75; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, App. No. 55721/07, GC Judgment of 7 July 2011, para. 141; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, App. No. 5809/08, GC Judgment of 21 June 2016, para. 145.

¹⁰⁴⁹ *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, GC Judgment of 4 May 2000, para. 59.

barış¹⁰⁵⁰, etkili siyasi demokrasi ve serbest seçimler¹⁰⁵¹, uluslararası çatışmaların barışçıl çözümü ve insan hayatının kutsallığı¹⁰⁵², hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yasası¹⁰⁵³, birlikte yaşamının gerektirdiği asgari saygı¹⁰⁵⁴, cinsiyet eşitliği¹⁰⁵⁵ ve toplumu oluşturan bireylerin ırksal ayrımcılık/tecrit olmadan bir arada yaşayabilmesi¹⁰⁵⁶ olarak belirlemiştir. AİHM'in Sözleşme'yi Avrupa kamu düzeninin kurucu belgesi olarak nitelmesi¹⁰⁵⁷ ve Sözleşme'nin Giriş bölümünde "ortak siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü mirasına" atfı, Taraf Devletler'in müşterek değerlerini Sözleşme'nin temeline yerleştirir.¹⁰⁵⁸ Bu bakımdan, bireysel başvuruda ortaya çıkan menfaatlerin değerlemesi yukarıda sayılan değerlerden ve Taraf Devletler'in müşterek değerlerinden oluşan düzene göre gerçekleşir. Sözleşme'de yer alan hak listesinin liberal haklardan oluşması, liberal değerlerin ve liberal demokrasinin benimsendiği sonucuna ulaştırmaktadır. Bununla birlikte bu liberal demokrasi, Sözleşme organlarının AİHS Madde 17'ye sıkça başvurması dolayısıyla mücadeleci demokrasi ile sınırlanmıştır. Nitekim bu değerler düzeni zamana göre de değişmektedir. Sözgelimi Sözleşme organları, ilk dönem kararlarında, eşcinsel cinsel faaliyetin Taraf Devletler

¹⁰⁵⁰ *Marais v. France*, App. No. 31159/96, Decision of 24 June 1996; *D.I. v. Germany*, App. No. 26551/95, Decision of 26 June 1996; *Garaudy v. France*, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003; *M'bala M'bala v. France*, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2015, para. 33; *Ayoub and Others v. France*, App. No. 77400/14 and 2 others, Judgment of 8 October 2020, para. 103.

¹⁰⁵¹ *Kühnen v. the Federal Republic of Germany*, App. No. 12194/86, Decision of 12 May 1988, para. 1; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. No. 41340/98 and 3 others, GC Judgment of 13 February 2003, para. 99; *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 98-99; *Romanov v. Ukraine*, App. No. 63782/11, Judgment of 16 July 2020, para. 164.

¹⁰⁵² *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany*, App. No. 31098/08, Decision of 12 June 2012, para. 74; *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 106.

¹⁰⁵³ *Norwood v. the United Kingdom*, App. No. 23131/03, Decision of 16 November 2004; *Pavel Ivanov v. Russia*, App. No. 35222/04, Decision of 20 February 2007, para. 1; *Ayoub and Others v. France*, App. No. 77400/14 and 2 others, Judgment of 8 October 2020, para. 103.

¹⁰⁵⁴ *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11, GC Judgment of 1 July 2014, para. 121-122.

¹⁰⁵⁵ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 110.

¹⁰⁵⁶ *Vona v. Hungary*, App. No. 35943/10, Judgment of 9 July 2013, para. 57.

¹⁰⁵⁷ *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, App. No. 15318/89, GC Judgment of 23 March 1995, para. 75; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, App. No. 55721/07, GC Judgment of 7 July 2011, para. 141; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, App. No. 5809/08, GC Judgment of 21 June 2016, para. 145.

¹⁰⁵⁸ Kanstantsin Dzehtsiarou, **Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?**, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, s. 23 vd.; Carl Emilio Lewis, "The European Court of Human Rights and its Search for Common Values", **European Convention on Human Rights Law Review**, Vol. 4, 2023, pp. 179-219, s. 183 vd.

tarafından yasaklanmasına yönelik başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.¹⁰⁵⁹ Ancak Sözleşme organlarının bu tip başvurularda hakka müdahaleyi tespit ettiği ve ihlal kararı verdiği sonraki kararları¹⁰⁶⁰ dikkate alındığında hetero-seksüel değerlerden vazgeçip çoğulculuk değerini benimsediği açığa çıkmıştır. Sözleşme'nin ilk zamanlarında hetero-seksüel değerler Taraf Devletler'in müşterek değeriyken, sonradan bu değişmiş ve çoğulculuk değeri Taraf Devletler'in müşterek değeri haline gelmiştir. AİHM'in zımnen benimsediği ve vakalarda çatışan menfaatleri bunlara göre değerlediği başka değerler de vardır. Bu bağlamda, "demokratik toplumda saygı duyulmayı hak etme", "insan onuruna uygun olma" değerleri¹⁰⁶¹ ve şiddet yasağı¹⁰⁶², çatışan menfaatlerin değerlerini ve bunun sonucunda, ilgili menfaatlerin hakkın kapsamında yer alıp almadığını ve müdahalenin Sözleşme'ye aykırı olup olmadığını belirler.

AİHM birçok kararında Sözleşme haklarını değer olarak nitelemekte ve anayasal hakların koruduğu değerleri bir normatif argüman olarak gerçekleştirmeye çalıştığı adil denge içerisinde kullanmaktadır.¹⁰⁶³ AİHM özellikle Sözleşme haklarının

¹⁰⁵⁹ *G. W. v. the Federal Republic of Germany*, App. No. 1307/61, Decision of 4 October 1962; *X. v. the Federal Republic of Germany*, App. No. 2566/65, Decision of 6 February 1967. Ayrıca bkz. Robert Wintemute, **Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter**, 2. Edition, Oxford, Clarendon Press, 2002, s. 92. Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 209 vd.

¹⁰⁶⁰ Sözgelimi bkz. *Dudgeon v. the United Kingdom*, App. No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981, para. 40 vd.; *Norris v. Ireland*, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988, para. 35 vd.

¹⁰⁶¹ *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 36; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2009), s. 212-213; H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005, s. 148, 150-151.

¹⁰⁶² Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2009), s. 215 vd.

¹⁰⁶³ Sözgelimi bkz. *McCann and Others v. the United Kingdom*, App. No. 18984/91, GC Judgment of 27 September 1995, para. 147; *Aydın v. Turkey*, App. No. 23178/94, GC Judgment of 25 September 1997, para. 81; *Selmouni v. France*, App. No. 25803/94, GC Judgment of 28 July 1999, para. 95, 101; *Labita v. Italy*, App. No. 26772/95, GC Judgment of 6 April 2000, para. 119; *Salman v. Turkey*, App. No. 21986/93, GC Judgment of 27 June 2000, para. 97; *Calvelli and Ciglio v. Italy*, App. No. 32967/96, GC Judgment of 17 January 2002, para. 48; *Vo v. France*, App. No. 53924/00, GC Judgment of 8 July 2004, para. 88; *Makaratzis v. Greece*, App. No. 50385/99, GC Judgment of 20 December 2004, para. 56; *Nachova and Others v. Bulgaria*, App. No. 43577/98; 43579/98, GC Judgment of 6 July 2005, para. 93; *S.A.S. v. France*, App. No. 43835/11, GC Judgment of 1 July 2014, para. 114 vd.; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*, App. No. 40454/07, GC Judgment of 10 November 2015, para. 108; *Khlaifia and Others v. Italy*, App. No. 16483/12, GC Judgment of 15 December 2016, para. 158; *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, App. No. 56080/13, GC Judgment of 19 December 2017, para. 164; *Z.A. and Others v. Russia*, App. No. 61411/15 and 3 others, GC Judgment of 21 November 2019, para. 185, 188; *Grzęda v. Poland*, App. No. 43572/18, GC Judgment of 15 March 2022, para. 302; *Żurek v. Poland*, App. No. 39650/18, Judgment of 16 June 2022, para. 222.

normatif argümanlarını güçlendirmek için değerler argümanına başvurmakta ve değerler düzeninde daha sıkı bir şekilde koruyacağı hakları zikretmektedir.¹⁰⁶⁴ Sözgelimi Mahkeme, yaşam hakkına yapılan müdahalelerin daha sıkı bir şekilde inceleneceğini belirtirken, yaşam hakkının demokratik toplumun temel değerlerinden birisi olduğu argümanını, diğer bir deyişle değerler argümanını kullanmaktadır.¹⁰⁶⁵ Aynı şekilde AİHM, işkence yasağını düzenleyen Madde 3'ün demokratik toplumun en temel değeri olduğuna dayanarak işkence yasağının mutlaklığını göstermektedir.¹⁰⁶⁶ Mahkeme, Madde 4 için de değerler argümanını benzer şekilde kullanmaktadır.¹⁰⁶⁷ AİHM, hukukun üstünlüğü/hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı temel değerlerinin tehlike altında olduğu durumlarda, hakimlerin adalet sisteminin işleyişi ile ilgili ifade özgürlüğü haklarının, bu değerlerin savunulması için aynı zamanda bir göreve dönüştüğünü belirterek, ifade özgürlüğü lehine olan normatif argümanı ağırlaştırmaktadır.¹⁰⁶⁸ Sözleşme organları, değerler argümanını, Sözleşme haklarının normatif argümanını zayıflatacak şekilde de kullanmıştır. Sözgelimi Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'ni yeniden kurmak isteyen bir örgütte lider konumda yer alan başvurucunun birçok nasyonal sosyalist, ırkçı, anti-semitik ifadeleri dolayısıyla cezalandırılmasında Komisyon, başvurucunun ifadelerinin Sözleşme'nin altında yatan temel değerler ile çeliştiğini de belirterek, yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁶⁹ Mahkemenin başvurucunun ifadelerini nefret ve anti-semitik söylem olarak değerlendirdiği başka bir kararda, Sözleşme'nin temel değerleri ile uyuşmayan ifadelerin Madde 10'un kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁴ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2009), s. 213-214.

¹⁰⁶⁵ Bkz. *McCann and Others v. the United Kingdom*, App. No. 18984/91, GC Judgment of 27 September 1995, para. 147; *Salman v. Turkey*, App. No. 21986/93, GC Judgment of 27 June 2000, para. 97; *Makaratzis v. Greece*, App. No. 50385/99, GC Judgment of 20 December 2004, para. 56; *Nachova and Others v. Bulgaria*, App. No. 43577/98; 43579/98, GC Judgment of 6 July 2005, para. 93

¹⁰⁶⁶ Bkz. *Selmouni v. France*, App. No. 25803/94, GC Judgment of 28 July 1999, para. 95, 101; *Labita v. Italy*, App. No. 26772/95, GC Judgment of 6 April 2000, para. 119; *Khlaifia and Others v. Italy*, App. No. 16483/12, GC Judgment of 15 December 2016, para. 158; *Z.A. and Others v. Russia*, App. No. 61411/15 and 3 others, GC Judgment of 21 November 2019, para. 185, 188.

¹⁰⁶⁷ Bkz. *Siliadin v. France*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005, para. 82; *C.N. v. the United Kingdom*, App. No. 4239/08, Judgment of 13 November 2012, para. 65; *S.M. v. Croatia*, App. No. 60561/14, GC Judgment of 25 June 2020, para. 310.

¹⁰⁶⁸ *Żurek v. Poland*, App. No. 39650/18, Judgment of 16 June 2022, para. 222.

¹⁰⁶⁹ *Kühnen v. Germany*, App. No. 12194/86, Decision of 12 May 1988, para. 1.

¹⁰⁷⁰ *M'Bala M'Bala v. France*, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2015, para. 39. Kararın sanatsal ifade özgürlüğü açısından bir incelemesi için ayrıca bkz. Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, s. 72-73, 187-188.

AİHM'in değerler argümanına Sözleşme'de düzenlenen hakların normatif argümanlarını güçlendirmek veya zayıflatmak için başvurusu, aslında Sözleşme'de korunan hakları ve sınırlama ölçütlerini, değerler argümanına başvurarak sınırlandırdığını da gösterir.

Nihayetinde değerler argümanı, bu tez kapsamında incelenen anayasal sistemler bakımından anayasal hakların içkin sınırları için özellikle anayasanın bütünlüğü ilkesini tamamlaması bağlamında bir gerekçe oluşturabilecek elverişliliğe sahiptir.

2.2.6. Eşyanın Doğası

Eşyanın doğası (*Natur der Sache*) kavramı, Antik Yunan'dan bu yana felsefede birçok farklı şekillerde yer edinmiş olan bir kavramdır.¹⁰⁷¹ Bununla birlikte, eşyanın doğası kavramının hukuk felsefesinde ve hukuk teorilerinde belirli bir yer edinmesi, 18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başlarını bulmaktadır.¹⁰⁷² Bu dönemde, doğal hukuktan alınan bu doktrin figürü, doktrinde pozitif bir ilke haline (hukuk kaynağı/yorum ilkesi) getirilir.

Eşyanın doğası, yaşam koşullarının içinde halihazırda var olan normatif unsurunu ifade eder. Yaşamın belirli bir alanının düzenlenmesi gerekip gerekmediği ve hangi açıdan düzenleneceği, olgusal yapısı tarafından önceden belirlenmiş olmak zorunda değildir. Ancak düzenlenirse, düzenleme olgusal yapıya uygunsa eşyanın doğasına uygun hale gelir. Eşyanın doğasından, önceden belirlenmiş olan bir düzenleme elde edilir.¹⁰⁷³ Eşyanın doğası, eşit olan şeylere eşit, eşit olmayan şeylere eşit davranmama gerekliliğiyle bağlantılı olarak büyük önem taşır. Bu doktrin figürü, yasa koyucunun ve hâkimin uygun şekilde ayırım yapmasını gerektirir. Ayrıca ilk etapta neyin düzenlenmesi gerektiği ve düzenlemede hangi faktörlerin dikkate alınması gerektiği sorusu açısından da önemlidir. Sözgelimi, eşyanın doğası, hem hukuki işlemlerde hem de hukuki ve cezai sorumluluk açısından çocuklar ve yetişkinler arasında bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir.¹⁰⁷⁴ Yasal düzenlemenin eşyanın doğasını büyük

¹⁰⁷¹ Bunun için bkz. Ralf Dreier, **Zum Begriff der "Natur der Sache"**, Berlin, Walter de Gruyter, 1965, s. 5 vd; Hans Thieme, "Die Zeit des späten Naturrechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung**, Bd. 56, No. 1, 1936, pp. 202-263, s. 231 vd.

¹⁰⁷² Dreier, **Zum Begriff der "Natur der Sache"**, s. 35.

¹⁰⁷³ Karl Larenz - Claus-Wilhelm Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. Auflage, Heidelberg, Springer, 1995, s. 155; Müller - Christensen, **Juristische Methodik**, Bd. I, s. 55, 149-150.

¹⁰⁷⁴ Larenz - Canaris, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, s. 237.

ölçüde gözden kaçırdığı durumlarda, içtihat hukuku bazen yasayı yasanın ötesinde geliştirerek bunu düzeltmiştir.¹⁰⁷⁵ Bu bakımdan mahkemelerin yasada oluşan boşlukları doldurmasına yardım eder.¹⁰⁷⁶ Münferit vakalardaki menfaatlerin dengelenmesinde de büyük bir önemi vardır.¹⁰⁷⁷ Dolayısıyla eşyanın doğası, yalnızca yorumlamaya yardımcı olarak değil, aynı zamanda yasa hükümlerinin maddi içeriğinin yapısal bir kategorisi ve bu hükümlerin uygulamada somutlaştırılmasının temel koşullarından biri olarak anlaşılmalıdır.¹⁰⁷⁸

Eşyanın doğası, yaşam koşullarından/yaşam ilişkilerinden (*Lebensverhältnisse*) belirli normatif içerik türetebilmektedir. Burada öncelikle insanların bilinçli/iradi bir şekilde oluşturdukları yaşam koşulları ile bilinçli/iradi olmayan bir şekilde oluşturdukları yaşam koşulları arasında bir ayrım yapmak gerekir.¹⁰⁷⁹ Bilinçli/İradi yaşam koşulları, insanların genellikle tekrar be tekrar takip ettiği amaçlar ile oluşur. Bu amaçlar aslında yaşam koşulunun ayrıntılı tasarımına belirli talepler getirebilir ve bu nedenle normatif öneme sahip olabilir.¹⁰⁸⁰ Sözgelimi bir satım sözleşmesinde takas amacı bulunmaktadır. Eğitim amacı, insanların okul ile ilişkili yaşam koşullarını oluşturur.¹⁰⁸¹ Bir vakaya uygulanacak bir normda (norm metninde) oluşan herhangi bir boşlukta, eşyanın doğası; vakaya konu yaşam koşulları ve bu koşulları oluşturan amaç ile norm metnini yorumlamaya ve tamamlamaya hizmet eder.¹⁰⁸² Sözgelimi eşyanın doğası, belirsiz veya tamamlanmamış sözleşmelerin yorumlanması için hem münferit hem de tipik sözleşme amaçlarının uygunluğuna karşılık gelir. Bu sorunların sürekli olarak tekrar etmesi durumunda, sabit bir “ticaret geleneği” gelişecektir. Bu “ticaret geleneği” ile aslında eşyanın doğası imlenir.¹⁰⁸³ Bilinçli/İradi olmayan yaşam koşulları ise sözgelimi kişinin sorumluluğunun derecesini belirlerken, kişinin yaşının, erginliğinin ve iş deneyiminin dikkate alınmasını gerektirir. Böylece eşyanın doğası normun uygulanmasını etkiler.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁷⁵ Larenz - Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 239.

¹⁰⁷⁶ Larenz - Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 240.

¹⁰⁷⁷ Larenz - Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 238.

¹⁰⁷⁸ Müller - Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, s. 149.

¹⁰⁷⁹ Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Auflage, Wien, Springer, 1991, s. 53, 55.

¹⁰⁸⁰ Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 53.

¹⁰⁸¹ Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 53.

¹⁰⁸² Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 54.

¹⁰⁸³ Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 54-55.

¹⁰⁸⁴ Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 55.

Eşyanın doğası öğretisi, olandan olması gerekene giden bir yoldan ve bu di-yalektik ilişkinin bir aracından başka bir şey olarak düşünülemez. Burada, eşyanın doğası yaşam koşullarında¹⁰⁸⁵, diğer bir deyişle sosyal olguda oluşan ihtiyacı imler. Öncelikle yasa koyucu bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir. Bazı yazarlar, eşyanın doğasının yasa koyucunun keyfiliğini sınırladığını ileri sürer.¹⁰⁸⁶ Yasa koyucunun olguya, diğer bir deyişle sosyal gerçekliğe uygun olarak yasama görevini yerine getirmesi gerekir. Bir sosyal olgunun ve kurumun hukuki olarak düzenlenmesi ihtiyacının yasa koyucu tarafından karşılanması gerekir. Ancak bu yasa koyucunun yasama görevi üzerinde bir sınırlama oluşturmaz ve fakat bu olgu-olması gereken uyumsuzluğunun çözümünü diğer organlar olan yürütme ve yargı organlarına bırakır. Yargı organının önüne gelen bir vakada, yargılama konusuyla ilgili yasada oluşan boşlukları, hakimlerin yargılama konusunu ilgilendiren kurumun amacını ve sosyal yapısını dikkate alarak doldurması gerekir. Bir X kurumu, A amacını gerçekleştirmek zorundaysa, bu kurumun A amacını gerçekleştirecek şekilde belirli normlarla oluşturulması gerekir.¹⁰⁸⁷ Bunu yasama organı yapmadığı takdirde, yürütme ve özellikle yargı organları gerçekleştirmek zorundadır. Nitekim bu çalışma kapsamında yargı kararlarına normatif nitelik tanındığından dolayı, eşyanın doğası bir yandan özellikle yargı içtihatları ile bir hukuk kaynağı haline gelirken, diğer yandan yasanın boşluklarını doldurmaktadır.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁵ Georg Beseler, **System des gemeinen deutschen Privatrechts**, Berlin, Weidmann Buchhandlung, 1866, 40, 80, 83; Friedrich Julius Stahl, **Die Philosophie des Rechts**, Bd. II/1, 2. Auflage, Heidelberg, J. C. B. Mohr, 1845, s. 187 vd.; Reinhold Schmid, **Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts**, Jena, Friedrich Frommann, 1848, s. 256; Dernburg, **Pandekten**, Bd. I, s. 84; Franz Adickes, **Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht**, Cassel, Georg H. Wigand, 1872, s. 26, 46; Ferdinand Regelsberger, **Pandekten**, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893, s. 68.

¹⁰⁸⁶ Werner Maihofer, "Die Natur der Sache", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Vol. 44, No. 2, 1958, pp. 145-174, s. 158; Hans Welzel, **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**, 4. Auflage, Göttingen, Vandhoeck und Ruprecht, 1962, s. 244.

¹⁰⁸⁷ Günter Stratenwerth, **Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1957, s. 26.

¹⁰⁸⁸ Aksi yönde bkz. Gustav Radbruch, **Die Natur der Sache als juristische Denkform**, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, s. 15. Eşyanın doğasının bir hukuk kaynağı mı, yoksa boşlukları dolduran bir yorumlama aracı mı olduğu hususundaki tartışma için ve bu konuda eşyanın doğasının hukukun kaynağı olduğunu destekleyenler için bkz. Herbert Schambeck, **Der Begriff der "Natur der Sache": Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung**, Wien, Springer, 1964, s. 65 vd.; Norberto Bobbio, "Über den Begriff der "Natur der Sache"", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Vol. 44, No. 3, 1958, pp. 305-321, s. 315, 320; Malte Dießelhorst, **Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968, s. 244.

Eşyanın doğası, aslında bir düzen ve sistem unsuruna işaret eder. Bununla birlikte bu düzenin kendisini gösterdiğini ifade etmez. Eşyanın doğasına bakıldığında, hukukun bağlı olduğu toplumsal hayatın tamamen biçimsiz bir yığın olmadığı ve fakat hukuk sisteminin oluşturacağı ve oluşturması gerektiği belirli yapılara halihazırda sahip olduğu görülmektedir. Bu yapıların tespit edilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda burada yasa koyucunun veya yasayı uygulayanların değerlendirme yapması ve değer yargısı oluşturması gerekir. Eşyanın doğasından elde edilen yapılar, yalnızca değerlendirci bir yaklaşımla olgulara yaklaşıldığında net bir şekilde ortaya çıkar ve anlam kazanır.¹⁰⁸⁹ Bu itibarla, eşyanın doğası üzerinden yapılan her atıf, zorunlu olarak bir değer yargısı içerir ve bu da bir değerler düzenini gün yüzüne çıkarır.¹⁰⁹⁰

Hukuk, kapalı mantıksal bir sistem değildir¹⁰⁹¹, bilakis sürekli toplumsal yapıyı ve gelişimi takip ederek dönüşmek zorundadır. Bu özellikle anayasa için geçerlidir. Anayasa kodifiye edilmez. Anayasa yalnızca siyasal yapı için önemli olan ve tanımlanma ihtiyacı olan şeyleri düzenler. Bunun dışındaki her şey zımni bir şekilde imlenir veya düzenlenmesi hukuk düzeninin geri kalanına bırakılır. Bu sebeple, en başından itibaren hukukun boşluksuz olduğu veya kapalı bir sistem olduğu iddiasında bulunulamaz. Bu bağlamda anayasa eksik kalmak zorundadır, zira anayasa tarihsel bir yaşamı düzenler ve tarihsel değişikliğe duyarlıdır.¹⁰⁹²

Eşyanın doğası genel olarak iki şekilde kullanılabilir. Öncelikle eşyanın doğası ile bir sosyal olgu içerisindeki bir kuruma atıf yapılabilir. Bu durumda, atıf yapılan ilgili kurumun veya olgunun toplumsal yapısını, amacını ve gerekliliklerini incelemek gerekir. Sözgelimi bir hukuki işlemin, bir çocuk tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği hususunda pozitif hukukun sessiz kalması durumunda bu hukuki işlemin niteliğine bakmak gerekecektir. Eğer bu hukuki işlemin yapısından işlemi etkili bir şekilde sonuçlandırılmasının asgari bir yaşam deneyimi gerektirdiği ortaya çıkıyorsa, bu

¹⁰⁸⁹ Helmut Coing, **Grundzüge der Rechtsphilosophie**, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, s. 189-190; Andreas Anter, "Die »Natur der Sache« und der Hüter der Verfassung: Tradition und Verfassungspraxis einer rechtspolitischen Formel", **Zeitschrift für Politik**, N. F., Vol. 51, No. 3, 2004, pp. 277-294, s. 279-280; Stratenwerth, **Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"**, s. 24.

¹⁰⁹⁰ Anter, "Die »Natur der Sache« und der Hüter der Verfassung", s. 279; Stratenwerth, **Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"**, s. 24.

¹⁰⁹¹ Heller, **Staatslehre**, s. 267-268; H. L. A. Hart, **The Concept of Law**, 3. Edition Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 124 vd.; Claus-Wilhelm Canaris, **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, s. 156.

¹⁰⁹² Heller, **Staatslehre**, s. 267-268; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 11-12.

takdirde çocukların bu deneyimden yoksun olduğu hesaba katılarak bu işlemi gerçekleştiremeyeceği kabul edilmelidir.¹⁰⁹³ Aynı şekilde yazılılık esasının hakim olduğu telif haklarında sözleşmenin şekli ile ilgili bir boşluk söz konusu ise sözleşme serbestisine rağmen yine de mali hakların devrinin, lisanslanmasının ve kullanımının devrinin yazılı olarak yapılması gerekir.

Eşyanın doğasının ikinci kullanım şekli ise pozitif hukukta yer alan maddenin, özellikle anayasal hakların doğasına ve niteliğine yapılan atıftır. Burada söz konusu anayasal hakka yapılan atıfla öncelikle yukarıda belirtildiği gibi anayasal hakkın konusunun amacı, niteliği ve yapısı incelenerek bir sonuca ulaşılır. Sözgelimi özel yaşamın korunması hakkı, kişinin öz imgesini kendisinin şekillendirmesini amaçlayan anayasal haklardandır.¹⁰⁹⁴ Bu bakımdan, teknolojinin gelişimi ile kişinin öz imgesine karşı gerçekleştirilen ve anayasa koyucu tarafından önceden öngörülmemiş olan yeni saldırıların, anayasal hakkın kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Anayasal hakkın doğasına yapılan atıf, burada ikinci olarak anayasal hakkın değerler düzeni içerisindeki yerini ve anayasanın bütünlüğünü de imler. Sözgelimi mutlak olmayan bir anayasal hak için sınırlama kaydı öngörülmediği takdirde, anayasal hakkın yapısı ve doğası gereği sınırlandırılabilirliğinin kabul edilmesi, anayasal hakkın içerisinde bulunduğu bütünlük ve değerler düzeni ile mümkün olabilir. Bu bağlamda, eşyanın doğasına yapılan atıf, anayasanın bütünlüğü ilkesi¹⁰⁹⁵ ve değerler düzeni¹⁰⁹⁶ ile birlikte ortak bir anlam oluşturur.

FAYM, birden çok kararında çeşitli şekillerde eşyanın doğası argümanına referans verir.¹⁰⁹⁷ Bunlardan ilki, bir kuruma yapılan atıftır. Mahkeme, sözgelimi federal

¹⁰⁹³ Krş. Reinhold Zippelius, **Rechtsphilosophie**, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 42.

¹⁰⁹⁴ Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.3.**

¹⁰⁹⁵ Bkz. **Bölüm 2.2.4.**

¹⁰⁹⁶ Bkz. **Bölüm 2.2.5.**

¹⁰⁹⁷ *BVerfGE 1, 14* (35, 50, 52) - Südweststaat [1951]; *BVerfGE 1, 117* (131) - Finanzausgleichsgesetz [1952]; *BVerfGE 1, 208* (247) - 7,5%-Sperrklausel [1952]; *BVerfGE 2, 266* (275) - Notaufnahme [1953]; *BVerfGE 3, 19* (24, 32) - Unterschriftenquorum [1953]; *BVerfGE 9, 338* (349-350) - Hebammenaltersgrenze [1959]; *BVerfGE 11, 50* (50) - Darreichende Verwaltung [1960]; *BVerfGE 11, 89* (97-99) - Bremisches Urlaubsgesetz [1960]; *BVerfG, NJW*, 1961, pp. 67-68, s. 68 - Einstweilige Anordnung im Fernsehstreit; *BVerfGE 12, 205* (242, 250-252) - 1. Rundfunkentscheidung [1961]; *BVerfGE 12, 341* (348) - Spinnweber-Zusatzsteuer [1961]; *BVerfGE 15, 1* (24) - Seewasserstraßen [1962]; *BVerfGE 22, 180* (217) - Jugendhilfe [1967]; *BVerfGE 26, 246* (257) - Ingenieur [1969]; *BVerfG, NJW*, 1976, pp. 141-142, s. 142 - Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlich angeordneten Genehmigungspflicht für die Teilung eines Baugrundstücks; *BVerfGE 41, 291* (312) - Strukturförderung [1976]; *BVerfGE 84, 133* (148) - Warteschleife [1991]; *BVerfG, 2 BvR 2555/96*, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 04. Mai 1998, para. 9; *BVerfGE 102, 254* (299, 302) - EALG [2000]; *BVerfGE 107, 27*

devlet ilkesine/kurumuna atıf yaparak, federe yönetimlerin mali bağımsızlıklarını sınırlandırmıştır. Buna göre, “doğası gereği, federal devlet ilkesi yalnızca hakları değil, aynı zamanda yükümlülükleri de oluşturur. Bu yükümlülüklerden birisi de mali yönden güçlü olan federe yönetimlerin zayıf olan federe yönetimlere belirli sınırlar içerisinde yardım yapmak zorunda olmasıdır. Eşyanın doğası gereği, bu yükümlülük ilişkisi federe yönetimlerin belirli bir şekilde sınırlandırılmasına yol açmaktadır.”¹⁰⁹⁸ Nitekim birçok kararda federal devletteki yetki dağılımında eşyanın doğasına dayanılmıştır¹⁰⁹⁹ ve hatta eşyanın doğasından kaynaklanan yazılı olmayan bu yetkilerin tartışmasız olduğu belirtilmiştir.¹¹⁰⁰ Bu hususta, literatürde birçok yazar, federal devletteki yetki

(46) - Doppelte Haushaltsführung [2002]; *BVerfGE* 107, 257 (270) - Beamtenbesoldung Ost II [2003]; *BVerfGE* 110, 370 (397) - Klärschlamm [2004]; *BVerfGE* 114, 258 (297-298) - Versorgungsänderungsgesetz [2005]; *BVerfG*, 1 BvR 756/96, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 09. Januar 2006, para. 21; *BVerfG*, 1 BvR 2780/04, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 05. April 2006, para. 16; *BVerfG*, 2 BvR 1188/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Januar 2007, para. 26; *BVerfG*, 2 BvR 1743/06, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Januar 2007, para. 15; *BVerfGE* 117, 302 (311) - Art. 19 Einigungsvertrag [2007]; *BVerfG*, 2 BvR 1121/06, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 28. September 2007, para. 23; *BVerfG*, 2 BvR 1849/07, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. November 2007, para. 21; *BVerfG*, 2 BvR 754/07, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2008, para. 26; *BVerfG*, 2 BvR 1081/07, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Mai 2008, para. 27; *BVerfG*, 1 BvR 928/08, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14. Oktober 2008, para. 53; *BVerfG*, 2 BvR 380/08, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Dezember 2008, para. 7; *BVerfG*, 1 BvR 2553/08, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 02. Februar 2009, para. 21; *BVerfG*, 1 BvR 2275/07, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. September 2009, para. 39; *BVerfG*, 1 BvR 2192/05, Beschluss des Ersten Senats vom 17. November 2009, para. 46; *BVerfG*, 1 BvR 213/08, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24. November 2009, para. 64; *BVerfG*, 2 BvR 1561/12, Urteil des Zweiten Senats vom 28. Januar 2014, para. 104; *BVerfGE* 135, 317 (416) - ESM-Vertrag [2014]; *BVerfG*, 2 BvR 1139/12, Beschluss des Zweiten Senats vom 06. Mai 2014, para. 163; *BVerfG*, 1 BvR 1288/14, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. Juni 2015, para. 15; *BVerfG*, 1 BvR 1705/15, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 06. Juli 2016, para. 16; *BVerfG*, 1 BvR 45/15, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. Mai 2018, para. 26; *BVerfGE* 155, 119 (173) - Bestandsdatenauskunft II [2020]; *BVerfG*, 1 BvR 526/19, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 05. Mai 2021, para. 20; *BVerfG*, 2 BvR 2467/17, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Januar 2022, para. 25; *BVerfG*, 1 BvR 1187/17, Beschluss des Ersten Senats vom 23. März 2022, para. 143; *BVerfG*, 2 BvL 9/14, Beschluss des Zweiten Senats vom 28. Juni 2022, para. 71.

¹⁰⁹⁸ *BVerfGE* 1, 117 (131) - Finanzausgleichsgesetz [1952]. FAYM, *Birinci Yayın* kararında, federal yönetim ile federe yönetim arasındaki yetkiye ilişkin olarak, eşyanın doğası argümanını kullanarak federal hükümetin, bölgeler üstü olarak yayın yapan radyo yayınlarını yasayla düzenleme yetkisi olmadığını belirtir. Bkz. *BVerfGE* 12, 205 (242, 250-252) - 1. Rundfunkentscheidung [1961]. Benzer yönde bkz. *BVerfG*, 2 BvR 1561/12, Urteil des Zweiten Senats vom 28. Januar 2014, para. 104.

¹⁰⁹⁹ *BVerfGE* 3, 407 (421-422) - Baugutachten [1954]; *BVerfGE* 12, 205 (242, 250-252) - 1. Rundfunkentscheidung [1961]; *BVerfGE* 15, 1 (24) - Seewasserstraßen [1962]; *BVerfGE* 26, 246 (257) - Ingenieur [1969].

¹¹⁰⁰ *BVerfGE* 11, 89 (96 vd.) - Bremisches Urlaubsgesetz [1960].

dağılımında eşyanın doğasının belirleyici etken olduğunu kabul etmiştir.¹¹⁰¹ Bu bağlamda, Mahkeme genel olarak bir kurumun amacına atıf yaparak, federe yönetimlerin yükümlülüğünü belirlemiştir. Aynı şekilde FAYM, hâkimin reddi usulünde, Ceza Muhakemesi Kanunu (*Strafprozeßordnung*) Madde 27/1'in, hâkimin kendisi hakkında taraflı olduğu yönündeki iddialar hususunda kendisinin karar vermesinin eşyanın doğası gereği içsel tarafsızlığın eksikliğine yol açacağını dikkate almıştır.¹¹⁰² Burada, ise Mahkeme kurumun amacına atıf yaparak bariz/açık bir sonucu göstermektedir.¹¹⁰³

FAYM, eşyanın doğası argümanını anayasal hakların sınırlandırılmasında da kullanılmaktadır. İlk olarak, Mahkemenin istikrarlı içtihatları ile eşyanın doğasının eşitlik ilkesinin sınırlandırılmasındaki kullanımı öne çıkmaktadır. Buna göre, farklı veya eşit muameleyi meşrulaştıran, eşyanın doğasından kaynaklanan rasyonel bir gerekçe olmadıkça, eşitlik ilkesine müdahale teşkil eden farklı veya eşit muamele eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturur.¹¹⁰⁴ Burada Mahkeme, eşyanın doğası argümanını, eşitlik ilkesi için

¹¹⁰¹ Gerhard Anschütz, "Die Reichsaufsicht", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. I, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930, s. 367; Christoph Degenhart, "Art. 70", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 1432 vd.; Arnd Uhle, "Art. 70", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. V, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 90 vd.; Anter, "Die »Natur der Sache« und der Hüter der Verfassung", s. 290.

¹¹⁰² BVerfG, 2 BvR 625/01, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 02. Juni 2005, para. 53; BVerfG, 2 BvR 1743/06, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Januar 2007, para. 15; BVerfG, **NJW**, 2007, pp. 3771-3774, s. 3772 - Voraussetzungen für eine Selbstentscheidung über Befangenheitsantrag im Zivilprozess; BVerfG, 2 BvR 1849/07, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. November 2007, para. 21; BVerfG, 1 BvR 1288/14, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. Juni 2015, para. 15; BVerfG, 1 BvR 526/19, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 05. Mai 2021, para. 20. Nitekim FAYM, bu retoriği Alman Federal Yüksek Mahkemesinden almıştır. Bkz. BGH, **NJW**, 1984, pp. 1907-1909, s. 1909 - Kenntnis der Staatsanwaltschaft vom Verteidigungskonzept.

¹¹⁰³ Katharina Harms da eşyanın doğasına barizlik argümanı yönünden yaklaşır. Bununla birlikte, eşyanın doğası yalnızca bariz olan bir sonuca ulaşmak için başka şekilde de kullanılmaktadır. Bkz. Katharina Harms, "Kompetenzen des Bundes aus der "Natur der Sache"?", **Der Staat**, Vol. 33, No. 3, 1994, pp. 409-428, s. 419.

¹¹⁰⁴ BVerfGE 1, 14 (52) - Südweststaat [1951]; BVerfGE 49, 260 (271) - Ortszuschlag bei Geschiedenen [1978]; BVerfGE 71, 39 (58) - Ehegattenbezogener Ortszuschlag [1985]; BVerfGE 76, 256 (329) - Beamtenversorgung [1987]; BVerfGE 83, 89 (107-108) - 100%-Grenze [1990]; BVerfGE 102, 254 (299, 302) - EALG [2000]; BVerfGE 103, 310 (318) - DDR-Dienstzeiten [2001]; BVerfGE 105, 73 (110) - Pensionsbesteuerung [2002]; BVerfG, 2 BvR 709/99, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Februar 2003, para. 48; BVerfGE 107, 257 (270) - Beamtenbesoldung Ost II [2003]; BVerfGE 114, 258 (297-298) - Versorgungsänderungsgesetz [2005]; BVerfGE 117, 302 (311) - Art. 19 Einigungsvertrag [2007]; BVerfG, 1 BvR 756/96, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 09. Januar 2006, para. 21; BVerfG, 2 BvR 1188/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Januar 2007, para. 26; BVerfG, 2 BvR 1081/07, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Mai 2008, para. 27; BVerfG, 2 BvR 380/08, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Dezember 2008, para. 7; BVerfG, 1 BvR 2553/08, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats

öngörülen keyfilik yasağının somutlaştırılmasını sağlamakta ve eşyanın doğası eşitlik ilkesinin sınırlanmasında bir kriter olarak belirlemektedir.¹¹⁰⁵ Bundan ayrı olarak, 22 Ağustos 1950 tarihli Almanların Federal Ülkeye Zorunlu Kabul Kanunu (*Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet*) uyarınca Sovyet işgal alanından gelen Alman vatandaşlarının veya Alman etnik kimliğine sahip kişilerin Batı Almanya topraklarında yerleşmesinin özel izne tabi tutulmasının yerleşme ve seyahat hakkını ihlal edip etmediğinin değerlendirildiği *Zorunlu Kabul* kararında¹¹⁰⁶, Mahkeme, Alman Anayasası Madde 11/2 uyarınca yerleşme ve seyahat hakkına yönelik olarak, sözgelimi bir salgın durumunda, devletin genel tedbirleri alabilmesini eşyanın doğası ile meşrulaştırmıştır.¹¹⁰⁷ Bu itibarla Mahkeme, sözgelimi bir salgın durumunda, salgının doğası ve yapısı gereği herkese yönelik olarak seyahat ve yerleşme hakkını sınırlayıcı tedbirlerin alınabileceğini belirtir. *Gizli Dinleme* kararında¹¹⁰⁸, Mahkeme, dinlenen kişiye herhangi bir bildirimde bulunulmamasının ihlal olmadığına karar verirken, bildirimde bulunulmamanın eşyanın doğasından kaynaklandığı savına dayanmıştır.¹¹⁰⁹

Türk Anayasa Mahkemesi de birçok kararında eşyanın doğası argümanını özellikle “işin doğası” terimiyle birlikte kullanmıştır. AYM, eşyanın doğası argümanını belirli kurumların amacını göstermek için kullanmıştır.¹¹¹⁰ Sözgelimi Mahkeme, sendika kurma hakkının sadece disiplini etkilemesi sebebiyle ortadan kaldırılmasının demokratik toplumun gerekleriyle örtüşmediğini, zira sendikalaşmanın disiplinin etkilendirme potansiyelinin işin doğasından kaynaklandığını ileri sürmüştür.¹¹¹¹ Aynı şekilde Mahkeme, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve idari faaliyetlerin yürütülmesi

vom 02. Februar 2009, para. 21; *BVerfG*, 1 BvR 2275/07, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. September 2009, para. 39; *BVerfG*, 1 BvR 2192/05, Beschluss des Ersten Senats vom 17. November 2009, para. 46.

¹¹⁰⁵ Bu yönde bkz. Müller - Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, s. 54-55.

¹¹⁰⁶ *BVerfGE* 2, 266 - Notaufnahme [1953].

¹¹⁰⁷ *BVerfGE* 2, 266 (275) - Notaufnahme [1953].

¹¹⁰⁸ *BVerfGE* 30, 1 - Abhörurteil [1970].

¹¹⁰⁹ *BVerfGE* 30, 1 (21) - Abhörurteil [1970].

¹¹¹⁰ AYM, E. 1976/3, K. 1976/23, Karar Tarihi 13.04.1976; AYM, E. 1980/68, K. 1981/3, Karar Tarihi 15.01.1981; AYM, E. 2006/106, K. 2009/124, Karar Tarihi 01.10.2009; AYM, E. 2013/130, K. 2014/18, Karar Tarihi 29.01.2014; AYM, E. 2013/114, K. 2014/184, Karar Tarihi 04.12.2014, para. 124; AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, Karar Tarihi 08.12.2015, para. 178; AYM, E. 2016/195, K. 2017/158, Karar Tarihi 16.11.2017, para. 69; AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, Karar Tarihi 28.12.2017, para. 321; AYM, E. 2018/90, K. 2019/85, Karar Tarihi 14.11.2019, para. 39-40; AYM, E. 2018/122, K. 2020/14, Karar Tarihi 19.02.2020, para. 36; AYM, E. 2019/40, K. 2020/40, Karar Tarihi 17.07.2020, para. 85; AYM, E. 2021/104, K. 2021/87, Karar Tarihi 11.11.2021, para. 78; AYM, E. 2021/17, K. 2021/103, Karar Tarihi 30.12.2021, para. 22.

¹¹¹¹ AYM, E. 2013/130, K. 2014/18, Karar Tarihi 29.01.2014.

bakımından kamu ihaleleri önem arz ettiği için kamu ihalelerine katılımın işin doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, milli güvenlik bu bağlamda kamu ihalelerine katılımda işin doğasından kaynaklanan bir sınırlama ölçütüdür.¹¹¹² Bir başka kararında ise Mahkeme, soruşturma, kovuşturma ve genel olarak yargılamanın yapısından dolayı işin doğasının zorunlu bir sonucu olarak soruşturma, kovuşturma ve yargılama için sabit bir süre belirlenemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.¹¹¹³ AYM eşyanın doğası argümanını, aynı zamanda yapılan bireysel başvurunun anayasal ve kişisel önemden yoksun olup olmadığı hususunda bir kriter olarak kullanmaktadır.¹¹¹⁴ Mahkeme, eşyanın doğası argümanını bariz olanı göstermek için de kullanmaktadır. Sözelimi, Mahkeme, hürriyeti kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaatinin, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazla olduğunu sonucuna ulaşmaktadır.¹¹¹⁵ Aynı şekilde, AYM, başlangıçtaki bir tutuklama için tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olgularının somut olarak belirtilmesinin, işin doğası gereği her zaman mümkün olmadığını dile getirmiştir.¹¹¹⁶ Nitekim adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını da içermesi¹¹¹⁷ veyahut Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla

¹¹¹² AYM, E. 2018/90, K. 2019/85, Karar Tarihi 14.11.2019, para. 39-40.

¹¹¹³ AYM, E. 2021/17, K. 2021/103, Karar Tarihi 30.12.2021, para. 22.

¹¹¹⁴ K. V. Başvurusu, Baş. 2014/2293, GK Karar Tarihi 01.12.2016, para. 61-62; Seyfeddin Bahar Başvurusu, Baş. No. 2014/10204, Karar Tarihi 05.04.2017, para. 27-28; İbrahim Kızılkaya Başvurusu, Baş. No. 2014/2517, Karar Tarihi 05.04.2017, para. 25-26; Mehmet Çelebi Çalan Başvurusu (2), Baş. No. 2014/5674, Karar Tarihi 08.06.2017, para. 28-29; F. N. G. Başvurusu, Baş. No. 2014/11928, Karar Tarihi 21.06.2017, para. 45-46; Mürsel Polat ve Nuriye Artuç Başvurusu, Baş. No. 2014/2470, Karar Tarihi 25.10.2017, para. 23-24; Kasım Biner Başvurusu, Baş. No. 2014/11399, Karar Tarihi 22.11.2017, para. 25-26; Emine Demir Özden Başvurusu, Baş. No. 2014/13769, Karar Tarihi 22.11.2017, para. 26-27.

¹¹¹⁵ Halas Aslan Başvurusu, Baş. No. 2014/4994, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 69; Eşref Turunç Başvurusu, Baş. No. 2014/5963, Karar Tarihi 20.09.2017, para. 37; Ö.Ç. Başvurusu, Baş. No. 2014/1091, Karar Tarihi 23.05.2018, para. 41; Mehmet Baransu Başvurusu (3), Baş. No. 2016/11380, Karar Tarihi 26.12.2018, para. 45; Gültekin Avcı Başvurusu, Baş. No. 2015/17921, Karar Tarihi 10.01.2019, para. 166; Mehmet Ölmez Başvurusu, Baş. No. 2014/19800, Karar Tarihi 10.01.2019, para. 40; Yurt Atayün Başvurusu, Baş. No. 2017/34216, Karar Tarihi 29.05.2019, para. 55; Ömer Köse Başvurusu (2), Baş. No. 2017/34237, Karar Tarihi 23.10.2019, para. 56.

¹¹¹⁶ Halas Aslan Başvurusu, Baş. No. 2014/4994, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 77; Eşref Turunç Başvurusu, Baş. No. 2014/5963, Karar Tarihi 20.09.2017, para. 45; Ö.Ç. Başvurusu, Baş. No. 2014/1091, Karar Tarihi 23.05.2018, para. 44; Mehmet Baransu Başvurusu (3), Baş. No. 2016/11380, Karar Tarihi 26.12.2018, para. 48; Gültekin Avcı Başvurusu, Baş. No. 2015/17921, Karar Tarihi 10.01.2019, para. 172; Mehmet Ölmez Başvurusu, Baş. No. 2014/19800, Karar Tarihi 10.01.2019, para. 40; Yurt Atayün Başvurusu, Baş. No. 2017/34216, Karar Tarihi 29.05.2019, para. 61; Ömer Köse Başvurusu (2), Baş. No. 2017/34237, Karar Tarihi 23.10.2019, para. 62.

¹¹¹⁷ Uskar Kömür Pazarlama Nakliyat Tarım İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2019/2762, Karar Tarihi 17.11.2021, para. 30.

başvurulacak yerin bir yargı mercii olması öngörülmüş olduğundan burada yapılacak incelemenin yargısal bir niteliğinin bulunması¹¹¹⁸ sonuçlarına ulaşılmasında da eşyanın doğası argümanına dayanılmıştır. Bunların yanı sıra, Mahkeme, seçimlik hakkın doğasına dayanarak, seçimlik hakkın yalnızca bir tarafa verilmesinin itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmiştir.¹¹¹⁹

Nihayetinde AYM, eşyanın doğası argümanını sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasının meşrulaştırılmasında da kullanılmaktadır. Mahkeme gerek norm denetimi kararlarında¹¹²⁰ gerekse de bireysel başvuru

¹¹¹⁸ *Devran Duran Başvurusu*, Baş. No. 2014/10405, Karar Tarihi 25.05.2017, para. 85; *Mehmet Ölmez Başvurusu*, Baş. No. 2014/19800, Karar Tarihi 10.01.2019, para. 64.

¹¹¹⁹ AYM, E. 1984/4, K. 1984/9, Karar Tarihi 20.09.1984.

¹¹²⁰ Bkz. AYM, E. 2012/20, K. 2012/132, Karar Tarihi 27.09.2012; AYM, E. 2012/132, K. 2012/179, Karar Tarihi 22.11.2012; AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, Karar Tarihi 14.02.2013; AYM, E. 2012/108, K. 2013/64, Karar Tarihi 22.05.2013; AYM, E. 2013/71, K. 2013/77, Karar Tarihi 18.06.2013; AYM, E. 2013/18, K. 2013/132, Karar Tarihi 14.11.2013; AYM, E. 2013/148, K. 2014/62, Karar Tarihi 27.03.2014; AYM, E. 2013/95, K. 2014/176, Karar Tarihi 13.11.2014; AYM, E. 2014/112, K. 2014/203, Karar Tarihi 25.12.2014; AYM, E. 2014/146, K. 2015/31, Karar Tarihi 19.03.2015; AYM, E. 2014/36, K. 2015/51, Karar Tarihi 27.05.2015; AYM, E. 2015/36, K. 2015/87, Karar Tarihi 08.10.2015, para. 16; AYM, E. 2014/86, K. 2015/109, Karar Tarihi 25.11.2015, para. 89; AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, Karar Tarihi 08.12.2015, para. 7; AYM, E. 2014/195, K. 2015/116, Karar Tarihi 23.12.2015, para. 102; AYM, E. 2014/92, K. 2016/6, Karar Tarihi 28.01.2016, para. 13; AYM, E. 2015/96, K. 2016/9, Karar Tarihi 10.02.2016, para. 9-10; AYM, E. 2016/29, K. 2016/134, Karar Tarihi 14.07.2016, para. 13; AYM, E. 2016/37, K. 2016/135, Karar Tarihi 14.07.2016, para. 9; AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, Karar Tarihi 04.05.2017, para. 308; AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, Karar Tarihi 31.05.2017, para. 17; AYM, E. 2017/24, K. 2017/112, Karar Tarihi 14.06.2017, para. 13-14; AYM, E. 2016/133, K. 2017/155, Karar Tarihi 15.11.2017, para. 73; AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, Karar Tarihi 29.11.2017, para. 12; AYM, E. 2017/167, K. 2017/172, Karar Tarihi 13.12.2017, para. 14; AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, Karar Tarihi 28.12.2017, para. 194, 288; AYM, E. 2018/108, K. 2019/5, Karar Tarihi 13.02.2019, para. 28; AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, Karar Tarihi 24.07.2019, para. 23, 51; AYM, E. 2018/89, K. 2019/84, Karar Tarihi 14.11.2019, para. 47; AYM, E. 2019/101, K. 2020/26, Karar Tarihi 11.06.2020, para. 18-19; AYM, E. 2019/104, K. 2021/3, Karar Tarihi 14.01.2021, para. 11-12; AYM, E. 2019/89, K. 2021/10, Karar Tarihi 04.02.2021, para. 97; AYM, E. 2018/99, K. 2021/14, Karar Tarihi 03.03.2021, para. 24; AYM, E. 2019/13, K. 2021/31, Karar Tarihi 29.04.2021, para. 17; AYM, E. 2021/30, K. 2021/82, Karar Tarihi 04.11.2021, para. 18; AYM, E. 2019/110, K. 2021/85, Karar Tarihi 11.11.2021, para. 47; AYM, E. 2021/52, K. 2021/97, Karar Tarihi 16.12.2021, para. 16; AYM, E. 2021/9, K. 2022/4, Karar Tarihi 26.01.2022, para. 34; AYM, E. 2021/117, K. 2022/10, Karar Tarihi 26.01.2022, para. 17; AYM, E. 2019/94, K. 2022/32, Karar Tarihi 24.03.2022, para. 50; AYM, E. 2019/116, K. 2022/34, Karar Tarihi 24.03.2022, para. 25; AYM, E. 2021/119, K. 2022/48, Karar Tarihi 21.04.2022, para. 34; AYM, E. 2022/15, K. 2022/73, Karar Tarihi 01.06.2022, para. 33; AYM, E. 2021/127, K. 2022/85, Karar Tarihi 30.06.2022, para. 60; AYM, E. 2022/22, K. 2022/92, Karar Tarihi 20.07.2022, para. 23; AYM, E. 2021/128, K. 2022/68, Karar Tarihi 04.08.2022, para. 26; AYM, E. 2021/118, K. 2022/98, Karar Tarihi 08.09.2022, para. 20; AYM, E. 2021/107, K. 2022/109, Karar Tarihi 28.09.2022, para. 28.

kararlarında¹¹²¹, özel sınırlama ölçütleri öngörülme-yen hakların doğalarından¹¹²² kaynaklanan sınırlara sahip olduğunu belirlemiştir.

AİHS organlarının da eşyanın doğası (*nature of things*) argümanını kullandığı görülmektedir. Mahkeme, özellikle incelenen vaka konusunun olgusal yapısını dikkate alarak, vaka bakımından bazı gereklilikleri kabul edebilmektedir. Sözgelimi Mahkeme, organize suç örgütlerinin söz konusu olduğu bir davada gözaltına alınan bir kişinin serbest bırakılması halinde tanıklar veya diğer şüpheliler üzerinde baskı oluşturma veya başka bir şekilde yargılamayı engelleme riskinin, eşyanın doğası gereği yüksek olduğunu belirtir.¹¹²³ AİHM, kabul edilebilirlik incelemesinde, bir müdahalede başvurunun önemli bir dezavantaja maruz kalıp kalmadığını incelerken, müdahalenin uluslararası bir mahkeme tarafından değerlendirilmesini gerektirecek asgari şiddet

¹¹²¹ Birçok karar arasından örnek olarak bkz. *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 33; *Tahir Gökatalay Başvurusu*, Baş. No. 2013/1780, Karar Tarihi 20.03.2014, para. 39; *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 39; *Serap Tortuk Başvurusu*, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 38; *İ. F. A. Başvurusu*, Baş. No. 2013/8564, Karar Tarihi 17.02.2016, para. 50; *Murat Kaymaz Başvurusu*, Baş. No. 2013/9689, Karar Tarihi 31.03.2016, para. 50; *Temel Yeğin Başvurusu*, Baş. No. 2014/10398, Karar Tarihi 29.06.2016, para. 34; *Murat Deniz Başvurusu*, Baş. No. 2014/5318, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 51; *Ö. A. Başvurusu*, Baş. No. 2014/4868, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 43; *K. Ü. Başvurusu*, Baş. No. 2014/15792, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 38; *Zekeriyya Berber Başvurusu*, Baş. No. 2014/4982, Karar Tarihi 17.11.2016, para. 42; *S. S. Başvurusu*, Baş. No. 2014/8479, Karar Tarihi 17.11.2016, para. 33; *Yahya Özey Başvurusu*, Baş. No. 2014/11141, Karar Tarihi 22.09.2016, para. 50; *Murat Karataş Başvurusu*, Baş. No. 2014/9462, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 53; *Z. S. Başvurusu*, Baş. No. 2014/19968, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 69; *Hasan Özkuş Başvurusu*, Baş. No. 2014/11094, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 50; *Ali Gönül Başvurusu*, Baş. No. 2014/9419, Karar Tarihi 17.11.2016, para. 31; *Ahmet Çilgin Başvurusu*, Baş. No. 2014/18849, Karar Tarihi 11.01.2017, para. 39; *Mehmet Çakır Başvurusu*, Baş. No. 2014/5121, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 45; *S. Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2014/19582, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 47; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, Baş. No. 2014/5974, Karar Tarihi 26.12.2017, para. 76; *Rasul Kocatürk Başvurusu*, Baş. No. 2016/8080, GK Karar Tarihi 26.12.2019, para. 48-49; *C.A. Başvurusu* (3), Baş. No. 2018/10286, GK Karar Tarihi 02.07.2020, para. 110; *Serhat Oyman Başvurusu*, Baş. No. 2017/25497, Karar Tarihi 13.10.2020, para. 49; *Özdemir Örnek Başvurusu*, Baş. No. 2018/26453, Karar Tarihi 06.10.2021, para. 50; *Şengül Tükel Başvurusu*, Baş. No. 2018/12456, Karar Tarihi 12.01.2022, para. 47.

¹¹²² Hakkın doğası, hakkın düzenlediği yaşam ilişkilerinden elde edilen normatif içeriği ifade eder. Dolayısıyla eşyanın doğasından farklı bir yerde bulunmaz.

¹¹²³ Bkz. *Celejewski v. Poland*, App. No. 17584/04, Judgment of 4 May 2006, para. 37; *Jasari v. Poland*, App. No. 17888/07, Judgment of 12 October 2010, para. 37; *Polański v. Poland*, App. No. 42146/07, Judgment of 12 October 2010, para. 39; *Kowalenko v. Poland*, App. No. 26144/05, Judgment of 26 October 2010, para. 63; *Grzegorz Baranowski v. Poland*, App. No. 40153/09, Judgment of 9 November 2010, para. 38; *Grochulski v. Poland*, App. No. 33004/07, Judgment of 18 January 2011, para. 37; *Jęczmieniowski v. Poland*, App. No. 747/09, Judgment of 25 January 2011, para. 36; *Sikorski v. Poland*, App. No. 10041/09, Judgment of 25 January 2011, para. 36; *Zdziarski v. Poland*, App. No. 14239/09, Judgment of 25 January 2011, para. 34; *Simonov v. Poland*, App. No. 45255/07, Judgment of 17 April 2012, para. 29; *Syarkevich v. Russia*, App. No. 10216/06, Judgment of 28 November 2017, para. 23.

eşiğine ulaşması gerekliliğini bir kriter olarak belirler. Mahkeme, bu asgari şiddet eşiğinin görelî ve vakanın bütün koşullarına bağılı olduğu sonucuna ulaşırken eşyanın doğasına dayanır.¹¹²⁴ Dolayısıyla burada Mahkeme, eşyanın doğası ile kuralın amacına ve niteliğine vurgu yapmaktadır. AİHM aynı zamanda Madde 3'te düzenlenen işkence yasağının korumasının tetiklenmesi için gerekli gördüğü asgari şiddet eşiğini de eşyanın doğasına dayanarak görelî ve vakanın bütün koşullarına bağılı olduğu sonucuna ulaşır.¹¹²⁵ Mahkeme, iç hukukun yorumlanması ve uygulanmasında eşyanın doğası gereği ulusal makamların önceliğinin olduğunu ifade etmiştir.¹¹²⁶ Bu bağlamda, burada eşyanın doğasına referans verilerek, ikincillik ilkesinin amacı ve niteliği vurgulanmaktadır. Diğer başka vakalarda ise Mahkeme, vaka konusunun doğasına/niteliğine (*nature of the matter*) referans vererek, başvuruda şikâyet edilen konunun menfaatinin önemine vurgu yapmaktadır.¹¹²⁷ Özellikle yaşam hakkının söz konusu olduğu diğer bazı vakalarda da Mahkeme, konunun doğasını/niteliğini bir kriter olarak değerlendiren iç hukuk yolunun etkisizliği ve dolayısıyla tüketilmesine gerek olmadığına karar vermektedir.¹¹²⁸ Bunun dışında, AİHM, olgudan argümantatif sonuçlar çıkarmak

¹¹²⁴ Bkz. *Korolev v. Russia*, App. No. 25551/05, Decision of 1 July 2010; *Gagliano Giorgi v. Italy*, App. No. 23563/07, Judgment of 6 March 2012, para. 55; *Kücher v. Austria*, App. No. 2834/09, Judgment of 5 February 2015, para. 21; *Binder v. Austria*, App. No. 50627/09, Judgment of 2 February 2016, para. 21; *Lisovaia v. the Republic of Moldova*, App. No. 16908/09, Judgment of 16 January 2018, para. 15; *Žirovnický v. the Czech Republic*, App. No. 10092/13 and 6 others, Judgment of 8 February 2018, para. 113; *Ayvazyan v. Armenia*, App. No. 46245/08, Judgment of 18 October 2018, para. 19; *Novaya Gazeta and Borodyanskiy v. Russia*, App. No. 42113/09, Judgment of 29 October 2019, para. 37; *Ryabinin and Shatalina v. Ukraine*, App. No. 33006/07, Judgment of 7 November 2019, para. 169; *Avellone and Others v. Italy*, App. No. 6561/10, Judgment of 9 July 2020, para. 35; *Kurnosova v. Russia*, App. No. 36072/07, Judgment of 15 June 2021, para. 21.

¹¹²⁵ Birçok karar arasından bkz. *Ireland v. the United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, para. 162; *Tyrer v. the United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, para. 30; *Soering v. the United Kingdom*, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, para. 100; *Kudła v. Poland*, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 91; *Tsarpelas v. Greece*, App. No. 74884/13, Judgment of 26 April 2018, para. 49; *Sepczyński v. Poland*, App. No. 78352/14, Judgment of 26 April 2018, para. 40; *Zatynayko v. Russia*, App. No. 1935/07; 41798/07, Judgment of 25 June 2019, para. 48; *Dłużewska v. Poland*, App. No. 39873/18, Judgment of 15 April 2021, para. 51.

¹¹²⁶ Bkz. *Winterwerp v. the Netherlands*, App. No. 6301/73, Judgment of 24 October 1979, para. 46; *Škrtić v. Croatia*, App. No. 64982/12, Judgment of 5 December 2013, para. 28; *Lemo and Others v. Croatia*, App. No. 3925/10 and 7 others, Judgment of 10 July 2014, para. 37; *Tijardović v. Croatia*, App. No. 38906/13, Judgment of 19 June 2014, para. 36.

¹¹²⁷ Bkz. *Krumpel and Krumpelová v. Slovakia*, App. No. 56195/00, Judgment of 5 July 2005, para. 40; *Živić v. Serbia*, App. No. 37204/08, Judgment of 13 September 2011, para. 41; *Piętka v. Poland*, App. No. 3421/07, Judgment of 16 October 2012, para. 40; *Mehdiyev v. Azerbaijan*, App. No. 59090/12, Judgment of 31 October 2019, para. 30.

¹¹²⁸ *Dobriyeva and Others v. Russia*, App. No. 18407/10, Judgment of 19 December 2013, para. 79; *Salikhova and Magomedova v. Russia*, App. No. 63689/13, Judgment of 26 January 2016, para. 89; *Aliyev and Gadzhiyeva v. Russia*, App. No. 11059/12, Judgment of 12 July

için eşyanın doğasını (*by its very nature*) kullanmaktadır. Bu anlamda, bir yandan umuma açık bir yolda motosiklet sürmenin doğası gereği bu faaliyetin bir kaza durumunda ciddi kişisel zarar görme riski olduğu kabul edilirken¹¹²⁹, diğer yandan bir basın bülteninin, doğası gereği adli işlemlerle ilgili olsa bile, kamuoyunu daha genel olarak bilgilendirme amacına uygun olarak hazırlanmış bir içerik sunduğu¹¹³⁰ sonucuna ulaşılır. Nihayetinde Sözleşme organları, sınırlama kaydı içermeyen haklar için eşyanın doğası argümanına başvurmuştur. Buna göre, sınırlama kaydı olmayan Sözleşme hakları sınırsız değildir, bu haklar, doğaları gereği (*by its very nature*) devletin düzenleme yapmasını gerektirir.¹¹³¹

Sonuç olarak, bu tez kapsamında incelenen anayasal sistemlerde, eşyanın doğası argümanı, anayasal hakların sınırlandırılmasında bir gerekçe olarak kullanılmaktadır. Bu itibarla, eşyanın doğasının, bu çalışma içerisinde verilen anlam ile anayasal hakların sınırlandırılmasına bir gerekçe teşkil edebileceği kabul edilecektir.

2.3. İÇKİN SINIRLAMA KATEGORİLERİ

İçkin sınırlamanın meşruiyetini sağlayan gerekçeler incelendikten sonra, içkin sınırlamanın kategorileri ve bu kategorilerin nasıl uygulanacağı incelenebilir. Zira içkin sınırlama türleri ve bu içkin sınırların nasıl uygulanacağı büyük ölçüde yukarıda sayılan¹¹³² gerekçelere bağlıdır. Burada öncelikle içkin sınırlamanın ne anlama geldiği açıklanmalıdır. Özellikle içkin sınırlamanın başından itibaren anayasal hakkın

2016, para. 100. Protokol 1, Madde 3 (P1-3) bakımından bkz. *Karimov v. Azerbaijan*, App. No. 12535/06, Judgment of 25 September 2014, para. 49.

¹¹²⁹ *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania*, App. No. 41720/13, GC Judgment of 25 June 2019, para. 130.

¹¹³⁰ *Muhammad and Muhammad v. Romania*, App. No. 80982/12, GC Judgment of 15 October 2020, para. 174.

¹¹³¹ Birçok karar arasından bkz. *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, B, para. 5; *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 41; *Ashingdane v. the United Kingdom*, App. No. 8225/78, Judgment of 28 May 1985, para. 57; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, App. No. 9006/80 and 6 others, Judgment of 8 July 1986, para. 194; *Lorenus v. Sweeden*, App. No. 12810/87, Decision of 18 January 1989; *Osman v. the United Kingdom*, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 147; *Waite and Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, GC Judgment of 18 February 1999, para. 59; *McElhinney v. Ireland*, App. No. 31253/96, GC Judgment of 21 November 2001, para. 34; *Fogarty v. the United Kingdom*, App. No. 37112/97, GC Judgment of 21 November 2001, para. 33; *Cudak v. Lithuania*, App. No. 15869/02, GC Judgment of 23 March 2010, para. 55; *Catan and Others v. Moldova and Russia*, App. No. 43370/04 and 2 others, GC Judgment of 19 October 2012, para. 140; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, App. No. 5809/08, GC Judgment of 21 June 2016, para. 129.

¹¹³² Bkz. **Bölüm 2.2.**

kapsamında olmayan bir tahdidi içerip içermediği veya içkin sınırlamanın hakkın meşrulaştırması aşamasında dikkate alınıp alınmayacağı belirlenmelidir.

İçkinlik niteliği, açıkça veya bariz bir şekilde normun lafzına yansımayan bir husus olduğunda gündeme gelir. İçkin sınırlama, en genel ifadesiyle, bir anayasal hakkın açıkça öngörülme veya lafzından elde edilemeyen bir şekilde sınırlandırılmasını veya tahdit edilmesini ifade eder.¹¹³³ Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlanması veya tahdit edilmesi, içkin sınırlamanın kapsamının içerisine girer. Aynı zamanda, sınırlama kaydı bulunsun bile sınırlama kaydında açıkça öngörülme bir şekilde anayasal hakların sınırlandırılması veya tahdit edilmesi içkin sınırlamanın kapsamına girer. İçkin sınırlama türleri, kategorik bir şekilde dahili veya harici teorilerin¹¹³⁴ kapsamına girmez. Zira ilgili menfaatin, konunun veya hukuki pozisyonun başından itibaren hakkın kapsamında olup olmaması gerektiği, her somut olayda ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Bazı yazarların aksine¹¹³⁵, bu çalışma kapsamında benimsenen içkin sınırlama kategorilerinin anayasal hakları hem sınırlandırabileceği hem de tahdit edebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla hem harici hem de dahili teorinin bir arada geçerli olduğu kabul edilecektir.¹¹³⁶ Burada ayrıca anayasal hakkın kapsamının yorumlanması sonucunda anayasal hakkın kapsamının dışında kalan davranışların, konuların ve hukuki pozisyonların ayrı bir şekilde değerlendirilmesi ile içkin sınırlamanın karıştırılmaması gerekir.¹¹³⁷

Bir anayasal hak sahibinin başka kişilere veya topluma zarar vererek veya devlet şiddet tekeline aykırı bir şekilde şiddet göstererek anayasal hakkını kullanmasının, mutlaka anayasal hakları sınırlayıcı veya tahdit edici bir etkisi vardır. Bununla birlikte gerek genel zarar kaydı¹¹³⁸ gerekse de barışçılık kaydı¹¹³⁹, sınırlama doktrini ortaya koyamayacak şekilde tipikleştirilemeyen genel kategoriler oluşturur.¹¹⁴⁰

¹¹³³ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 41-42.

¹¹³⁴ Bkz. **Bölüm 2.1.1.1.**

¹¹³⁵ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 208, 244 vd.; Martin, **Grundrechtskollisionen**, s. 54-56.

¹¹³⁶ Krş. Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 73-76.

¹¹³⁷ Merten bu hususu içkin sınırlama/tahdit içerisinde değerlendirir. Bkz. Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 216-219, 237-241.

¹¹³⁸ Genel zarar kaydı aslında bütün maddi içkin sınırlama teorilerinin temelinde bulunmaktadır. Genel olarak bkz. **Bölüm 2.1.2.2.**

¹¹³⁹ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.6.**

¹¹⁴⁰ Genel zarar kaydı bakımından bkz. Müller-Franken, “Vorbemerkung vor Art. 1”, s. 130; von Arnould, “Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit”, s. 286.

Bu bakımdan, yasaya itaatsizlik ve zarar verme gibi hudutlar genelleştirilemez.¹¹⁴¹ Zarar kaydını savunanların yaşadığı en büyük sorun, gerek bazı anayasal hakların niteliği, gerekse de bazı anayasal hakların konuları sebebiyle geniş yorumlanma gerekliliği ile zarar kaydının uyuşmamasıdır. Muhalefet partilerinin, muhalif bir sivil toplum kuruluşunun veya siyasal iktidara yönelik eleştirileri dile getiren bir topluluğun ifade özgürlüğü, iktidar partisine zarar verebilir. Nitekim ifade özgürlüğü, yalnızca zararsız söylemleri değil toplumu rahatsız edebilen ifadeleri de kapsamak zorundadır.¹¹⁴² Aynı şekilde meslek özgürlüğü kapsamında bir kişinin belirli bir yerde eczane açması, açılmış olan diğer eczanelerin karlarını ve kazançlarını düşürebilir.¹¹⁴³ Ancak verilen bu zararlar, ilgili davranışları veya hukuki pozisyonları anayasal hakkın kapsamından çıkarmaz. Ayrıca zarar kaydı nihayetinde, belirli bir sınır eşiğini ve ölçüyü hakkın kapsamına getirerek, sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasında yapılması gereken dengelemeyi, hakkın kapsamına ithal edebilir. Zarar kaydı ve barışçılık kaydı tipikleştirilemediği için hukuki bir güvenlik de oluşturmaz. Bu sebeple, bireylerin hukuki güvenceyi engelleyebilecek bu kayıtlarla bağlı olmaması için zarar kaydı ve barışçılık kaydı bir içkin sınırlama kategorisi olarak benimsenmemiştir. Bu tür sorunlar, büyük ölçüde dengeleme ile ilgilidir ve bu nedenle amaç-araç ilişkisi gerektirir.¹¹⁴⁴ Bununla birlikte, gerek zarar kaydının gerekse de şiddet tekelinin tipikleştirilebildiği ve şeffaflık açığının kapatılabildiği¹¹⁴⁵ iki alan bulunmaktadır: fiziki şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları ve mutlak haklar.

İçkin sınırlamayı mümkün kılan norm-norm metni ayrımı ve içkin sınırlamayı meşrulaştıran insan imgesi, anayasal hakların ön koşulları, anayasanın bütünlüğü ilkesi, değerler düzeni ve eşyanın doğası gerekçeleri dikkate alındığında, birden fazla içkin sınırlama türünün anayasal haklar için geçerli olacağını kabul etmek gerekir. Bu itibarla, anayasal hakları kullanma ehliyeti (2.3.1.), *neminem-laedere* gerekliliği/zarar verme yasağı (2.3.2.), iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler (2.3.3.), kurumsal anayasal haklar (2.3.4.), mücadeleci demokrasi kaydı (2.3.5.) ve sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar (2.3.6.), içkin sınırlamanın uygulanacağı kategorilerdir.

¹¹⁴¹ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 201 vd.

¹¹⁴² Örnek olarak bkz. *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 49.

¹¹⁴³ Örnek olarak bkz. *BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil* [1958].

¹¹⁴⁴ von Arnould, “Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit”, s. 286-287.

¹¹⁴⁵ Krş. von Arnould, “Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit”, s. 286.

Merten'e¹¹⁴⁶ ve Isensee'ye¹¹⁴⁷ benzer şekilde, bu çalışma kapsamında da eklektik bir içkin sınırlama doktrini benimsenmektedir. Bu kategoriler izole bir şekilde uygulanmamaktadır. İçkin sınırlama kategorileri arasındaki sınırlar fazlasıyla bulanıktır ve iç içe geçebilmektedir. Ancak pedagojik amaçlarla içkin sınırlamaları kategorileştirmek gerekmektedir.

2.3.1. Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti

Anayasal hakları kullanma ehliyeti¹¹⁴⁸ (*Grundrechtsausübungsfähigkeit / Grundrechtsmündigkeit*), özel hukukta olduğu gibi, kişilerin anayasal hakları kullanabilmesi için belirli bir ehliyet, erginlik ve kabiliyet aranmasını ifade eder. Ancak özel hukuktan farklı olarak, anayasal hakları kullanma ehliyeti bütün anayasal haklar için geçerli değildir. Diğer bir deyişle, anayasal hak ehliyeti bütün anayasal haklara uygulanabilen genel-geçer bir sınırlama olamaz.¹¹⁴⁹ Bu kategorinin doğru bir şekilde anlaşılması ve ele alınması için, medeni hukuktaki hukuki ehliyet ve fiil ehliyeti ayrımına benzer şekilde, anayasal haklara sahip (hak sahipliği) olma ile anayasal hakların kullanılması arasında net bir ayrım yapılmalıdır.¹¹⁵⁰

Özel hukukta fiil ehliyeti kurumunda olduğu gibi¹¹⁵¹, bazı anayasal hakların kullanımında da kişilerde belirli bir ayırt etme gücü ve erginliğin aranması gerekmektedir. Bu bağlamda, kişilerin bazı anayasal haklarda belirli bir ölçüde akla uygun davranabilecek, eylem ve işlemlerinin sonuçlarını kavrayabilecek ve doğruyu yanlıştan

¹¹⁴⁶ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.15.**

¹¹⁴⁷ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.16.**

¹¹⁴⁸ Türk anayasa hukuk literatüründe “temel hak erginliği” terimiyle de ifade edilmiştir. Bkz. Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 66.

¹¹⁴⁹ Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, s. 214; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 121; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 80; Peter M. Huber, “Natürliche Personen als Grundrechtsträger”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 1137; Katz, **Staatsrecht**, s. 283.

¹¹⁵⁰ Ingo von Münch - Ute Mager, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 6. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2014, s. 37.

¹¹⁵¹ İhsan Erdoğan - A. Dilşad Erdoğan, **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020, s. 235 vd.; Zafer Zeytin - Ömer Ergün, **Türk Medeni Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 53 vd. Süleyman Yılmaz - Abdülkerim Yıldırım, **Medeni Hukuk**, C. I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 121 vd.; Sinan Sami Akkurt - Kemal Erdoğan - Hüseyin Tokat, **Medenî Hukuk: Temel Bilgiler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 210 vd.; Şaban Kayıhan, **Medeni Hukuk Bilgisi**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, 167 vd.

ayırabilecek bir olgunluğa erişmesi¹¹⁵² gerekir.¹¹⁵³ Anayasal hakları kullanma ehliyeti, çocuklar, bilinçsiz kişiler, zihinsel engelliler, demans hastaları ve koma hastaları vs. için geçerli olan bir sınırlamadır.¹¹⁵⁴ Anayasal hakları kullanma ehliyeti, eşyanın doğası gerekçesine dayanmaktadır.¹¹⁵⁵ Eşyanın doğası gereği, anayasal hakları kullanmak için belirli zihinsel ve fiziksel özellikler öngörülebilir.¹¹⁵⁶ Anayasal haklar, hak sahiplerinin kendilerini belirlemelerini ve öz sorumluluklarına dair kararlarını korumaktadır.¹¹⁵⁷ Kişinin kendisini/kendi özünü belirlemesi, kişinin kendisini belirleme ehliyetini şart koşar.¹¹⁵⁸ Bu bağlamda, anayasal hakları kullanma ehliyeti, anayasal hakların kullanımı için bir içkin sınır olarak belirlenmiştir.¹¹⁵⁹ Anayasaların ve Sözleşme'nin genel bir anayasal hak kullanma ehliyetini açıkça düzenlememesi, ilk temel sorunu oluşturur.¹¹⁶⁰ Ancak burada ehliyet, hak sahipliğine ilişkin değil¹¹⁶¹, hakkın (kişisel) kapsamına ilişkin bir tahdit teşkil eder.¹¹⁶² Anayasal hakları kullanma ehliyetinde, çocuğun (bilinçsiz kişiler, zihinsel engelliler, demans hastaları ve koma hastalarının vs.) menfaati korunmasız kalmaz. Bu menfaat, veliler veyahut vasiler (devlet) aracılığıyla objektif olarak korunur. Maddi hukuk açısından, veliler veya yasal vasiler, çocuklarının veya yetiştirilmeleri kendilerine emanet edilen küçüklerin anayasal haklarını anayasa ve aynı zamanda çocuğun yüksek yararını gözeterek basit hukuk çerçevesinde ileri sürme hakkına sahiptir. Örneğin, veliler devletin zorunlu aşı programına karşı çocuklarının fiziksel bütünlük hakkını ya da din derslerine katılma zorunluluğuna karşı

¹¹⁵² Erdoğan - Erdoğan, **Türk Medeni Hukuku**, s. 235; Akkurt - Erdoğan - Tokat, **Medenî Hukuk**, s. 210.

¹¹⁵³ Bkz. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 164.

¹¹⁵⁴ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 80, 86.

¹¹⁵⁵ Stern, "Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen", s. 1066; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214.

¹¹⁵⁶ Stern, "Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen", s. 1066.

¹¹⁵⁷ BVerfGE 6, 55 (71) - Steuersplitting [1957].

¹¹⁵⁸ BVerfGE 99, 341 (351) - Testierausschluß Taubstummer [1999]; BVerfG, **NJW**, 1986, pp. 1859-1861, s. 1860 - Keine unbegrenzten Verbindlichkeiten zu Lasten minderjähriger Kinder.

¹¹⁵⁹ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 86-87; Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1137-1139. Krş. Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 95-96.

¹¹⁶⁰ Hohm, "Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung", s. 3110.

¹¹⁶¹ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 213.

¹¹⁶² Joachim Martens, "Grundrechtsausübung als Spiel ohne Grenzen?", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1987, pp. 2561-2563, s. 2561; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 86. Krş. Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1139.

çocuklarının din özgürlüğünü savunabilirler.¹¹⁶³ Yalnızca çocuklar, bu hakların sübjektif korumasını tetikleyemez. Bununla birlikte, her halükârda çocukların yüksek menfaatlerini ve artan erginliğin/temyiz kudretini dikkate almak gerekir. Çocukların yaşı arttıkça erginlikleri de artacak ve kendi menfaatleri hakkında sübjektif bir hakka sahip olabilecektir. Bu bakımdan, anayasal hakları kullanma ehliyetinde, medeni hukukta belirlenen rüşt yaşını benimsemek yerinde değildir. Bu konuyla ilgili bir diğer husus da çocuklar ve veliler arasındaki ilişkide çocukların anayasal hak pozisyonlarının sınırlandırılmasıdır/tahdit edilmesidir. Devlet, bir yandan velilerin çocuklarını yetiştirme hakkını, diğer yandan çocuğun yüksek menfaatlerini ve artan erginliğini dikkate alarak bunlar arasında ayırım yapmalıdır.¹¹⁶⁴ Dolayısıyla burada çocuğun gelişimine bağlı olarak tedrici bir yaklaşım söz konusudur.¹¹⁶⁵

Diğer anayasal sistemlerde açık bir şekilde kabul görmese de, Alman anayasa hukuk doktrininde anayasal hakları kullanma ehliyeti, büyük ölçüde kabul görmüştür.¹¹⁶⁶

Münferit bir vakada anayasal hakları kullanma ehliyetinin mevcut olup olmadığı bakımından, anayasal hak sahibinin zihinsel olgunluğu, muhakeme kapasitesi ve münferit vakada söz konusu olan anayasal hak/anayasal hak pozisyonu dikkate alınmalıdır.¹¹⁶⁷ Sözgelimi din ve inanç özgürlüğüne nazaran bedensel cezalarda çocuğun anayasal haklarını kullanma ehliyeti/erişkinliği daha erken yaşta oluşmaktadır.¹¹⁶⁸

¹¹⁶³ von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 38.

¹¹⁶⁴ von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 38-39. Benzer yönde bkz. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 165-166.

¹¹⁶⁵ Gemalmaz'ın çocuğun eğitimi seçme hakkını, ebeveynin çocuğun eğitimi seçme hakkına üstün tuttuğunu ve bu çatışma ilişkisi bakımından tedrici bir yaklaşım benimsemediğini belirtmek gerekir. Bkz. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 152.

¹¹⁶⁶ BayVerfGH, **VerwRspr**, 1958, pp. 390-400, s. 395-396; Starck, "Artikel 1", s. 117; Depenheuer - Frose, "Artikel 14", s. 1430; Bauer, "Artikel 17", s. 1649; Stern, "Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen", s. 1064 vd.; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 176-177; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 507 vd.; Rübner, "Grundrechtsträger", s. 732 vd.; Schwerdtner, "Kindeswohl oder Elternrecht?", s. 242 Hohm, "Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung", s. 3108 vd.; Peters, "Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule", s. 394 vd.; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 115; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 54-55; Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1137 vd.; Hans-Ulrich Gallwas, **Grundrechte**, 2. Auflage, Berlin, Luchterhand, 1995, s. 16.

¹¹⁶⁷ Katz, **Staatsrecht**, s. 283-284; Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 165.

¹¹⁶⁸ Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 165-166.

Burada belirleyici olan, reşit olmayan kişilerin, ilgili anayasal hakların düzenlediği yaşam ve hareket alanları için karar verme olgunluğudur.¹¹⁶⁹ Reşit olmayan kişilerin, sözgelimi İnternet üzerinden öğretmenini değerlendirmesi, dini eğitimine karar vermesi veya bir işi yönetmek istemesi durumlarında ilgili anayasal haklarını kullanma ehliyetine sahip olup olmadığı ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, düşünsel veya dini alanlarda, anayasal hakları kullanma ehliyeti ve erginliği, ekonomik faaliyet alanlarına nazaran daha erken oluşabilmektedir.¹¹⁷⁰

Bu sebeple, anayasal hakları kullanma ehliyetini, her somut vakada ve her farklı anayasal hakta farklı bir şekilde değerlendirmek gerekir.¹¹⁷¹ Öncelikle, her anayasal hak ehliyetinin geçerli olabileceği grupları belirlemek için bazı kriterler öngörmek gerekir. Özel hukuktaki fiil ehliyetinin aksine, bu içkin sınırlama/tahdit, gruplar için kategorik olarak uygulanmaz. Burada, kişilerin doğal hareket ve algılama yeteneği dikkate alınır.¹¹⁷²

Ebeveyn velayeti ile ilgili Alman Medeni Kanunu Madde 1626 ve devamı hükümleri ve Türk Medeni Kanunu Madde 339 ve devam hükümleri (çocuğun eğitiminin, dini eğitiminin vs. ebeveynler tarafından belirlenmesi), çocuğun haklarını kullanmasının ebeveyn tarafından belirlenmesine izin verdikleri ölçüde, (Türk Anayasası Madde 41'e veyahut Alman Anayasası Madde 6/2'ye dayanarak) reşit olmayan çocukların anayasal haklarının tahdit edilmesini ifade eder.¹¹⁷³ Bununla beraber, çocuğun kendi özünü belirleme yeteneği arttıkça, ebeveyne verilen bu denetim geri çekilmelidir. Bu bağlamda, devlet, kendi vesayeti ve ilgili anayasa hükümleri uyarınca (Türk Anayasası Madde 41 ve Alman Anayasası Madde 6/2), çocukların lehine onların özgürlüğünü artıran koruyucu önlemler alabilir.¹¹⁷⁴ Bu bağlamda, çocuk yaşam koşullarını

¹¹⁶⁹ BVerfGE 59, 360 (387) - Schülerberater [1981]: "Gençlerin çeşitli yaşam ve hareket alanlarında karar verme yeteneği genellikle farklı geliştiğinden, gençlerin eğitim ihtiyacı ile kendi özlerini belirleme kabiliyetleri arasında bir denge bulmak gerekir."; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214.

¹¹⁷⁰ Reşit olmayan kişilerin zorunlu askerliğe tabi tutulması ve bu kişilerin vicdani ret haklarını ileri sürebilme kapasitelerinin olduğu yönünde bkz. BVerfGE 28, 243 (255) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214.

¹¹⁷¹ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 80; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 94; Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1139; Gallwas, **Grundrechte**, s. 16.

¹¹⁷² Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 95; Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, s. 66-67.

¹¹⁷³ Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 95.

¹¹⁷⁴ BVerfGE 59, 360 (387-388) - Schülerberater [1981]; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 95; Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1139. Devletin çocukları koruma yükümlülüklerini alması gerektiği yönünde bkz. BVerfGE 83, 130 (139) - Josefine Mutzenbacher

bağımsız olarak değerlendirebilecek ve yasal işlemlerde sorumlu davranabilecek bir erginliğe eriştiğinde, söz konusu yaşam alanlarında çocuğun anayasal hakları kullanma ehliyeti bulunacaktır. Burada her yaşam alanında, çocukların karar verme yeteneğinin farklı geliştiğini de dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekir.¹¹⁷⁵ Özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarda, yargılama yeteneğine sahip olan çocukların kişilik hakkını bağımsız bir şekilde kullanabileceğini kabul etmek gerekir.¹¹⁷⁶ Alman anayasa hukuk doktrininde, 15.07.1921 tarihli Çocuğun Dini Eğitim Kanunu'nun (*Gesetz über die religiöse Kindererziehung*) 5. maddesine, bu bağlamda bir önem atfedilir.¹¹⁷⁷ Bu maddeye göre, çocuk on dört yaşına geldikten sonra hangi dine bağlı kalacağına kendisi karar verir. Bunun yanı sıra, on iki yaşını dolduran çocuk ise eskisinden farklı ve iradesine aykırı bir inanç ile eğitilemez. Bu bağlamda, yasa koyucunun çocukların fiziki ve zihinsel erginliğine ve buna göre oluşan sorumluluk bilincine ve düşünme kapasitesine göre, çocukların anayasal haklarına konu olabilecek birçok davranış ve hukuki pozisyon için ayrı ayrı yaş sınırları belirlemelidir.¹¹⁷⁸ Yasa koyucu, bu yaş sınırlarını olabildiğince esnek belirlemeli ve hassas ayarı her vaka özelinde değerlendirme yapan yargı organlarına bırakmalıdır.¹¹⁷⁹

Anayasal hak ehliyeti, genel olarak anayasal hak sahibinin anayasal hakkı kullanabilmesini gerektiren anayasal haklar için geçerlidir. Bu bağlamda, özellikle belirli bir davranışı koruyan anayasal haklar, anayasal hak ehliyetini gerektirebilir.¹¹⁸⁰ Dolayısıyla anayasal hak ehliyetinin mevcudiyeti ve yaş sınırı her anayasal hakka özgü olarak belirlenir.¹¹⁸¹ Sözgelimi engelli olmayan bir kişinin anayasal hak ehliyeti varken, engelliler için öngörülmüş özel eşitlik hakkı sahibi (Alman Anayasası Madde 3/3)

[1990]; *BVerfGE* 133, 59 (74) - Sukzessivadoption [2013]; *BVerfG*, **NJW**, 2017, pp. 1295-1301, s. 1296 vd. - Voraussetzungen der Rückführung eines Kindes aus der Pflegefamilie zu den leiblichen Eltern.

¹¹⁷⁵ *BVerfGE* 59, 360 (387) - Schülerberater [1981].

¹¹⁷⁶ *BVerfGE* 59, 360 (387-388) - Schülerberater [1981].

¹¹⁷⁷ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214-215; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 121; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 96; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 87; Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1139-1140.

¹¹⁷⁸ Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1139.

¹¹⁷⁹ Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1140; Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 165.

¹¹⁸⁰ Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 214; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 94.

¹¹⁸¹ Ingo von Münch - Philip Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 40; Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, s. 66-67.

olamaz. Genel olarak bir çocuk, seçme ve seçilme hakkını ve oyda eşitlik ilkesini tetikleyemez.¹¹⁸² Aynı şekilde, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü, belirli ölçüde düşünme kabiliyetini, basın özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı, okuyabilme ve yazabilmeyi ve meslek özgürlüğü, en azından kabiliyeti, uzmanlaşmayı ve bilgiyi bir ön şart olarak gerektirir.¹¹⁸³ Toplanmaya katılabilen, düşüncesini ifade edebilen ve eser yaratabilen/icra edebilen kişiler, ilgili anayasal haklar ile korunabilir.¹¹⁸⁴ Her gerçek kişi yaşam hakkına ve eşitlik hakkına sahiptir. İfade özgürlüğü, kişinin düşüncesini açıkça ifade edebilmesini varsayar. Diğer taraftan her gerçek kişi insan onuru hakkının korumasını tetikleyebilir.¹¹⁸⁵ Nitekim rüştünü kazanamayan kişilerin evlenme hakkı da bu bağlamda ileri sürülemez.

Genel olarak bakıldığında, anayasal hakları kullanma ehliyeti, anayasal hakların kapsamlarının bir tahdidini teşkil eder.¹¹⁸⁶ Dolayısıyla, anayasal hakları kullanma ehliyetinin uygulanabildiği durumlarda, kişiler, anayasal hakların korumasını tetikleyemez. Anayasal hakları kullanma ehliyeti, anayasal hakların kapsamını en başından itibaren tahdit eden bir içkin sınırlamadır. Bu bakımdan, devlet, anayasal hak ehliyeti ile anayasal hakları tahdit ederken bir yasaya dayanmak zorunda değildir. Yine de yasa koyucunun burada yaş sınırlarını belirlemesi, sübjektiflikten kaçınmak ve öngörülebilirliği gerçekleştirmek için gereklidir. Bununla birlikte, anayasa mahkemelerinin önüne böyle bir vaka geldiğinde, devletin bu tahdidi bir yasaya dayanarak meşrulaştırması gerekmez.

2.3.2.Neminem-laedere/Zarar Vermeme Gerekliliği: Mutlak Haklar ve Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları

Her ne kadar anayasal haklar için genel bir *neminem-laedere*/zarar vermeme gerekliği veya şiddet yasağı tahdidi tipikleştirilemese de¹¹⁸⁷, mutlak haklar (2.3.2.1.) ve fiziksel şiddeti unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları (2.3.2.2.),

¹¹⁸² Hufen, **Staatsrecht II**, s. 80.

¹¹⁸³ Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1137.

¹¹⁸⁴ Martens, "Grundrechtsausübung als Spiel ohne Grenzen?", s. 2561; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 86.

¹¹⁸⁵ von Münch - Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", s. 40.

¹¹⁸⁶ Hufen, **Staatsrecht II**, s. 86-87; Huber, "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", s. 1137-1139; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 212 vd.

¹¹⁸⁷ Bkz. **Bölüm 2.3.**

bu tehditlerin tipikleştirilebildiği örnekler olarak karşımıza çıkar. *Neminem-laedere*/zarar vermeme gerekliliği veya şiddet yasağı tehdidini tipikleştiren mutlak haklar ve ceza yasalarının anayasal hakların kapsamında gerçekleştirdiği tehditler, büyük ölçüde anayasal hakların ön koşulları, anayasanın bütünlüğü, değerler düzeni ve insan imgesi gerekçelerine dayanır.

2.3.2.1. Mutlak Haklar

Bir anayasal sistemde mutlak anayasal hakların kabul edilmesi¹¹⁸⁸, diğer anayasal haklar üzerinde de sonuç doğurur. Bir anayasal hakkın mutlak hak olması dolayısıyla dengelemeye elverişli olmaması ve her durumda, her zaman ve istisnasız bir şekilde diğer anayasal haklara üstün gelmesi, mutlak hakkın kapsamına giren davranışlara, durumlara, pozisyonlara ve menfaatlere zarar veren davranışları, durumları, pozisyonları ve menfaatleri, diğer anayasal hakların kapsamından dışlaması ile sonuçlanır.¹¹⁸⁹ Sözelimi, Alman Anayasası bakımından insan onuruna dokunan bir ifade, ibadet veya meslek en başından itibaren sırasıyla ifade özgürlüğü hakkının, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının ve meslek özgürlüğü hakkının kapsamında yer almaz. Alman Anayasası, AİHS ve Türk Anayasası bakımından, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya ceza ya da işkence teşkil eden davranışların korunması da, devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer alamaz.

2.3.2.2. Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Fiilleri Yasaklayan Ceza Normları

Ceza yasalarının anayasal hakların kapsamını tehdit ettiğine ilişkin görüş ilk olarak Dürig tarafından dile getirilmiştir.¹¹⁹⁰ Ancak bu husus, özellikle anayasa altı mevzuat ile anayasanın değiştirilmesini ifade ettiğinden ve yasaların anayasa uygunluk denetimini engelleyeceğinden eleştirilmiştir.¹¹⁹¹ Bu tez kapsamında ise ceza kanunlarının gerçekleştirdiği tehdit başka bir perspektiften ele alınacaktır. Bir hukuk düzeninde yasaklanan ve hatta para veya hapis cezası yaptırımına tabi olan bir

¹¹⁸⁸ Detaylı inceleme için bkz. **Bölüm 1.1.1.**

¹¹⁸⁹ Stemmler, **Das “Neminem-laedere-Gebot”**, s. 212 vd., 226-227; Annette Guckelberger, “Schranken der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 27; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1068.

¹¹⁹⁰ Bkz. Dürig, “Art. 2 Abs. I”, 1980, s. 63 vd.

¹¹⁹¹ Bkz. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 91-92; Bamberger, “Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?”, s. 366.

davranışın, hukuk düzeninin bütünlüğü gereğince anayasal hakların kapsamından da dışlanması gerekir. Ancak bu, davranışın anayasal hakların kapsamından dışlanmasında tek başına yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Yasaklanan davranışın şiddet unsurunu da barındırması gerekir. Bu bağlamda, fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranış yasaklayan ceza normları, anayasal hakların kapsamını tahdit eder. Fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranışın bir hukuk düzeninde yasaklanmış olması, bu davranışın anayasal hakların kapsamında yer alamayacağına dair bir gösterge teşkil eder. Ceza hukuku, özel öneme sahip ve özellikle tehlikeli bir durumdaki hukuki menfaatleri korur ve doğru ve yanlış konusundaki genel bilinci en açık şekilde şekillendirir. Ceza hukuku kapsamındaki bir düzenleme, en azından temel hukuki menfaatlerin korunması söz konusu olduğunda, tüm hukuk sistemi için sahip olduğu nüfuz edici güç ve etkilerinin yalnızca ceza hukuku ile sınırlandırılmasını engeller.¹¹⁹² Böylece fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranış yasaklayan ceza normları, bütün hukuk sistemini etkileyen normatif kuvvetiyle, bir davranış bütün bir hukuk sisteminde yasak haline getirir. Ancak bu ceza normları, anayasayı değiştiren bir alt mevzuat olamaz. Bu ceza normları yalnızca anayasa uyarınca anayasayı somutlaştırılabilir.

Bunların yanı sıra, fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranış yasaklayan ceza normlarının gerçekleştirdiği tahdit, her ceza normu için geçerli değildir. Bu ceza normlarının anayasal hakların kapsamında tahdit gerçekleştirebilmesi için yasaklanan davranışın/fiilin düzenlendiği ceza normunun, anayasaya aykırı olmadığına şüphesiz olması veya aykırı olmadığına karar verilmiş olması gerekir. Bu kriter, bir yandan doktrinde ileri sürülen geleneksel olarak ceza kanunlarında suç kabul edilen fiilleri anayasal hakların kapsamından dışlayan görüşle¹¹⁹³ benzeşirken, diğer yandan normlar hiyerarşisi figürü/anayasanın üstünlüğü ile de uyum içerisindedir. Bu içkin sınırlama kategorisini anayasanın üstünlüğü ilkesi ile uyumlu kılan temel husus ise şiddet yasağıdır. Şiddet yasağının modern devletin temelinde yer alması¹¹⁹⁴, bu yasağı anayasaya içkin kılar. Ancak şiddet yasağı, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri dolayısıyla ceza normlarından ayrı bir tahdit gerçekleştiremez. Bu bağlamda, şiddet yasağı,

¹¹⁹² BVerfGE 88, 203 (273) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

¹¹⁹³ Bkz. Starck, "Artikel 1", s. 159-160.

¹¹⁹⁴ Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", s. 45 vd.; Isensee, "Staat und Verfassung", s. 52 vd.; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 322-323; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 521; Murswiek, "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", s. 495 vd.; Hopfauf, "Einleitung", s. 82; Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, s. 26-27; Muckel, **Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung**, s. 209; Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 21

ancak ceza normlarıyla birlikte hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile uyumlu hale gelebilir. Sonuç olarak, anayasa aykırı olmadığı şüphesiz olan veya aykırı olmadığına karar verilmiş olan ve fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranışı yasaklayan ceza normları, ilgili davranışları/fiilleri bir hukuk düzeninde yasaklayarak ve cezalandırarak, bu davranışların/fiillerin anayasal hakların kapsamından tahdit edilmiş olduğunu gösterir. Bu bağlamda, hukuki hijyenin¹¹⁹⁵ bir gereği de olarak, öldürme, yaralama, yağma, tecavüz vb. davranışlar, anayasal hakların kapsamında yer alamaz. Nitekim özellikle şiddet tekelinin devlette bulunması, buna dayanarak devletin vatandaşlar arasındaki barışı ve bireyi diğer bireylerin saldırısından korumasının gerekliliği ve bütün bu hususların meydana getirdiği anayasal hakların barışçıl kullanım kaydı, anayasaya aykırı olmadığı şüphesiz olan veya aykırı olmadığına karar verilmiş olan ve fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranışı yasaklayan ceza normlarını anayasal haklar için bir tahdit olarak tipikleştirir.¹¹⁹⁶

2.3.3. İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler

Anayasal hakların içkin olarak sınırlanmasında kabul edilen ikinci kategori idare hukuku doktrininin bir figürü olan iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler teşkil eder. Bu bağlamda, öncelikle bu kavrama ilişkin genel belirlemeler yapılacaktır (2.3.3.1.). Akabinde ise bu doktrinsel figürün tarihsel gelişimi (2.3.3.2.) ve anayasal hakların sınırlanmasına ve tahdit edilmesine etkisi (2.3.3.3.) incelenecektir.

2.3.3.1. Genel Olarak

İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişiler (*Näheverhältnis*) kateogrisi, birey ile devlet arasındaki ilişkinin niteliğine bağlı olarak, bireyin az veya çok devlet kontrolünde olan özel bir yaşam alanı entegrasyonundan kaynaklanan, bireyin devletin iç alanına özel bir yakınlığını ifade eder.¹¹⁹⁷ Bireylerin dahil olduğu ve devletin içsel alanını ilgilendiren bu özel yaşam alanı, özel haklar ve yükümlülükler öngören, konuya

¹¹⁹⁵ Starck, "Artikel 2", s. 179; Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", s. 217; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 453; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 993-994.

¹¹⁹⁶ Bkz. Isensee, "Staat und Verfassung", s. 52 vd., 56.

¹¹⁹⁷ Franz-Joseph Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 406; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 99-100; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 403; Walter Bühler, "Gebundenheit und Freiheit der Verwaltung", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Rudolf Schweickhardt, 6. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1991, s. 109.

özgü yasalarla belirlenir ve nitelenir.¹¹⁹⁸ Memurlar, kamu görevlileri, profesyonel askerler, zorunlu askerlik hizmeti yapanlar, zorunlu askerliğe alternatif hizmet yapanlar, tutulanlar ve mahpuslar/mahkûmlar ve öğrenciler, bu özel yaşam alanına dahil olur ve özel yasalara tabi olurlar. Bu bağlamda, birey ile devlet arasında uzak ilişki varken, yukarıda sayılan grubun devlet ile arasında yakın ilişki bulunmaktadır. Modern devlette, birey ile devlet arasındaki hukuki ilişki, temel olarak uzak ilişki olarak ele alınır. Ancak memurlar, kamu görevlileri, mahkûmlar vs. için birey ile devlet arasındaki bu hukuki ilişki değişikliğe uğramakta ve sıkılaşmaktadır. Zira, bir yandan birey ile devlet arasında, hukuki ve fiili rabıta sayısı artmakta, diğer yandan ise yakın ilişkide olanların devlet ile olan ilişki türü ve içeriği büyük ölçüde normal birey-devlet ilişkisinden farklılaşmaktadır.¹¹⁹⁹

Alman hukuk doktrininde terminolojik olarak birden fazla farklı kullanımı mevcuttur. Devlet ile birey arasındaki bu yakın ilişkiyi ifade etmek için özel iktidar ilişkisi (*besonderes Gewaltverhältnis*)¹²⁰⁰, özel statü ilişkisi (*Sonderstatusverhältnis*)¹²⁰¹, özel yükümlülük ilişkisi (*besondere Pflichtenverhältnis*)¹²⁰², özel hukuki ilişki

¹¹⁹⁸ Peine, “Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen”, s. 406; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 130; Bühler, “Gebundenheit und Freiheit der Verwaltung”, s. 109.

¹¹⁹⁹ Sebastian Graf Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis: Eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, s. 1-2, 155 vd.; Peine, “Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen”, s. 408; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 411.

¹²⁰⁰ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, s. 108-109; Walter Jellinek, **Verwaltungsrecht**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 1931, s. 122; Merten, “Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis”, s. 53 vd. Klaus Stern, “Die Bindung der Vollziehenden Gewalt” **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 1376 vd.; Hans Hofmann, “Art. 19: Einschränkung von Grundrechten und des Rechtswegs”, **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018, s. 879-880; Markus Möstl, “Normative Handlungsnormen: Allgemeiner Teil”, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010, s. 625; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 37-38; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 95; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 110-111; Eberhard Schmidt-Aßmann, **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideal: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung**, 2. Auflage, Heidelberg, Springer, 2006, s. 58; Ines Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses’: Über die Verschiebungen und die Regel eines Diskurses**, Baden-Baden, Nomos, 2023, s. 23 vd.

¹²⁰¹ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 99-100; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 154; Peine, “Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen”, s. 409-411; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 130; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 403; Starck, “Artikel 1”, s. 149; Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 136; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 53-54; Sué González Hauck, “Grundrechtsberechtigung Allgemein”, **Grundrechte**, Ed. by Lisa Hahn - Maximilian Petras - Dana-Sophia Valentiner - Nora Wienfort, Berlin, Walter de Gruyter, 2022, s. 26.

¹²⁰² Carl Hermann Ule, “Das besondere Gewaltverhältnis”, **Veröffentlichungen der**

(*Sonderrechtsverhältnis*)¹²⁰³ veya özel kamu hukuk yükümlülükleri (*öffentlich-rechtliche Sonderbindungen*)¹²⁰⁴ terimleri kullanılmıştır. Bu çalışma kapsamında ise yakın ilişki (*Näheverhältnis*)¹²⁰⁵ terimi kullanılacaktır.

2.3.3.2. Tarihsel Gelişim

18. yüzyılın sonlarına doğru, özellikle askerler ve kamu görevlileri ile vatandaşlar arasında belirli farklılaşmalar baş göstermiştir.¹²⁰⁶ 1794 tarihli Prusya Devleti Genel Ülke Yasası'nın (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) İkinci Kısımının 10. Başlığının 1 ila 3. maddelerinde bu husus şu şekilde tebellür etmiştir:

“Askerler ve kamu görevlileri, esas olarak devletin iyi düzenini ve refahını korumaya ve geliştirmeye yardımcı olmaya yönelik olarak belirlenmişlerdir. Genel tabiiyete ek olarak, devlet başkanına özel sadakat ve itaat ile yükümlüdürler. Her biri görevin mahiyetine ve verilen talimatın muhtevasına göre, yemin ve görev ile devlete özel hizmetler için atanır.”

Böylece, normal tebaanın yükümlülükleri ile bir memurun artırılan yükümlülükleri arasındaki fark ilk defa ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin özellikle mutlakiyet rejimleri tarafından henüz benimsenmemesi, Prusya Devleti Genel Ülke Hukuku'nda yapılan bu ayrımın normatif bir nitelik arz etmesine engel olmuştur.¹²⁰⁷

Friedrich Schmitthenner, özel iktidar ilişkisi doktrininin başlangıç noktasını oluşturur.¹²⁰⁸ Birçok iktidar türünü ayıran Schmitthenner¹²⁰⁹, hukuki iktidarda, toplumda bir arada yaşayan kişilerin iktidar ile eşit düzlemde bir ilişkisinin oluştuğunu

Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Vol. 15, Berlin, Walter de Gruyter, 1957, s. 144

¹²⁰³ Dirk Ehlers, “Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung”, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010, s. 86; Dirk Ehlers, “Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht”, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010, s. 247; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 195-196; Gallwas, **Grundrechte**, s. 136.

¹²⁰⁴ Wolfgang Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung: Zur Institutionalisierung der engeren Staat/Bürger-Beziehungen**, Köln, Carl Heymann, 1982, s. 399 vd.

¹²⁰⁵ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 1-2, 155 vd.

¹²⁰⁶ Peine, “Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen”, s. 411; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 32-33.

¹²⁰⁷ Peine, “Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen”, s. 411.

¹²⁰⁸ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 18-21, 33.

¹²⁰⁹ Friedrich Schmitthenner, **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, Gießen, Georg Friedrich Hener's Verlag, 1845, s. 274 vd.

belirtir.¹²¹⁰ Bir kamu görevlisinin temel haklarının mevcudiyetini, bir arada yaşayanların hukuk ilişkisi olarak sınıflandırır.¹²¹¹ Bu bağlamda, kurumlara üye olanlar ile kurumlar (devlet) arasında tabiiyet ilişkisi (*Staatssubjection*) oluşur.¹²¹² Nitekim Schmitthenner, bir memurun devlete olan yüksek tabiiyeti ile bireyin devlete olan genel tabiiyeti arasında bir ayrım da yapar.¹²¹³ Carl Friedrich von Gerber, halk içerisinde yer alan her bireyin devletin iradesi ile bağlı olduğu bir iktidar ilişkisi olduğunu beyan eder. İktidar ilişkisi ile aile hukuku arasında benzerlik kuran von Gerber, birden fazla iktidar ilişkisi türü olduğunu ve bu iktidar ilişkilerinin içeriklerinin de farklı olduğunu belirtir. Bu bağlamda, memurların kamu hizmeti ilişkisini ayrı bir kategori olarak belirtir. Diğer ilişkilerden farklı olarak burada yetkili özne devlet değil, hükümdarın şahsıdır.¹²¹⁴ Vatandaşın devlet ile olan iktidar ilişkisi ile memurların devlet ile olan iktidar ilişkisini birbirinden ayıran von Gerber, memurların kamu hizmetine girerek kendilerini birçok yükümlülük ve sınırlamalara tabi tuttuğunu belirtir. Bu bağlamda, memur ile devlet arasındaki ilişkiyi feodal lort ile vassal arasındaki ilişkiye benzetir.¹²¹⁵ Schmitthenner'in bir derece farkı gördüğü yerde, von Gerber, kategorik bir ayrım görerek, vatandaş ile memurun iktidar ilişkilerini birbirinden ayırır.¹²¹⁶

Paul Laband da 19. yüzyıldaki terminolojisiyle özel iktidar ilişkisi kavramına katkıda bulunur.¹²¹⁷ Laband'a göre, memurun devlet ile olan ilişkisi, Orta Çağ'daki vassal ile lort arasındaki himaye ilişkisini ifade eden "*commendatio*" ve "*beneficium*" kurumlarına¹²¹⁸ benzeyen bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşme ile memur, kendisini

¹²¹⁰ Schmitthenner, **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, s. 7-8, 274-275.

¹²¹¹ Schmitthenner, **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, s. 509-510.

¹²¹² Schmitthenner, **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, s. 279-280.

¹²¹³ Schmitthenner, **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, s. 505 vd.

¹²¹⁴ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1865, s. 42-43

¹²¹⁵ Gerber, **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, s. 109-110.

¹²¹⁶ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 34.

¹²¹⁷ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 412; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 34.

¹²¹⁸ Bu kavramlar için bkz. Perry Anderson, **Passages from Antiquity to Feudalism**, London, New Left Books, 1974, s. 139-140; Marc Bloch, **Feudal Society: The Growth of Ties of Dependence**, Vol. I, Translated by L. A. Manyon, 2. Edition, London, Routledge and Kegan Paul Ltd, 1962, s. 18, 150, 164-168, 181-183, 245; Scott L. Taylor, "Feudalism in Literature and Society", **Handbook of Medieval Culture: Fundamental Aspects and Conditions of the European Middle Ages**, Ed. by Albrecht Classen, Berlin, Walter de Gruyter, 2015 s. 474; Scott L. Taylor, "Law in Literature and Society", **Handbook of Medieval Culture: Fundamental Aspects and Conditions of the European Middle Ages**, Ed. by Albrecht Classen, Berlin, Walter de Gruyter, 2015 s. 840; Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım**, 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 34; Tosun, **Bölge**

devlete adar, özel bir hizmet yükümlülüğü ve sadakati taahhüt eder ve özel bir sadakat ve itaat için yemin eder. Diğer yandan ise devlet, bu sözü ve dolayısıyla memurun özel iktidar ilişkisini kabul eder ve memura özel bir koruma ve onun geçinimini sağlar.¹²¹⁹ Ancak bu sözleşme, özel hukuka değil kamu hukukuna dayanır. Bu nedenle, bu sözleşmede yapılan bir ihlal borçlar hukuku hükümlerine göre değerlendirilmez ve fakat *fief* (*beneficium*'dan türeyen ve toprak imtiyazını ifade eden kelime) elde eden memurun cürmüne göre, disiplin suçu teşkil eder.¹²²⁰

Nitekim Laband, memurların tabi olduğu bu özel ilişkiyi daha da geliştirmiştir. Devlet hukuku öğretisinde, genel ve özel iktidar ilişkisi birbirinden ayrılarak bu yeni hukuk kavramının alt yapısı oluşturulmuştur.¹²²¹ Buna göre, hukukun işlevi, tebaaya dahil olan her bireyin yetki ve yükümlülüklerini birbirinden ayırmaktan ibarettir.¹²²² Burada vatandaşlar, devletin yalnızca şekli yasa ile müdahale edebildiği bireysel özgürlük alanlarına sahipken, bu durum devletin kendi iç ilişkisinde, diğer bir deyişle özel iktidar ilişkisinde değişmektedir.¹²²³ İdarenin kendi iç ilişkisini düzenleyen, idarenin dışında bulunan bir tebaaya herhangi bir sınırlama uygulamayan veya yetki vermeyen ya da idarenin dışında bulunan bir tebaa için herhangi bir gereklilik veya yasak öngörmeyen kurallar, şekli yasaların kapsamına girmez.¹²²⁴ Buna göre, genel iktidar ilişkisinden özel iktidar ilişkisine geçiş yalnızca, devletin dışsal alanından içsel alanına geçişi ifade etmez, aynı zamanda bu, bireyin hukuksal alanından hukuksal olmayan alana geçişini ifade eder.¹²²⁵ Memur olarak birey, artık bir kurumun dışlisi haline gelir ve bu sebeple devlet ile olan ilişkisinde bağımsız bir varoluşu olamaz.¹²²⁶

Bunların yanı sıra özel iktidar ilişkisinin tarihsel gelişiminde kurumlar arası siyasal çatışmayı da gözden kaçırmamak gerekir. Özel iktidar ilişkisi, devletin temel direkleri olan memurları ve askerleri, anayasalcılık çağında parlamentonun yasamasını gerektirmeden kraliyet ve kraliyet tarafından atanan hükümetin münhasır

Devlet, s. 35-36.

¹²¹⁹ Paul Laband, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. I, Tübingen, H. Laupp'schen Buchhandlung, 1876, s. 395-396.

¹²²⁰ Laband, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, s. 387.

¹²²¹ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 412.

¹²²² Paul Laband, **Deutsches Reichsstaatsrecht**, 6. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1912, s. 150.

¹²²³ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 412.

¹²²⁴ Laband, **Deutsches Reichsstaatsrecht**, s. 151.

¹²²⁵ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 412.

¹²²⁶ Fritz Fleiner, **Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts**, 3. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1913, s. 67.

düzenleme alanına dahil etmek için yapıcı bir hukuki gerekçe sağlamıştır. Memurlara ve askerlere olan bağlılığın artması, personel olarak sınırlı ve fakat devlet ve sosyal politika açısından oldukça önemli alanda mutlak monarşiyi yaşatmıştır.¹²²⁷

Otto Mayer, aile ve feodal hukuk ile şekillendirilen özel iktidar ilişkisini idare hukukunun yeni bir doktrini haline getirmiştir.¹²²⁸ Önceki yaklaşımında, özel iktidar ilişkisinin marjinal bir alanı kapsadığını belirten¹²²⁹ Mayer, sonrasında özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişileri daha geniş bir şekilde ele almıştır.¹²³⁰ Mayer'in bu son yaklaşımında özel iktidar ilişkisi, bu özel rabıtaya dahil olan bütün bireyler için belirli bir kamu idaresi amacı ile gerekçelendirilen bireyin artan bağımlılığı olarak tanımlanmıştır.¹²³¹ Böylece bireyler, yürütme erkinin tek taraflı talepleri ile devlete karşı özel bir hukuki yükümlülük altına girer.¹²³² Özel iktidar ilişkisinin bireye uygulanan yasal bir zorlama veya bireyin rızası ile oluşup oluşmadığına bakılmaksızın, özel iktidar ilişkisi her halükarda, bireyin kamu idaresi amacının yerine getirmesini gerektirdiği için genel iktidar ilişkisine göre daha sınırlı bir özgürlük alanını ifade eder.¹²³³ Mayer, özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan üç grup örneği verir. Buna göre, i) memurlar¹²³⁴, ii) gümrük ve vergi kurumlarında çalışan kişiler¹²³⁵ ve iii) kamu kurumlarının (okul, hapisane, cezaevi, psikiyatri klinikleri vs.) faaliyetlerine dahil olan herkes¹²³⁶, özel iktidar ilişkisinin kapsamına dahil olur.¹²³⁷ Mayer, özel iktidar ilişkisi için üç önemli sonuç öngörür.

¹²²⁷ Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 8; Wolfgang Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1083; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 413; Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses'**, s. 157. Aksi yönde bkz. Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 49 vd.

¹²²⁸ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 413; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 40 vd.

¹²²⁹ Otto Mayer, "Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 3, No. 1, 1888, pp. 3-86, s. 53-54.

¹²³⁰ Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 2. Auflage, München, Duncker & Humblot, 1914, s. 104; Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 3. Auflage, München, Duncker & Humblot, 1924, s. 101-102.

¹²³¹ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 2. Auflage, s. 104; Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 3. Auflage, s. 101-102.

¹²³² Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, s. 108.

¹²³³ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 2. Auflage, s. 105.

¹²³⁴ Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, Leipzig, Duncker & Humblot, 1896, s. 234 vd.; Mayer, "Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge", s. 54.

¹²³⁵ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, s. 438 vd.

¹²³⁶ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, s. 334 vd.

¹²³⁷ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 2. Auflage, s. 105.

İlk olarak, özel iktidar ilişkisinde özgürlük ve mülkiyeti sınırlarken gerekli olan yasa kaydı prensibi geçerli değildir.¹²³⁸ Bu bağlamda, temel kararları veren yasama organı burada etkisiz hale gelir.¹²³⁹ İkinci olarak, özel iktidar ilişkisinde idare, yasal yetkiye dayanmaya gerek olmaksızın soyut ve genel düzenlemeler/genelgeler çıkartabilir.¹²⁴⁰ Üçüncü olarak, özel iktidar ilişkisindeki kişiler için yapılan düzenlemelerde, idari bir işlem/eylem değil, talimatlar/emirler söz konusudur.¹²⁴¹ Bununla birlikte, bu talimatların/emirlerin, her halükarda yetkili makam tarafından verilip verilmediğinin ve talimat verilen eylemin ceza kanununu ihlal edip etmediğinin denetlenmesi gerekir.¹²⁴²

Özel iktidar ilişkisinde özgürlüğün sınırlanması, bu ilişkiye dahil olmak, memur statüsüne dahil olmak, kamu kurumlarının faaliyet alanlarına girmek gibi gerekçelere dayanır. Mayer ile birlikte, bir yanda dışsallığı, hukukiliği ve yasayı gerektiren genel iktidar ilişkisi, diğer yanda içselliği, hukuk-dışılığı ve direktifleri gerektiren özel iktidar ilişkisi olmak üzere iki kutup oluşmuştur.¹²⁴³ Özel iktidar ilişkisi, idarenin asli ve bağımsız yetki alanı haline gelmiştir.¹²⁴⁴ Genel iktidar ilişkisi yasama organı ve kraliyet (yürütme organı) tarafından yönetiliyorsa, özel iktidar ilişkisi yalnızca kraliyet tarafından yönetilmektedir.¹²⁴⁵ Mayer'in özel iktidar ilişkisini bir doktrin haline getirdiği bu dönemde, anayasal hakların halen yürütmeye/idareye karşı ileri sürülebilen bir hak olarak anlaşıldığının akılda tutulması gerekir. Bu bağlamda, Mayer'e göre, anayasal hakların özel iktidar ilişkisi içinde uygulanmamasını hukuki bir sonuç olarak anlamak daha yerindedir. Nitekim Mayer, tamamen anayasal haklardan arı bir özel iktidar ilişkisi oluşturmaz. Mayer'deki temel belirleyici düşünce, idarenin esnekliğidir.¹²⁴⁶

Paul Kahn ise özel iktidar ilişkisi gibi yüksek bağımlılıklara sahip kişiler için bireysel özgürlüklerin yasaya dayanılmadan sınırlandırılabileceğini ortaya koymuştur. Yasal dayanak olmadan bireyler, itaat yükümlülüğüne uymak zorundadır. Bu yasal

¹²³⁸ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, s. 99, 439; Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, s. 336.

¹²³⁹ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 43.

¹²⁴⁰ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, s. 103-104, 125-126, 438; Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, s. 235.

¹²⁴¹ Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, s. 102; Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, s. 234-235.

¹²⁴² Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 3. Auflage, s. 182, 185 vd.

¹²⁴³ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 414.

¹²⁴⁴ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 43; Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 9-10.

¹²⁴⁵ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 43-44.

¹²⁴⁶ Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses'**, s. 71-73.

dayanak/yasa kaydı genel iktidar ilişkisinde gerekir. Dolayısıyla özel iktidar ilişkisinde devlet kendi iç ilişkisini şekli yasalarla değil, yasaya dayanmasına gerek olmayan idari düzenlemelerle düzenler.¹²⁴⁷ Nihayetinde klasik özel iktidar ilişkisi doktrini oluşmuştur. Bu bağlamda özel iktidar ilişkisi, i) bireyin devlet iktidarına artan tabiiyetini, ii) idare ile birey arasındaki hukuk-dışı ilişkiyi, iii) bireylerin özgürlüklerin sınırlanmasında şekli bir yasaya gerek olmamasını, iv) idari düzenlemelerle kural koyulmasını ve v) devletin gerçekleştirdiği bu sınırlamaya karşı bir hukuk yolu olmamasını ifade etmektedir.¹²⁴⁸

Özel iktidar ilişkisi özellikle bu dönemde çok tartışmalı bir doktrin olmasa da, bu doktrini reddedenler/eleştirenler de olmuştur. Max Seydel ve Felix Herzfelder, özel iktidar ilişkisini ayrı bir kategori olarak görmemiş ve memur ile devlet arasındaki ilişkinin, genel iktidar ilişkisinin bir sonucu olduğunu ve böylece bağımsız bir özel iktidar ilişkisinin olamayacağını ileri sürmüştür.¹²⁴⁹

Özel iktidar ilişkisi doktrini Weimar Anayasası dönemine de taşınmıştır.¹²⁵⁰ Erwin Jacobi, özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişiler için anayasal hakların uygulanmayacağı tezini herhangi bir gerekçeye dayanmadan kabul etmiş ve ileri sürmüştür. İdareye tabi olanlar, hukuki bir dayanak olmaksızın, belirli bir idari amaç çerçevesinde, iradi bir emirle itaat yükümlülüğüne tabi tutulabilirler.¹²⁵¹

Richard Thoma ise özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasında yasaya dayanılmamasını eleştirmiştir. Thoma'ya göre ahlaki koşulların etkilenmediği her durumda ve dolayısıyla özel iktidar ilişkisinde, hukuk normlarının bulunması gerekmektedir.¹²⁵² Özgürlüğün sınırlandırılmasında yasal dayanağın gerekliliği kuralı geleneksel ve eski olarak kabul edilip uygulanmadığı durumda, geriye yalnızca genel ve özel iktidar ilişkisinin birbirinden ayrılması kalır.

¹²⁴⁷ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 414; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 46-47.

¹²⁴⁸ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 414.

¹²⁴⁹ Max Seydel, **Bayerisches Staatsrecht**, Bd. III, München, Theodor Riedel, 1887, s. 330 vd.; Felix Herzfelder, **Gewalt und Recht: Eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses**, München, Theodor Ackermann, 1890, s. 170 vd.; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 48-49.

¹²⁵⁰ Merten, "Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis", s. 65-66.

¹²⁵¹ Erwin Jacobi, "Die Verwaltungsverordnungen", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932, s. 256.

¹²⁵² Richard Thoma, "Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht", **Festgabe für Otto Mayer: Zum siebzigsten Geburtstag**, Ed. by Paul Laband - Fritz Fleiner - Hermann Rehm - Robert Piloty - Wilhelm van Claker - Richard Thoma - Josef Lukas - Rudolf Smend - Robert Redslob, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1916, s. 177.

Thoma bunun da yapısal takdirin bir sorunu olduğunu belirtir.¹²⁵³ Bununla birlikte, özel-genel iktidar ilişkisi ayrımının sonradan Thoma tarafından da benimsendiği görülmektedir. Nitekim Weimar Anayasası'nda düzenlenen anayasal hakları incelerken kural olarak ve şüphe halinde yalnızca genel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişiler ile ilgili değerlendirmeler yaptığını beyan eder.¹²⁵⁴ Weimar döneminde, anayasal hakların, özel iktidar ilişkisinde bulunan kişiler için de uygulandığını savunan görüşler artmıştır. Rudolf Smend'e göre, anayasal haklar bu kişiler için de geçerli olmakla birlikte, özel iktidar ilişkisinin ayrı her hukuki amacının anayasal hakların içkin sınırlarını oluşturur.¹²⁵⁵ Anayasal hakların nasıl herkes veya bütün Almanlar için geçerliiyken, özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunanlar için geçersiz olduğunu ve bunun nasıl gerekçelendirilebileceğini sorgular.¹²⁵⁶ Smend bu bağlamda, daha çok özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişilerin özgürlüklerine izin verilebilir bir müdahale için bir çerçeve oluşturmak ve bu kişilerin özgürlüklerinin keyfi bir şekilde sınırlandırılmasını engellemek için ilgili kurumun amacını kullanmak ister.¹²⁵⁷

Weimar Anayasası döneminde, özel iktidar ilişkisinde, kişilerin kendi rızalarıyla anayasal haklarından feragat ettiklerini de belirtenler olmuştur. Georg Freudenberger'e göre, bu feragat yalnızca ilgili kamu kurumunun meşru amacı çerçevesinde etkilidir. Bir kamu kurumunun bünyesine girmek, ilgili kamu kurumunun amacına ve dolayısıyla bu amacın gerçekleştirilmesi için kişinin kendi özgürlüğüne müdahale edilmesine rıza gösterilmesini ifade eder. Buna göre, anayasal haklar ile ilgili kurumun amacı birbirini karşılıklı olarak etkilemekte ve anayasal haklar diğer hukuki menfaatler açısından dar yorumlanmaktadır.¹²⁵⁸ Bununla birlikte, Freudenberger, norm sisteminin, özel iktidar ilişkisini, devletin genel hukuk düzeninden ayırması gerektiğini bir şart olarak belirler. Özel iktidar ilişkisi, idare tarafından belirli bir devlet içi amaç için bir hukuk düzeni temelinde düzenlenen norm sisteminden elde edilir.¹²⁵⁹

Nihayetinde Weimar Anayasası dönemindeki hâkim görüş, devlet ile yakın ilişkide bulunan kişiler için anayasal hakların geçerliliğini önceki döneme göre

¹²⁵³ Thoma, "Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht", s. 178.

¹²⁵⁴ Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", s. 24-25.

¹²⁵⁵ Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", s. 54.

¹²⁵⁶ Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", s. 45.

¹²⁵⁷ Bkz. Smend, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", s. 54; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 416-417.

¹²⁵⁸ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 417.

¹²⁵⁹ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 64-65.

genişletmiş ve fakat anayasal hakların bu özel statünün amacı ile anayasal olarak tahdit edildiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla bu doktrine tamamen karşı çıkan net bir ses görülmemiştir.¹²⁶⁰ Bununla beraber, ne iktidar ilişkisini¹²⁶¹, ne de özel iktidar ilişkisini¹²⁶² hukuk dogmatığının bir kategorisi olarak kabul eden bir hukuk pozitivizmi benimsemeleri dolayısıyla Viyana Okulu, özel iktidar ilişkisine karşı ilkesel olarak karşıt bir konumda yer alır.¹²⁶³ Weimar dönemi, özel iktidar ilişkisi kavramının hukuk niteliğini ve sistematik tasnifini zayıflatmış ve özgün dogmatik kaynaklarından uzaklaştırmıştır. Yine de, özel iktidar ilişkisi doktrinin maddi içeriği değişmeden kalabilmiştir.¹²⁶⁴ Ancak özel iktidar ilişkisi doktrinini ortadan kaldıran aslında nasyonal sosyalist devlet hukuku olmuştur.¹²⁶⁵

2.3.3.3. Günümüzde Anayasal Hakların Sınırlanmasına ve Tahdit Edilmesine Etkisi

Bonn Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, 1972 tarihli *Mahkûm* kararına¹²⁶⁶ kadar olan dönemdeki tartışmalara bakıldığında¹²⁶⁷, özel iktidar ilişkisi doktrininde gerçekleşen erozyonun devam ettiği görülmektedir.¹²⁶⁸ Anayasal hakların özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişiler için de geçerli olduğu genel olarak kabul görmesine rağmen¹²⁶⁹, özel iktidar ilişkisinin anayasal hakların içkin bir sınırını/tahdidini teşkil ettiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.¹²⁷⁰ Özel iktidar ilişkisinde şekli yasaların gerekli olmadığını ve idarenin kendi iç hukukunu kendi özgün düzenlemeleri ile

¹²⁶⁰ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 417.

¹²⁶¹ Kelsen, **Allgemeine Staatslehre**, s. 82 vd.; Adolf Merkl, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Wien, Julius Springer, 1927, s. 129-130; Adolf Merkl, **Umumi İdare Hukuku**, Çev. Bedri Tahir Şaman, Ankara, Titaş Basımevi, 1942, s. 173-175; Adolf Merkl, "Entwicklung und Reform des Beamtenrechts", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 7, Berlin, Walter de Gruyter, 1932, s. 57-58.

¹²⁶² Merkl, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, s. 132-133; Merkl, **Umumi İdare Hukuku**, s. 176-180.

¹²⁶³ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 61.

¹²⁶⁴ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 59 vd., 68. Benzer yönde bkz. Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 148, 155-156.

¹²⁶⁵ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 68.

¹²⁶⁶ *BVerfGE* 33, 1 - Strafgefangene [1972].

¹²⁶⁷ Tartışmalar için bkz. Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 69 vd.

¹²⁶⁸ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 71 vd.

¹²⁶⁹ Aksi yönde bkz. Walter Jellinek, **Verwaltungsrecht**, 3. Auflage, Offenburg, Lehrmittel-Verlag, 1948, s. 122; Carl Hermann Ule, "Öffentlicher Dienst", **Die Grundrechte**, Bd. IV/2, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey, Berlin, Duncker & Humblot, 1962, s. 618.

¹²⁷⁰ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 418.

düzenleyebileceğini kabul eden görüşler de görülmektedir.¹²⁷¹ FAYM, ilk kararlarında özel iktidar ilişkisi doktrinini uygularken¹²⁷², *Mahkûm* kararı ile hem içtihatlarında hem de anayasa hukuk doktrininde bir değişim yaratmıştır.¹²⁷³ Bu kararda Mahkeme, özel iktidar ilişkisinin mahkûmun anayasal haklarını bir muğlaklık içinde görelî hale getirdiğini belirtir. Mahkeme'ye göre bu sonuç, anayasanın benimsediği insan imgesi ve değerler sistemi ile uyuşmamaktadır. Anayasal hakların sınırlandırılması toplumla ilgili bir amaca ulaşmak için vazgeçilmez ise ve anayasada öngörülen şekillerde, diğer bir deyişle yasaya dayanarak gerçekleşirse özel iktidar ilişkisi içerisinde bulunan kişilerin anayasal haklarının sınırlandırılması düşünülebilir. Mahkûmların anayasal hakları, yasa ile veyahut yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.¹²⁷⁴

FAYM'ın bu kararı, literatürde hemen benimsenmiştir.¹²⁷⁵ *Mahkûm* kararı, o zamana kadar Alman anayasa hukuk doktrininde belirsizliğini koruyan özel iktidar ilişkisinde hâkim görüşü belirlemiştir.¹²⁷⁶ Hâkim görüş, Alman hukuk devleti ve demokratik sistemine yabancı olan bu kavramdan nihayetinde kurtulunmuş olduğunu ileri sürer. Bu bağlamda, *Mahkûm* kararıyla, özel iktidar ilişkisi ile yolların ayrılmış olduğu iddia edilir.¹²⁷⁷ Ancak bu görüşler yerinde değildir.¹²⁷⁸ FAYM'ın *Mahkûm* kararında¹²⁷⁹, aslında mahkûmların anayasal haklarının yalnızca yasayla sınırlandırıldığı ifade edilmez. Bunun yanı sıra, bu yasaların oldukça dar bir şekilde oluşturulan genel ilkelerden oluştuğu belirtilerek, yasama organının genel çerçeveyi belirlemesi gerektiği ve diğer

¹²⁷¹ Bkz. Ernst-Wolfgang Böckenförde - Rolf Grawert, "Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 95, No. 1, 1970, pp. 1-37, s. 16 vd.

¹²⁷² BVerfG, **NJW**, 1963, pp. 755-756, s. 755-756 - Form der Verfassungsbeschwerde; Recht des Untersuchungshäftlings auf Rundfunkempfang; BVerfGE 16, 94 (114) - Wehrmachtspensionäre [1963].

¹²⁷³ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 419; Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1078-1079.

¹²⁷⁴ BVerfGE 33, 1 (11) - Strafgefangene [1972].

¹²⁷⁵ Heinz Müller-Dietz, "Verfassung und Strafvollzugsgesetz", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1972, pp. 1161-1167, s. 1161-1162; Christian Starck, "Verfassungsrecht: Strafvollzug", **JuristenZeitung**, 27. Jahrg., Nr. 11/12, 9. Juni 1972, pp. 357-362, s. 360 vd.; Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte**, s. 127 vd.

¹²⁷⁶ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 294-297.

¹²⁷⁷ Manfred M. Gönsch, "Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“", **JuristenZeitung**, 34. Jahrg., Nr. 1, 5. Januar 1979, pp. 16-20, s. 16; Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte**, s. 127-128; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 419-420.

¹²⁷⁸ Stern, "Die Bindung der Vollziehenden Gewalt" s. 1382; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 440-441; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 419-420.

¹²⁷⁹ BVerfGE 33, 1 - Strafgefangene [1972].

hususların idarenin yetkisinde olduğu ifade edilir.¹²⁸⁰ Bu kararda Mahkeme gerçekten de geleneksel özel iktidar ilişkisi kavramını sert bir şekilde eleştirir ve fakat iktidar ile bu şekilde yakın ilişkide olanlar için daha yüksek bir yükümlülüklerin bulunduğunu kabul eder. Bu bağlamda, FAYM, anayasal hakların özel iktidar ilişkisi içinde bulunan kişiler için geçerli olmayacağı tezinin Alman Anayasası'nın gereklilikleri ile uyuşmadığına karar vererek, özel iktidar ilişkisi doktrinini daha güncel bir alana taşımıştır.¹²⁸¹

19. yüzyılda şekillenen anayasal hakların belirli grup vatandaşlar (memurlar, kamu görevlileri, öğrenciler, mahkûmlar vs.) için tamamen geçersiz olduğu tezi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra oluşan anayasal sistemlerde artık savunulamaz hale gelmiştir. Bununla beraber, bu husus, iktidar/idare ile yakın ilişki içinde bulunan bu kişilerin, gerek anayasal hak sahipliğinde gerekse de anayasal hakların sınırlandırılmasında, normal ilişki olarak kabul edilen iktidar/idare ile uzak ilişki içinde bulunan kişiler ile aynı şekilde değerlendirilmesini gerektirmez. Eşyanın doğası ve anayasanın ve anayasal hakların ön koşulları gereğince, anayasal hakların tahdidinde/sınırlandırılmasında iktidarla/idareyle yakın ilişki içinde bulunan bu kişiler ile iktidarla/idareyle uzak ilişki içinde bulunan kişiler arasında bir ayrım yapmak gerekir.¹²⁸² Nitekim FAYM'a göre, burada devlet, yakın ilişkidekiler ile uzak ilişkidekiler arasında "yapısal olarak asimetrik hukuki ilişki" kurar.¹²⁸³ Aynı şekilde, FAYM, bu zamana kadar Alman Anayasası Madde 10'da düzenlenen haberleşmenin gizliliği bakımından, mahkûmların hakkına yapılan müdahaleyi kabul etse de henüz bir ihlal kararı verdiği tespit edilmemiştir.¹²⁸⁴ Bunlara ek olarak, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisinin kabul edilmediği durumda, mahkemelerin iktidar/idare ile uzak ilişkide bulunan kişilerin hakların kapsamını da etkileyecek bir şekilde tutum alma tehlikesi söz konusu

¹²⁸⁰ BVerfGE 33, 1 (11) - Strafgefangene [1972].

¹²⁸¹ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 419-420; Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1079-1080; Wolfgang Loschelder, "Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem: Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses", **Das besondere Gewaltverhältnis**, Ed. by Detlef Merten, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, s. 11; Böckenförde, **Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz**, s. 17-18; Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses'**, s. 107 vd, 196 vd.

¹²⁸² Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1082.

¹²⁸³ BVerfG, 2 BvR 2699/10, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Juni 2014, para. 12; BVerfG, 2 BvR 1568/12, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 06. Oktober 2014, para. 13; BVerfG, 2 BvR 1763/16, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Januar 2020, para. 40. Ayrıca bkz. Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses'**, s. 28-29, 132-133; Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 430.

¹²⁸⁴ Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses'**, s. 88.

olur.¹²⁸⁵

Anayasal hakların sağladığı güvenceler ve dolayısıyla anayasal hakların sınırlandırılmasında devletin uyması gereken şekli ve maddi anayasal gereklilikler, iktidar/idare ile yakın ilişkide olanlar için geçerlidir. Ancak anayasal hakların sağladığı güvenceler, yakın ilişkide bulunan kişileri, uzak ilişkide bulunan normal birey-devlet arasındaki ilişkiden farklı bir şekilde etkiler. Burada devlet ile aradaki ilişkinin/rabitanın bir uzaklığa sahip olmaması, yakın ilişkide bulunan kişilerin hukuki pozisyonlarını ve devlete kaçınma yükümlülüğü yükleyen anayasal hakların ileri sürülebilirliğini belirler. Sözgelimi bir memurun veya mahkûmun kişiliğini geliştirme hakkı (özel yaşamın korunması hakkı) veya ifade özgürlüğü hakkı bulunmaktadır. Ancak yakın ilişkide bulunan bu kişilerin anayasal hakları herhangi bir kamu yararı, anayasal hak veya diğer bir anayasal değer ile dengelenirken, bu kişilerin devletle arasındaki ilişki türünün niteliğine göre anayasal haklarının normatif argümanları zayıflar.¹²⁸⁶ Burada, bireyin

¹²⁸⁵ Merten, “Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis”, s. 73 vd.

¹²⁸⁶ Bkz. Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 376 vd.; Loschelder, “Grundrechte im Sonderstatus”, s. 1081-1082, 1096 vd.; Peine, “Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen”, s. 424-425, 427; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 346 vd.; Reiling, **Die Archäologie des besonderen Gewaltverhältnisses**, s. 171 vd.; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 54. Loschelder’e göre, özel statü söz konusu olduğunda, klasik anayasal hak sınırlama şeması (bunun için bkz. **Bölüm 1.3.**) söz konusu olmaz. Yasa koyucu burada harici olarak sınırlama değil, dahili olarak düzenleme yapar. Loschelder’in özel statünün hak dogmatikinde oluşturduğu etki için bkz. Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 376 vd.; Loschelder, “Grundrechte im Sonderstatus”, s. 1099 vd.; Loschelder, “Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem”, s. 29. Doktrinde ise bazı yazarlar hizmet ilişkisi (*Betriebsverhältnis*) ile temel ilişki (*Grundverhältnis*) arasında bir ayırım yapmıştır. Bkz. Ule, “Das besondere Gewaltverhältnis”, s. 152; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 404-405; Matthias Knauff, “Begriff des Verwaltungsaktes”, **Verwaltungsrecht: Verwaltungsverfahrensgesetz**, Bd. III, Ed. by Friedrich Schoch - Jens-Peter Schneider, 3. EL, München, C. H. Beck, 2022, s. 46 vd.; Jost Pietzcker - Nikolaus Marsch, “§ 42 Abs. 1 [Anfechtungs- und Verpflichtungsklage]”, **Verwaltungsrecht: Verwaltungsgerichtsordnung**, Bd. I, Ed. by Friedrich Schoch - Jens-Peter Schneider, 43. EL, München, C. H. Beck, 2022, s. 31-32; Florian von Alemann - Fabian Scheffczyk, “Begriff des Verwaltungsaktes”, **Beck’sche Online-Kommentare: Verwaltungsverfahrensgesetz**, Ed. by Johann Bader - Michael Ronellenfitsch, 57. Edition, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 239. Bu ayırımın eleştirisi için bkz. Matthias Ruffert, “Bedeutung, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts”, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010, s. 688. Temel ilişki ile hizmet ilişkisi ayırımını belirleyen en önemli kriter ise kişinin bireyselliğinin/benliğinin/kişiliğinin etkilenip etkilenmediğidir. Kişinin bireyselliğinin etkilenmesi durumunda temel ilişkinin varlığı kabul edilecek ve devlet anayasal hakların devlete yüklediği anayasal gereklilikleri yerine getirmek zorunda kalacaktır. Temel ilişki söz konusu olduğunda, burada eylemin dışsallığı oluşmakta ve dolayısıyla bir idari eylemin varlığı kabul edilmektedir. Ancak hizmet ilişkisi söz konusu olduğunda, eylemin içselliği söz konusu olduğundan, bir idari eylemin gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Bkz. Knauff, “Begriff des Verwaltungsaktes”, s. 46-48; Alemann - Scheffczyk, “Begriff des Verwaltungsaktes”, Rn. 239; *BVerwG, NVwZ-RR*, 2007, pp. 781-784, s. 781-782 - Haarlänge bei uniformierten Polizeibeamten. Temel ilişki söz konusu olduğunda, birey, herhangi bir sınırlama olmaksızın anayasal haklarını

özgürlüğü ve devletin amacının gerçekleştirilmesi nesnel olarak birbirinden ayrılamaz ve her iki alan da kompleks bir şekilde birbirine nüfuz eder.¹²⁸⁷ Memurların ve kamu görevlilerinin, çalıştıkları kurumun; öğrencilerin ve mahkûmların, bulunmak zorunda bulundukları kurumun fonksiyonuna dayanılarak, bu kişilerin (devlet ile yakın ilişkide bulunan kişilerin) anayasal haklarının sınırlandırılması/tahdit edilmesi meşrulaştırılır.¹²⁸⁸ Kurumların fonksiyonları ve dolayısıyla fonksiyonlarını sürdürmeleri, yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal haklarını sınırlandırırken önemli bir etken olarak ortaya çıkar.¹²⁸⁹ Nitekim, kişinin devlete olan yakınlığı arttıkça, diğer bir deyişle kişinin burada oluşan ilişkide devlete olan bağlılık/sadakat yükümlülüğünün yoğunluğu (daha sıkı bir disiplin gerekliliği, kurumun amacının/fonksiyonun toplumsal öneminin artması vs.) arttıkça, kişinin bağımlılığı ve dolayısıyla anayasal haklarının sınırlandırılabilirlik alanı da artacaktır.¹²⁹⁰ Yakın ilişkide anayasal hak kullanımı ilave sınırlamalara/tahditlere tabi olur. Yakın ilişkide bulunan kişiler, devlet kurumlarının fonksiyonelliğini tehlikeye atmamalı, yakın ilişkiden kaynaklanan devlete sadakat yükümlülüğünü ve görevlerini yerine getirmeli ve başkalarının anayasal haklarını ihlal etmemelidir.¹²⁹¹

Şekli bir anayasal gereklilik olarak, anayasal hakların yasa ile sınırlandırılmasında da bir farklılık söz konusudur. Yakın ilişkide bulunan kişiler için yapılan yasaların

kullanabilmekte ve dolayısıyla sübjektif anayasal haklara sahip olmaktadır. Ancak bireyin yalnızca resmi pozisyonu etkileniyorsa, bu durumda bir hizmet ilişkisi dolayısıyla anayasal haklara bir müdahale olmadığı kabul edilecektir. Bkz. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 460-461; Ule, "Das besondere Gewaltverhältnis", s. 152 vd.; Knauff, "Begriff des Verwaltungsaktes", s. 47-48.

¹²⁸⁷ Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 376 vd., 391 vd.; Loschelder, "Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem", s. 29.

¹²⁸⁸ Genel olarak bunu kabul edenler için bkz. *VGH Kassel*, **NJW**, 1996, pp. 1164-1165, s. 1164-1165 - Tragen eines sog. "Lagerfeld-Zopfes" durch Polizeibeamten; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 425-426; Matthias Herdegen, "Gewissensfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 685; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 346-348. Ordu bakımından benzer yönde bkz. *BVerwG*, **BeckRS**, 1972, 31328012 - Dienstliche Anordnungen; *BVerwG*, **NVwZ**, 1996, pp. 474, s. 474 - Versetzung von Soldaten; *BVerfG*, **NVwZ-RR**, 2008, pp. 330-331, s. 331 - Herabsetzende, unsachliche Kritik an Generalität der Bundeswehr durch Offizier; Friedrich K. Schoch, "Verfassungsrechtliche Grundlagen der Einschränkung politischer Betätigung von Soldaten", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 108, No. 2, 1983, pp. 215-248, s. 231. Okul bakımından benzer yönde bkz. Jestaedt, "Schule und außerschulische Erziehung", s. 578.

¹²⁸⁹ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 346-347; Gallwas, **Grundrechte**, s. 138.

¹²⁹⁰ Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1088; Reiling, **Die Archäologie des 'besonderen Gewaltverhältnisses'**, s. 169; Gallwas, **Grundrechte**, s. 136.

¹²⁹¹ Gallwas, **Grundrechte**, s. 136, 143.

daha çok çerçeve yasa niteliği taşıması gerekir. Yasa koyucu, yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal hakların sınırlandırılmasında genel ilkeleri belirler. İdare, bu genel ilkelerin esnekliği çerçevesinde her kurumun amacı bakımından belirli sınırlamaları öngörür. Sözgelimi okul sisteminde pedagojik esnekliğe duyulan ihtiyaç, bu yasanın oldukça genel ve çerçeve niteliği taşımasını gerektirir. Bu durumda, idare, ilgili bireysel gerekliliklere göre, iç yönetmeliği ve ilaveten okulda tutma (*Nachsitzen*) buyruğunu düzenleme yetkisine sahip olur.¹²⁹² Bu bağlamda, yalnızca önemli konular, yasa koyucunun yetkisinde kalırken, diğer konular idarenin yetkisindedir.¹²⁹³ Nitekim Loschelder'e göre, zaten bu yapı, yani önemli konuların genel bir şekilde yasa koyucu tarafından düzenlenmesi ve diğer hususların idarenin yetkisine bırakılması, yakın ilişki doktrinine yabancı değildir. 19. yüzyılda da genel bir devlet memurları kanunu ile memurların hukuki durumu düzenlenmektedir. Burada memurların tabi olduğu özel yükümlülükler yasa ile belirlenirken, diğer hususlar idare tarafından düzenlenmektedir.¹²⁹⁴ Yasamanın çerçeve bir yasa ile yetkilendirmesi ile idarenin konuyu detaylı bir şekilde düzenlemesi bir hukuk dışılık olarak kabul edilemez. Zira en başında idarenin düzenlemeleri objektif hukukun bir parçasıdır. İdari düzenlemeler, hukuki olarak bağlayıcı, genel-soyut düzenlemeler olarak, muhatap kitlesi devletin iç alanıyla veya iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerle sınırlı olsa da, temelde hukuk normlarıdır.¹²⁹⁵

Fonksiyonellik argümanına doktrinde itiraz edilmiştir. Bu itirazlara göre, kurumların fonksiyonları, oldukça belirsiz olduğu ve seçilen bir referans noktasına bağlı olarak içeriklendirilebileceği ileri sürülmüştür. Bunun yanı sıra, devletin ve kurumların fonksiyonunun, anayasal sistemde anayasal hakların sınırlandırılmasını meşrulaştırabilecek bir değere sahip olup olmadığı sorgulanmıştır.¹²⁹⁶ Ancak bu eleştiriler yerinde değildir. Öncelikle fonksiyonellik gerekçesi, keyfi bir gerekçe değildir. Fonksiyonellik, her kurumun hizmet ettiği yükümlülük ile temellenir. Bu kurumların iç düzeni,

¹²⁹² Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 428-429.

¹²⁹³ BVerfGE 34, 165 (192-193) - Förderstufe [1972]; BVerfGE 41, 251 (259-260) - Speyer-Kolleg [1976]; BVerfGE 45, 400 (417-418) - Oberstufenreform [1977]; BVerfGE 47, 46 (78 vd.) - Sexualkundeunterricht [1977]; Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1080, 1101. Krş. Hartmut Maurer, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 13. Auflage, München, C. H. Beck, 2000, s. 172-173.

¹²⁹⁴ Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1080.

¹²⁹⁵ Merten, "Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis", s. 61.

¹²⁹⁶ Martin Kutscha, "Renaissance des »besonderen Gewaltverhältnisses«? Disziplinierung und Meinungsfreiheit im öffentlichen Dienst", **Kritische Justiz**, Vol. 18, 1985, pp. 43-56, s. 54; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 347.

bu kurumların yükümlölüklerini etkili ve verimli bir şekilde yerine getirme fonksiyonunu etkiler.¹²⁹⁷ Diğer taraftan, kurumların fonksiyonelliğinin anayasal hakları sınırlandırmaya kabil bir meşru amaç olmadığı itirazı da yerinde değildir. Bir amacın meşruiyeti, anayasal olarak izin verilen alanı oluşturan belirli bir sınırlama kaydı çerçevesinde belirlenir.¹²⁹⁸ Bu bağlamda, mutlak ve görelî pozitif amaçlar devlet tarafından izlenebilir.¹²⁹⁹ Eğer bir kurum anayasal olarak en azından izin verilen bir amaca hizmet ediyorsa, bu yükümlölüğün etkili bir şekilde yerine getirilmesini ifade eden fonksiyonellik, anayasal olarak izin verilen bir statüdedir ve dolayısıyla da bir meşru amaç oluşturur.¹³⁰⁰ Kurumların etkililiği ve verimliliği halihazırda anayasal olarak izin verilen bir amaç olduğundan, kurumların fonksiyonelliğini gerçekleştirmek veya optimize etmek de meşru amaç kapsamındadır.¹³⁰¹ Yine de her halükarda kurumların fonksiyonelliğinin her vakada, soyut ve retorik olarak değil, somutlaştırılarak kullanılması gerekir.¹³⁰² Kişinin ceza sistemi veya hapisane üzerinden devlet ile kurduğu ilişkinin anayasal haklar üzerinde oluşturduğu sınırlamalar, kişinin üniversitede görevli bir akademisyen olarak devlet ile kurduğu ilişkinin anayasal haklar üzerinde oluşturduğu sınırlamalardan farklılık arz eder.¹³⁰³ Kurumların amaçları, büyük ölçüde yakın ilişkinin uygulandığı kategoriye içkindir. Yasa koyucunun, bu kurumsal amaçları değiştirmesi muhtemel değildir. Bir okul, öğrencileri eğitme amacını/fonksiyonunu kaybettiğinde okul olmaktan çıkar. Bir ceza infaz kurumu, bir ceza uygulamadığında, ceza infaz kurumu olmaktan çıkar.¹³⁰⁴

Devletin anayasal yükümlölüklerini gerçekleştirilmesine hizmet eden devletin ve kurumlarının fonksiyonelliği, bir anayasal değerdir.¹³⁰⁵ Kurumların fonksiyonelliği argümanı, bu bağlamda meşru bir amaç olarak yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal haklarının normatif argümanlarını herhangi bir vakada zayıflattığı için bir içkin sınır

¹²⁹⁷ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 347.

¹²⁹⁸ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 71-72; Lothar Michael, "Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit", **Juristische Schulung**, 2001, pp. 654-659, s. 655.

¹²⁹⁹ Borowski, **Grundrechte als Prinzipien**, s. 256. Ayrıca bkz. **Bölüm 1.4.1.1.1**.

¹³⁰⁰ Sachs, "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", s. 327 vd.

¹³⁰¹ BVerwG, **NJW**, 1972, pp. 1726-1728, s. 1727 - Haar- und Bartracht des Bundeswehrosoldaten; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 347-348. Aksi yönde bkz. Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 431.

¹³⁰² Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 348; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 426, 431.

¹³⁰³ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 426.

¹³⁰⁴ Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 426.

¹³⁰⁵ VGH Kassel, **NJW**, 1996, pp. 1164-1165, s. 1164-1165 - Tragen eines sog. "Lagerfeld-Zopfes" durch Polizeibeamten; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 351.

teşkil eder.¹³⁰⁶ Sözelimi bir yargı mensubunun, televizyon programlarında yargı reformu hususunda konuşma gerçekleştirmesi, bu yakın ilişkide bulunan kişinin ifade özgürlüğü hakkının kapsamındadır. Ancak bu yargı üyesinin televizyondaki ifadelereinden dolayı para/disiplin cezasına çarptırılması durumunda, anayasa mahkemesi önüne gelecek olan ifade özgürlüğü hak talebinin normatif argümanı, yargının fonksiyonelliği, tarafsızlığı ve bağımsızlığı bağlamında zayıflayacaktır. Bir ilköğretim öğretmenin derslerinde dini kıyafetlerini giymesi durumunda, öğretmenin pozitif din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı ile öğrencilerin negatif din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı çatışır.¹³⁰⁷ Burada memur olan öğretmenin eğitim görevi ve çocukların özellikle endokrinasyona açık olması, öğretmenin pozitif din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının normatif argümanını zayıflatır. Aynı şekilde, bir mahkûmun, hapishane idaresinden anılarını veya bir roman yazmak için talep ettiği kalemlerin hapishane idaresi tarafından reddedilmesi durumunda, mahkûmun sahip olduğu kişiliğini geliştirme hakkı veya sanat özgürlüğü hakkının normatif argümanı, hapishanelerin fonksiyonelliği ve daha somut bir ifadeyle sivri uçlu cisimlerin mahkûmlara dağıtılmamasındaki yarar bakımından zayıflar. Yakın ilişkide bulunan kişilerin hak taleplerindeki normatif argümanlarının zayıflaması, yapılacak olan değerlerin dengelemesinde, bu kişilerin hak taleplerinin mutlaka geri çekilmesi ile sonuçlanmaz. Bununla birlikte, bu durum kişilerin mensubu bulundukları kurumların fonksiyonları ile *uyuşmayan* davranışlarının ve hak taleplerinin, karşılaştıkları menfaatler karşısında üstün gelme ihtimalini azaltacaktır.

Kişilerin anayasal hakları, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunması sebebiyle yalnızca sınırlanmayabilir, ayrıca tehdit de edilebilir.¹³⁰⁸ Yukarıda da ifade edildiği

¹³⁰⁶ Yakın ilişkilerde devletin sınırlandırabileceği alanın genişlediğine yönelik bkz. Starck, “Artikel 1”, s. 151. Krş. Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 349-351.

¹³⁰⁷ Bu konuda bkz. BVerfGE 108, 282 - Kopftuch [2003]; BVerfGE 138, 296 - Kopftuch II [2015]; BVerfGE 153, 1 - Kopftuch III [2020].

¹³⁰⁸ Kielmansegg de yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal haklarının tehdit edilebileceğini kabul eder. Bununla beraber, Kielmansegg, zarar ilkesine (*neminem laedere*) dayanarak yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal hakların tehdit edileceğini ileri sürer. Ona göre, anayasal haklar en başından itibaren, izinsiz olarak üçüncü kişilerin hak ve yetkileri, hukuki pozisyonları üzerinde tasarrufu (*Inanspruchnahme*) ve bu kişilerin hukuki menfaatlerine zarar vermeyi kapsamaz. Bkz. Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 353 vd.; benzer yönde bkz. Loschelder, “Grundrechte im Sonderstatus”, s. 1092-1093; Klaus Lange, “Die öffentlichrechtliche Anstalt”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 44, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, s. 185. Kielmansegg’e göre, bu üçüncü kişi devlet de olabilir. Bkz. Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 357-358. Ancak bu görüşün yerinde olmadığı yukarıda kısaca dile getirilmiştir. Bkz. **Bölüm 2.3**. Bu bakımdan, fonksiyonellik argümanının anayasal hakların tehdit edilmesinde de kullanılabileceğini kabul etmek daha yerinde olacaktır. Krş. Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-**

üzere, kurumların fonksiyonları ile *uyuşmayan* yakın ilişkide bulunan kişilerin hak taleplerinin normatif argümanları zayıflarken, bu fonksiyonelliğe *aykırı* olan davranışlar, hakkın kapsamında hiç yer almaz. Sözgelimi bir yargı mensubunun, bir hâkim veya savcının, derdest olan bir davası hakkında televizyonda veya herhangi basın organında yorum yapması, en başından beri bu yargı mensubunun ifade özgürlüğü hakkının kapsamında değildir. Zira bir yargı mensubunun davası ile ilgili yorum yapması, yargının fonksiyonuna, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığına açıkça aykırıdır. Bir asker, görev sırasında dini kıyafet giymek istemesi de din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının kapsamında yer almaz. Bir asker, ordunun fonksiyonu gereği diğer memurlara göre daha sıkı bir disiplin, itaat ve sadakat yükümlülüğü ile bağlıdır. Dolayısıyla bir askerin bu gerekli disiplini bozacak herhangi bir davranışı veya menfaati, din, vicdan ve kanaat özgürlüğünün kapsamı içerisinde yer almaz.¹³⁰⁹ Burada özellikle, profesyonel askerliğin gerektirdiği kıyafet gibi yükümlülüklerin önceden biliniyor olması ve kişinin bu memuriyete rızasıyla girmiş olması da bir etken olarak karşımıza çıkar. Nitekim bir mahkûmun ceza süresi içerisinde hapishane dışına çıkma ve başka bir yere yerleşme talebinin, hapishanelerin ve ceza sisteminin fonksiyonu gereğince seyahat ve yerleşme özgürlüğü hakkının kapsamında yer alamaz.

Bu çalışma kapsamında iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler için öngörülen içkin sınırlama ve tahditlerin kabul edildiği şekliyle, her vakada bu kişilerin hak taleplerinin, mensubu bulundukları kurumların fonksiyonelliği ile uyuşmamasının söz konusu olup olmadığının veyahut bu kurumların fonksiyonelliğine aykırı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.¹³¹⁰ Nitekim kurumun fonksiyonuna aykırılık ve kurumun fonksiyonuyla uyuşmama hususu zamana ve toplumsal algıya göre değişebilmektedir. Sözgelimi, 20. yüzyılın ikinci yarısında bir polis memurunun takacağı küpe, polis memurunda gerekli olan itibarı kaybettiği için kurumun fonksiyonuna ve gereken sıkı disipline aykırı bulunabilirken, günümüzde böyle bir itibar kaybının kaybedilip

rechtlichen Sonderbindung, s. 415 vd.; Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1093. Aksi yönde bkz. Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 427-428. Hizmet ilişkisi (*Betriebsverhältnis*) ile temel ilişki (*Grundverhältnis*) bağlamında anayasal hakların tahdit edilebileceğini kabul edenler için bkz. Ule, "Das besondere Gewaltverhältnis", s. 152 vd; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 404-405; Knauff, "Begriff des Verwaltungsaktes", s. 46 vd.; Pietzcker - Marsch, "§ 42 Abs. 1 [Anfechtungs- und Verpflichtungsklage]", s. 31-32; Alemann - Scheffczyk, "Begriff des Verwaltungsaktes", Rn. 239.

¹³⁰⁹ Krş. BVerwG, **NJW**, 1972, pp. 1726-1728 - Haar- und Barttracht des Bundeswehrsoldaten.

¹³¹⁰ Yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal haklarının vakaya özgü şeklinde değerlendirilmesi yönünde bkz. Loschelder, **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung**, s. 393 vd.; Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", s. 1091-1094.

kaybedilmeyeceği şüpheli olduğundan bu kurumun fonksiyonu ile uyuşmayabilir.¹³¹¹

Sonuç olarak iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal hakları, mensup oldukları kurumun amacı/fonksiyonu çerçevesinde sınırlanmaktadır. Bu kişilerin davranışlarının veya taleplerinin, kurumun fonksiyonu ile yalnızca uyuşmuyorsa, bu davranış ve talep anayasal hakların kapsamında kabul edilir. Bu durumda, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler, anayasal hakların devlete yüklediği şekli ve maddi anayasal gerekliliklerin sağladığı güvencelerden yararlanır. Ancak iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin davranışlarının veya taleplerinin, kurumların fonksiyonuna aykırı olması, bu fonksiyon ile açıkça çelişmesi durumunda, bu davranış ve talep, anayasal hakların kapsamında yer almaz ve dolayısıyla bu kişiler, bu taleplerinde devletin anayasal hakları sınırlandırırken uyması gereken şekli ve maddi anayasal gerekliliklerin güvencelerinden faydalanamaz.

İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal haklarını sınırlandırırken yasal dayanağın gerekli olup olmadığı da bu bağlamda değişmektedir. Yakın ilişkideki kişilerin davranışlarının ve taleplerinin anayasal hakların kapsamında yer aldığı durumda, bu kişilerin anayasal haklarının sınırlanması için yasaya dayanmak gerekir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, burada yasa koyucunun genel ilkeleri belirtmesi ve kalan konularda genel yetkiyi idareye bırakması gerekir. İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal haklarının tahdit edildiği durumlarda ise bu kişilerin davranışları ve talepleri, anayasal hakların kapsamında yer almadığından, devlet bu menfaatleri sınırlarken yasaya dayanmak zorunda değildir.

2.3.4. Kurumsal Anayasal Haklar

Kurumsal anayasal haklar, üçüncü için sınırlama kategorisi olarak belirlenmiştir. Bu itibarla öncelikle, kurumsal anayasal hakların içeriği belirlenecek (2.3.4.1.) ve sonrasında kurumsal anayasal hakların sınırlanması ve nasıl için sınırlara/tahditlere sahip olabileceği gösterilecektir (2.3.4.2.).

2.3.4.1. Kurumsal Anayasal Hakların İçeriği

Yukarıda da ifade edildiği üzere¹³¹², her anayasal hakkın kurumsal bir boyutu bulunmaktadır. Ancak bazı anayasal haklar ise sadece kurumdan¹³¹³

¹³¹¹ Krş. *BVerwG*, *NJW*, 1990, pp. 2266-2268, s. 2267 - Tragen von Ohrschmuck bei männlichen Zollbeamten; *BVerfG*, *NJW*, 1991, pp. 1477-1478, s. 1477-1478 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung; Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", s. 432.

¹³¹² Bkz. **Bölüm 1.2.4. ve 1.2.5.**

¹³¹³ Kurum kavramının tarihsel gelişimi ve anlamı için bkz. Klaus Stern, "Die

oluşmaktadır.¹³¹⁴ Bu haklar, kurumsal anayasal haklar¹³¹⁵ olarak adlandırılır. Kurum, olgusal ve nesnel olarak beliren yaşam alanlarını kapsar.¹³¹⁶ Kurum, devlet veya toplum tarafından yaratılan ve anayasal hakların kapsamında yer alan veya kapsamını oluşturan özel alanları ifade eder. Bir kurumun anayasal haklar tarafından korunmasının ardındaki mantık, kurumun bireyin kişiliğinin gelişimi için yararlı olan davranışları kolaylaştırması gerçeğinde yatmaktadır.¹³¹⁷ Kurumsal anayasal haklar ile anayasa koyucu, yasa değişikliklerine karşı bu kurumların özünü korumak isteyecek kadar değerli gördüğü kamu, devlet, siyasi, dini ve özel yaşam kurumlarını anayasal olarak güvence altına almayı amaçlamaktadır.¹³¹⁸ Kurum, kamu düzeninin taşıyıcısı olarak tanınan ve güvence altına alınan sosyal bir varlık veya kuruluş olarak görülür. Nisbi olarak zamansal değişmezliği olan kurumlar, sosyal yaptırım tehdidiyle uygulanabilen belirli normlarla tasvir edilir.¹³¹⁹ Burada bahsedilen kurumlar, tüzel kişi kurumlarından

Einrichtungsgarantien", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 783 vd. Ayrıca bkz. Maurice Hauriou, "Die Theorie der Institution und der Gründung (1925)", **Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou**, Ed. by Roman Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, s. 27 vd.; Maurice Hauriou, "The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism" **The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. De-los**, Ed. by Albert Broderick, Trans. by Mary Welling, Cambridge, Harvard University Press, 1970, s. 93 vd.; Maurice Hauriou, "Müessese ve Tesis Teorisi", Çev. Tarık Zafer Tunaya, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 9, Sayı 3-4, 1944, pp. 639-671, s. 639 vd.

¹³¹⁴ Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 772; Christoph Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 263; Hans Klein, "Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht: Zur Auslegung des Art. 5 Abs. III Satz 1 des Grundgesetzes", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 90, No. 2, 1965, pp. 129-182, s. 136; Walter Schmitt Glaeser, "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil)", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 97, No. 1, 1972, pp. 60-123, s. 97. Jarass, günümüz Alman Anayasası'nda kurumsal anayasal hak anlayışının artık geçerli olmadığını ileri sürer. Buna göre, kurumsal yaklaşım, günümüzde yalnızca bütün anayasal hakların kurumsal boyutu, bağımsız varlığını sürdürür. Jarass, "Vor-bemerkungen vor Art. 1", s. 19; Hans D. Jarass, "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 630-631.

¹³¹⁵ Kurumsal anayasal hakların veyahut kurumsal güvencenin Weimar döneminde başlayan tarihsel gelişimi için bkz. Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 756 vd.; Michael Kloepper, "Einrichtungsgarantien", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 923 vd.

¹³¹⁶ Volkmann, "Allgemeine Grundrechtslehren", s. 1076-1077.

¹³¹⁷ Jan Henrik Klement, "Grundrechtliche Schutzbereich", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 6.

¹³¹⁸ Katz, **Staatsrecht**, s. 273.

¹³¹⁹ Kloepper, "Einrichtungsgarantien", s. 931.

ayrılan eşya kurum/müessese olarak adlandırılan kurumlardır. Eşya kurumları (bundan sonra sadece kurumlar olarak ifade edilecektir) da bir fikir olarak toplumsal bir çevrede yayılır ve yaşar. Kurumlar, hukuki olarak doğar, yaşar ve ölür. Sosyal çevrede varlık kazanarak doğan kurumlar, devlet ve idarenin tekrarlanan ve prosedürlerle birbirine bağlanan hukuki işlemleri sayesinde hem objektif hem de sübjektif olarak yaşarlar. Nihayetinde hukuken ilga edilerek ölürlər.¹³²⁰ Anayasal kurumlar, uzun süredir toplumsal yapıda ve bilinçte kök salmış ve tarihsel olarak evrilmiştir.¹³²¹ Bu bağlamda, kurumlar, halihazırda mevcut olan ve yaratımına/ihdasına gerek olmayan normatif olgulardır.¹³²² Bu sebeple, kurumlar, olan ile olması gerekeni bir araya getiren köprülerden birisini teşkil eder.¹³²³

Kurumsal anayasal hak anlayışı, günümüzde özellikle anayasal hakların bağlayıcılığı karşısında dahi bağımsız anlam taşır ve anayasal haklardan farklı görevleri üstlenir. Kurumsal güvencelerde, yasama organı, yalnızca tekil normlarla değil, kurumu düzenleyen norm grubuyla bağlıdır. Negatif statü hakları, kamusal sübjektif hakların çok sayıda kişi tarafından fiili olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için yasama organına belirli yasaları geliştirme zorunluluğu öngörebilir. Aynı şekilde kurumsal güvenceler, anayasal hakların, sosyal gerçeklikte geniş bir şekilde uygulanmasını gerektirir.¹³²⁴ Kurumsal anayasal hakların günümüzdeki temel amacı yalnızca kurumların tarihsel içeriğini korumak değil, aynı zamanda devletten bağımsız veyahut belirli ölçüde uzakta kendi özünü belirleme özerkliğidir. Kurumsal anayasal haklar, hukuki yapılabirlikleri (*rechtlichen Können*) güvence altına alır.¹³²⁵

Negatif statü hakları, kamusal sübjektif hak olarak doğrudan kişiye atfedilir. Kurumsal anayasal haklar ise objektif bir güvence olarak kuruma atıfta bulunur. Kurumun yapısı ve içeriği anayasada belirtilmemekte, büyük ölçüde yasama organına bırakılmaktadır. Bu nedenle, kurumlar anayasada tamamen değil, temel tipik nitelikleriyle ve özleriyle güvence altına alınır. Kurumsal güvencenin amacı kurumların

¹³²⁰ Hauriou, "Die Theorie der Institution und der Gründung (1925)", s. 34-35; Hauriou, "The Theory of the Institution and the Foundation", s. 99-100; Hauriou, "Müessese ve Tesis Teorisi", s. 645-646.

¹³²¹ Kloepfer, "Einrichtungsgarantien", s. 931.

¹³²² Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 785, 788.

¹³²³ Bkz. Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s. 300; Georges Gurvitch, **Sociology of Law**, London, Kegan Paul, 1947, s. 110-116.

¹³²⁴ Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 277; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 32. Farklı yönde bkz. Hufen, **Staatsrecht II**, s. 60; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 19; Jarass, "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", s. 630-631.

¹³²⁵ von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 32.

tamamen ortadan kaldırılmalarını önlemek ve bu kurumların temel yapılarını, örgütsel ilkelerini, anayasa altı normatif çekirdeğini ve temel işleyişini korumaktır.¹³²⁶

Anayasal hak listelerinde, aile, evlilik, mülkiyet, dernek, sendika, yayın ve basın kurumlarını düzenleyen haklar, kurumsal anayasal haklardır.¹³²⁷ Bu anayasal hakların kapsamı, büyük ölçüde yasalar ile belirlenir.¹³²⁸ Diğer bir deyişle yasalar, kurumsal anayasal hakların içeriğini belirlemede temel bir öneme sahiptir.¹³²⁹ Kurumsal anayasal haklar için bir yanda anayasal hakkın içeriğini şekillendiren yasa olan düzenleme, diğer taraftan ise bireyin anayasal hareket alanını ve hukuki pozisyonunu daraltan veya hareket alanına ve hukuki pozisyonuna dokunan ya da anayasal hak normunun hukuki sonucunu olumsuz bir şekilde etkileyen yasa olan sınırlama ayrımı yapılmaktadır.¹³³⁰ Ancak bu tez kapsamında düzenleme ve sınırlama ayrımı yalnızca kurumsal anayasal haklar için bir anlam ifade eder. Yine de düzenleme söz konusu olduğunda da yasama organının yerine getirmesi gereken bazı anayasal gereklilikler söz konusu olur.

Burada kurumsal anayasal hakların içeriklerinin aslında anayasal hakların pozitif metinlerde belirmesinden önce özel hukuk içerisinde yasalar ile belirlendiğini belirtmek gerekir. Özellikle tarihsel olarak inceleme yapıldığında, anayasal hakların ve yahut temel hak ve özgürlüklerin, en azından yargı ve idare/yürütme organlarını bağlayan bir kuvvete sahip olmasından önce, bu kurumların özel hukukta ortaya çıkması ve yasalarla düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Dolayısıyla, yasalarla düzenlenen

¹³²⁶ Katz, **Staatsrecht**, s. 273.

¹³²⁷ Krş. Christian Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, s. 21 vd., 41-42; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 32.

¹³²⁸ Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 269 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 59.

¹³²⁹ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 170 vd.; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 208 vd.; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 200; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 28; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 58-60; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 41; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 248 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 15-17; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 72-73; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26.

¹³³⁰ Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, 3. Baskı, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 78-83; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 18-24; Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", **Anayasa Yargısı**, C. I, Ankara, 1984, pp. 261-271, s. 268; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 249-253; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 60-61; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 128-129; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26-27.

özel hukuk kurumlarının içeriği, anayasal haklara takaddüm eder.¹³³¹ Bununla birlikte, kurumsal güvence, yalnızca bir statüko güvencesi değildir, aynı zamanda kurumların değişmesi/dönüşmesi ve/veya yeni kurumların oluşması sebebiyle değişime açıktır.¹³³² Kurumsal anayasal haklar, içerilen kurumları yasalarla ve olgularla önceden oluşturulan ve tarihsel kökleri ve kendi öz değerleri temelinde toplumsal yaşamın geleceği için belirli bir istikrar ve süreklilik sağlanacak şekilde bir anayasal hak normu tarafından güvence altına alınan hakları ifade eder.¹³³³ Kurumsal güvence, gelecekte asli değerler olarak var olmaya devam etmesi gereken ve hem hukuki hem de sosyal etkilerin nüfuz ettiği hukuki olgusal yapıdır.¹³³⁴ Kurumsal anayasal haklar, özel hukuktan miras aldığı içerikleri, yasaları ve norm gruplarını, yasama, yürütme ve yargı organlarının yaptıkları değişikliklere ve yorumlama/somutlaştırma faaliyetlerine karşı muhafaza eder ve devletin pozitif edimini dışlar.¹³³⁵ Bu, kurumsal anayasal hakların negatif statü hakkı/negatif yükümlülük (*Abwehrrechte*) boyutunu oluşturur. Bunun yanı sıra, özellikle olguda yaşanan değişiklikler, oluşan boşluklar ve normların uygulanmasındaki etkisizlik, özel hukuk kurumlarının içeriğinin değiştirilmesini gerektirebilir. Bu husus özellikle yasama organı olmak üzere, devlete özel hukuk kurumlarını koruma, düzenleme, değiştirme ve belirli norm gruplarını ilga etme yükümlülüğü yükler. Bu da, kurumsal anayasal hakların pozitif yükümlülük boyutunu oluşturur. Bu sebeple, kurumsal anayasal haklar, devlete hem negatif hem de pozitif edim

¹³³¹ BVerfGE 61, 149 (195) - Amtshaftung [1982]; Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)", s. 155; Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 170-171; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 208-209; Abel Günther, **Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes**, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, s. 56 vd.; Klein, "Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht", s. 139; Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 788-789, 791; Stern, "Einleitung", s. 28-29; Starck, "Artikel 1", s. 101; Kloepfer, "Einrichtungsgarantien", s. 931-932; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 41.

¹³³² Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 868; Klaus Stern - Herbert Bethge, **Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat: Ein Beitrag zur Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG**, München, C. H. Beck, 1968, s. 30; Günther, **Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes**, s. 61; Klein, "Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht", s. 139.

¹³³³ Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 791.

¹³³⁴ Kloepfer, "Einrichtungsgarantien", s. 933.

¹³³⁵ Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 772-773; Stern, "Einleitung", s. 28-29; Starck, "Artikel 1", s. 101; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 118-119; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 122; Kloepfer, "Einrichtungsgarantien", s. 934-935; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 38-39; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 72; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 299-300; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 28; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 16; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26-27; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 59; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 248.

yükümlülüğü yükler.¹³³⁶

2.3.4.2. Kurumsal Anayasal Hakların Sınırlanması, İçkin Sınırları ve Tahditleri

Kurumsal anayasal hakların yasal düzeydeki norm grubu ile oluşan içeriğinin yine yasa ile sınırlandırılabilirliğinin kabulü bazı uyumsuzluklar içerdiğinden, kurumsal anayasal hakların sınırlanmasının ve ihlalinin nasıl belirleneceği bir sorun teşkil eder. Zira kurumsal anayasal haklarda, hakkın içeriğini halihazırda yasalar oluştururken, yeni çıkartılan bir yasanın hakkın içeriğine yönelik bir belirleme ve şekillendirme oluşturması gerekmektedir. Burada yasama organının anayasayla bağlılığı ile anayasal hakların içeriğini belirleme yükümlülüğü arasında bir gerilim ve dilemma oluşmaktadır.¹³³⁷ Öncelikle kurumsal güvencelerin, norm ihdas eden organlara yöneldiğini belirlemek gerekir. Dolayısıyla kurumsal anayasal haklar, büyük ölçüde yasama organına yükümlülük yükleyen haklardır.¹³³⁸ Burada, kurumsal anayasal hakların düzenlenmesinde, her kurumsal hakka özgü normatif standartlar söz konusu olur.¹³³⁹ Yasama organı, yeni bir norm ihdas ederken veya bir normu ilga ederken, kurumsal güvencelerin gereklilikleri ile bağlıdır. Aynı şekilde, yargı ve yürütme organları, kural yaratma kapasiteleri çerçevesinde, kurumsal güvencelerin gereklilikleri ile bağlıdır.¹³⁴⁰ Bu bağlamda, norm ihdası bakımından kurumsal anayasal haklarda düzenleme-sınırlama ayrımı gerçekleşir. Bir yasa, içsel (kurum-içi) amaçlar taşıması durumunda, bir düzenleme; dışsal (kurum-dışı (kamu yararı, kamu güvenliği vs.)) amaçlar taşıması durumunda sınırlama olarak kabul edilir.¹³⁴¹ Burada, özellikle ihdas edilen yasanın ilgili anayasal hakkın düzenlenme ihtiyacından kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirleyicidir. Normun ihdası bakımından kurumsal anayasal haklar için gerçekleştirilen

¹³³⁶ Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 86-87; Huber, "Bedeutungswandel der Grundrechte", s. 37; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 118 vd.; Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 261; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 283 vd., 300; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 118-119; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 16-17; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26-27; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 248.

¹³³⁷ Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten**, s. 5; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 70-71.

¹³³⁸ Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 88.

¹³³⁹ Krş. Bumke, **Ausgestaltung von Grundrechten**, s. 7-8; Guckelberger, "Schranken der Grundrechte", Rn. 12.

¹³⁴⁰ Kurumsal güvencenin diğer üç erke de uygulanabileceği yönünde bkz. Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 871 vd.

¹³⁴¹ Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 52-53, 92; Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, "Die Ausgestaltung von Grundrechten", **JuristenZeitung**, 77. Jahrg., No. 20, 21. Oktober 2022, pp. 961-970, s. 963 vd.

düzenlemeler, her halükârda öze dokunma yasağı ile bağlıdır. Yasanın bir sınırlama teşkil etmesi durumunda, ilgili yasanın bütün anayasal gereklilikleri (ölçülülük vs.) karşılaması gerekir. Ancak bir normun yalnızca uygulanmasında kurumsal güvenceler geçerli olmayacaktır. Bu durum, kamulaştırma örneği ile açıklanabilir. Kamulaştırmanın yasayla oluşturulmasında, yasama organı kurumsal güvencelerle bağlıdır. Ancak kamulaştırmanın idare tarafından, bireyin haklarına müdahale edecek şekilde uygulanmasında, devlet artık kurumsal güvenceler değil, bireyin doğrudan negatif statü haklarının devlete yüklediği negatif edim yükümlülüğünün gereklilikleri ile bağlı olacaktır. Dolayısıyla normun ihdasının yanı sıra, normun uygulanması durumlarında, kurumsal güvencenin gerektirdiği bir öz güvencesi ile sınırlı olmadan ölçülülük ilkesi de dahil olmak üzere şekli ve maddi anayasal gereklilikler geçerli olacaktır. Kurumsal güvenceler ise bir normun ihdası veya ilgası söz konusu olduğunda geçerli olacaktır. Bu itibarla, kurumsal güvenceler, özellikle yasama organının temel normatif alanlara dokunmasını yasaklayarak bir tür ek güvence sağlar. Kişilerin hukuki konumlarından bağımsız olarak kurumsal anayasal hakların teminatı bu şekilde korunur. Bu nedenle, ilgili kişinin sübjektif haklarının ihlali söz konusu olmasa bile, devletin müdahalesi yine bir ihlal teşkil edebilir.¹³⁴²

Kurumsal anayasal haklarda, yasama organının yasa ile bir hakkı sınırlayıp sınırlamadığına bakılmaksızın, her yasanın negatif edim yükümlülüğü bakımından değerlendirilmesi gerekirken, yasama organının bu haklar için bir yasa çıkarmaması ve dolayısı ile hakkın kullanımını şekillendirmediği/geliştirmedeği durumun ise pozitif edim yükümlülüğü bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.¹³⁴³ Kurumsal hakların içerikleri, diğer anayasal hakların aksine sadece yasal sistem tarafından oluşturulduğundan¹³⁴⁴, yasamanın aynı zamanda bu hakların içeriklerini ve kullanım temellerini oluşturma yükümlülüğü vardır. Bu yüzden kurumsal hakların yasal olarak düzenlenmesinde, diğer anayasal haklara nazaran yasama organının daha fazla takdir alanı mevcuttur.¹³⁴⁵ Kurumsal anayasal haklar, objektif olarak önceden oluşmuş bu sosyal

¹³⁴² Sınırlandırma bakımından yapılan bu ayrımı Kloepfer'in metninden elde edebiliriz. Bkz. Kloepfer, "Einrichtungsgarantien", s. 936. Benzer yönde bkz. Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 122-123; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 137-138; Guckelberger, "Schranken der Grundrechte", Rn. 12. Farklı yönde bkz. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 19; Jarass, "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", s. 630-631. Aksi yönde bkz. Hufen, **Staatsrecht II**, s. 60.

¹³⁴³ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 97.

¹³⁴⁴ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 249-250; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 16-17.

¹³⁴⁵ Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 96-97; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 252-253.

varlıkları ve dolayısıyla sürekliliği kurumsal güvencelerle garanti altına alınan hukuki pozisyonları korur.¹³⁴⁶ Nitekim kurumsal anayasal haklar, yasal düzeyde oluşturulan ve hakkın içeriğini meydana getiren belirli bir norm grubunun (*Normkomplexe*) mevcudiyetini güvence altına alır. Bununla birlikte bu norm grubuna yönelen her değişiklik, kurumsal güvenceyi ihlal etmez. Bu sebeple, kurumsal anayasal haklar, mutlak bir statüko güvencesi vermez ve fakat bir öz güvencesi verir. Burada, bu norm grubuyla oluşturulan kurumun içeriğinin özüne müdahale edilmesi, bu kurumsal güvenceyi ihlal eder.¹³⁴⁷

Kurumsal anayasal hakların yapısından kaynaklanan bir içkin sınırlamaya sahip olması, yukarıda kurumsal anayasal haklar için yapılan düzenleme-sınırlama ayırımına dayanmaktadır. Kurumsal anayasal haklar, bir yandan yasal düzeyde ilgili kurumu ilgilendiren normun/normların ihdası ve ilgasına karşı bir sübjektif hak oluştururken, diğer yandan normların uygulanmasına ilişkin bir sübjektif hak sağlar. Kurumsal anayasal haklarda söz konusu olan içkin sınırlama, normların uygulanmasına ilişkin sübjektif haklarda meydana gelir. Burada hakkın kurumsal yapısı, devletin negatif edim yükümlülüğünü belirli ölçülerde daraltmaktadır.¹³⁴⁸ Bu hususun temel sebebi, kurumların yapısında yatmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere kurumlar,

¹³⁴⁶ Klopfer, "Einrichtungsgarantien", s. 934; Häberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, s. 97.

¹³⁴⁷ Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", s. 33; Anschütz, **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, s. 520; Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 88; Huber, "Bedeutungswandel der Grundrechte", s. 43; Stern, "Die Einrichtungsgarantien", s. 868-870; Stern, "Einleitung", s. 29; Klopfer, "Einrichtungsgarantien", s. 934; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 38-39; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 298; Starck, "Artikel 1", s. 100-101; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 59; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 41; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 122; Bumke - Voßkuhle, **German Constitutional Law**, s. 73; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 16-17; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 26. Bir kamu hukuku kurumu olarak kabul edilen öz yönetim hakkı için İmparatorluk/Federal Hukuk Mahkemesi, 10/11 Aralık 1929 tarihinde bir öz güvencesinin varlığından bahsetmiştir. Bkz. *RGZ 126, 14 (22) - Preußen. Selbstverwaltungsrecht. Eingemeindungen* [1929]: "(Bölge) Yasama organı, bu hakkı [öz yönetim hakkını] ortadan kaldıramaz. Aynı zamanda, öz yönetim hakkının içini boşaltacak, etkin faaliyetini kaybedecek ve yalnızca görünüşte bir mevcudiyete yol açacak şekilde sınırlandıramaz." Ayrıca bkz. *BVerfGE 93, 165*, para. 22 [1995]: "Miras vergisinin düzenlenmesi/yapısı ve değerlendirilmesi, bir vasiyet hazırlama özgürlüğünü ve akrabaların miras hakkı ilkesini içeren miras hakkının temel öz güvencesini korumalıdır. Miras vergisinin kurumsal bir hak ve bireysel bir hak olarak miras hakkının anlamını ve fonksiyonunu yok etmemeli ve değersiz hale getirmemelidir." Krş. Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 119. Ehlers ise mülkiyet hakkı özelinde burada pozitif yükümlülükler için uygulanan asgarilik yasağının (asgarilik yasağı için bkz. **Bölüm 1.4.1.2.1.**) söz konusu olduğunu belirtir. Bkz. Dirk Ehlers, "Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 51, Berlin, Walter de Gruyter, 1992, s. 216.

¹³⁴⁸ Krş. Degenhart, "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", s. 261.

toplumsal yapıda, kendiliğinden ve doğal bir şekilde meydana gelir ve bu sebeple olgusal normatif yapılar¹³⁴⁹ meydana getirir. Dolayısıyla, olguda meydana gelen ve fakat norm metnine yansımayan normatif gereklilikleri de kurumsal anayasal hakların içeriğine ve normatif argümanlarına taşır. Norm metnine yansımayan normatif gereklilikler, anayasal hak normunun hukuki sonucunu veya hakkın kapsamını daraltabilmektedir. Bunu özellikle hakkın süjesine bazı yükümlülükler yükleyerek veyahut hakkın gerçekleşmesine bazı şartlar koyarak gerçekleştirir. Sözgelimi, kişilerin evlenmesi için belirli sağlık kontrollerinden geçme şartının konması evlenme hakkına veyahut belirli bir yaştan üstünde bulunan yaşlı kişilerin mülkiyetlerini devredebilmeleri için akıl sağlığı raporu alma şartının öngörülmesi mülkiyet hakkına getirilen tahditlerdir. Burada kurumun muhafazasına yarayan ve yasal düzeyde de güvence altına alınan ön şartlar, anayasal hakların kapsamını daraltır ve kişiler bu yöndeki talepler için subjektif haklarının korumasını tetikleyemez.¹³⁵⁰

Anayasal hakları tahdit etmeyen sınırlamalar da söz konusu olur. Kurumun muhafazasına değil, genel olarak toplumsal ve/veya bireysel yarara hizmet eden ve hak süjesine yüklenen yükümlülükler, anayasal hakların kapsamını daraltmaz ve fakat hak sahibinin normatif argümanlarını zayıflatır. Bunun en önemli göstergesi basın özgürlüğünde görülebilir. AİHS Madde 10/2’de, hakkın kullanılmasının yanında hak süjesine görev ve sorumluluk da yüklediği ifade edilmektedir. Bu “görev ve sorumluklar”, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin¹³⁵¹ yanı sıra özellikle basın mensupları¹³⁵² için geçerli olan ve hak süjesine, hassas kamusal konularla ilgili beyanlarında

¹³⁴⁹ Bkz. Stern, “Die Einrichtungsgarantien”, s. 785, 788; Kloepfer, “Einrichtungsgarantien”, s. 931.

¹³⁵⁰ Bu yaklaşımı von Münch/Mager’in düzenlemenin sınırı için öngördüğü fonksiyonellik ve elverişlilik şartlarından elde edebiliriz. Bkz. von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 32. Bir yasanın ilgili kurum çerçevesinde öngördüğü yükümlülüğün kurumun içeriğini sınırlandırmaktan ziyade içeriğini belirginleştirmesi ve kurumu muhafaza etmesi aslında düzenlemenin fonksiyonelliğine işaret eder. Krş. Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 52-53, 92; Kingreen - Poscher, “Die Ausgestaltung von Grundrechten”, s. 963 vd.

¹³⁵¹ *Rekvényi v. Hungary*, App. No. 25390/94, GC Judgment of 20 May 1999, para. 43; *Guja v. Moldova*, App. No. 14277/04, GC Judgment of 12 February 2008, para. 68. Ayrıca bkz. **Bölüm 2.3.3.**

¹³⁵² *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, App. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991, para. 61-65; *Fressoz and Roire v. France*, App. No. 29183/95, GC Judgment of 21 January 1999, para. 52; *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, App. No. 21980/93, GC Judgment of 20 May 1999, para. 65; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, App. No. 21279/02; 36448/02, GC Judgment of 22 October 2007, para. 67. Ayrıca bkz. *Emin Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/2602, Karar Tarihi 23.01.2014, para. 47; *İlhan Cihaner Başvurusu* (2), Baş. No. 2013/5574, Karar Tarihi 30.06.2014, para. 60; *Kadir Sağdıç Başvurusu*, Baş. No. 2013/6617, GK Karar Tarihi 08.04.2015, para. 53; *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Baş. No. 2015/18567, GK Karar Tarihi 25.02.2016, para. 89; *Orhan Pala Başvurusu*, Baş. No.

yasadışı siyasal şiddete yol açmaması için yükümlülük yükleyen¹³⁵³ bir klozdur. Sorumlu basın bağlamında¹³⁵⁴, AİHM, basının, sözelimi bir bilgiyi kamuya arz etmeden önce makul bir ölçüde kontrol etmesi gerektiğini belirtir.¹³⁵⁵ Aynı şekilde basının demokratik bir sistemdeki önemi¹³⁵⁶, devlete basını tekelleşmeye karşı koruma yükümlülüğü de vermiştir.¹³⁵⁷ Dolayısıyla, kurumsal anayasal haklarda, hak sülerine

2014/2983, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 46; *Önder Balıkçı Başvurusu*, Baş. No. 2014/6009, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 43; *KAOS GL Derneği Başvurusu*, Baş. No. 2014/18891, Karar Tarihi 23.05.2018, para. 41; *Kemal Baytaş Başvurusu*, Baş. No. 2016/1314, Karar Tarihi 04.07.2019, para. 44; *Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2016/12313, GK Karar Tarihi 26.12.2019, para. 43-44.

¹³⁵³ *Ceylan v. Turkey*, App. No. 23556/94, Commission Report of 11 December 1997, para. 42; *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, App. No. 21980/93, GC Judgment of 20 May 1999, para. 65; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, App. No. 21279/02; 36448/02, GC Judgment of 22 October 2007, para. 67. Ayrıca bkz. *KAOS GL Derneği Başvurusu*, Baş. No. 2014/18891, Karar Tarihi 23.05.2018, para. 46; *Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2016/12313, GK Karar Tarihi 26.12.2019, para. 44; *Hacı Boğatekin Başvurusu* (6), Baş. No. 2020/3630, Karar Tarihi 19.10.2022, para. 52.

¹³⁵⁴ *Pentikäinen v. Finland*, App. No. 11882/10, GC Judgment of 20 October 2015, para. 90; *Kaçki v. Poland*, App. No. 10947/11, Judgment of 4 July 2017, para. 48-52. Ayrıca bkz. *Emin Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/2602, Karar Tarihi 23.01.2014, para. 47; *İlhan Cihaner Başvurusu* (2), Baş. No. 2013/5574, Karar Tarihi 30.06.2014, para. 60; *Kadir Sağıdıç Başvurusu*, Baş. No. 2013/6617, GK Karar Tarihi 08.04.2015, para. 53; *R.V.Y. A. Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1429, Karar Tarihi 14.10.2015, para. 35; *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Baş. No. 2015/18567, GK Karar Tarihi 25.02.2016, para. 89; *Orhan Pala Başvurusu*, Baş. No. 2014/2983, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 48; *Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2016/12313, GK Karar Tarihi 26.12.2019, para. 43-44.

¹³⁵⁵ *Fressoz and Roire v. France*, App. No. 29183/95, GC Judgment of 21 January 1999, para. 54; *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, App. No. 21980/93, GC Judgment of 20 May 1999, para. 65; *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (Nos. 1 and 2)*, App. No. 3002/03; 23676/03, Judgment of 10 March 2009, para. 42; *Kasabova v. Bulgaria*, App. No. 2238503, Judgment of 19 April 2011, para. 63-68; *Pentikäinen v. Finland*, App. No. 11882/10, GC Judgment of 20 October 2015, para. 90; *Kaçki v. Poland*, App. No. 10947/11, Judgment of 4 July 2017, para. 48. Ayrıca bkz. *İlhan Cihaner Başvurusu* (2), Baş. No. 2013/5574, Karar Tarihi 30.06.2014, para. 61; *Kadir Sağıdıç Başvurusu*, Baş. No. 2013/6617, GK Karar Tarihi 08.04.2015, para. 54; *Orhan Pala Başvurusu*, Baş. No. 2014/2983, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 47.

¹³⁵⁶ *BVerfGE 20, 162 (174-175)* - Spiegel [1966]. Nitekim AİHM, basın için demokratik sistemdeki bekçi köpeği tabirini kullanır. Bunun için bkz. *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satakunta Oy v. Finland*, App. No. 931/13, GC Judgment of 27 June 2017, para. 126; *Axel Springer AG v. Germany*, App. No. 39954/08, GC Judgment of 7 February 2012, para. 79; *The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 13166/87, Judgment of 26 November 1991, para. 50; *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, App. No. 21980/93, GC Judgment of 20 May 1999, para. 59. Benzer ifadeler Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer almıştır. Bkz. *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/2623, GK Karar Tarihi 11.11.2015, para. 32

¹³⁵⁷ *BVerfGE 20, 162, (175-176)* - Spiegel [1966]. Aynı yöndeki AİHM'in kararları bakımından bkz. *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, App. No. 13914/88 and 4 others, Judgment of 24 November 1993, para. 38; *Manole and Others v. Moldova*, App. No. 13936/02, Judgment of 17 September 2009, para. 99-100. Aynı yöndeki Türk Anayasa Mahkemesinin

getirilen yükümlülükler hak sahiplerinin normatif argümanlarını zayıflatabilmekte ve bu da anayasal hak normunun hukuki sonucunun doğmasına etkide bulunmaktadır.

Toparlamak gerekirse, kurumsal anayasal hakların kapsamını belirleyen norm grubunu değiştiren bir yasa bakımından düzenleme-sınırlama ayrımı yapılır. Düzenleme söz konusu olduğunda, ilgili yasanın hakkın özüne dokunup dokunmadığı incelenir. Sınırlama söz konusu olduğunda ise yasanın bütün anayasal gereklilikleri yerine getirip getirmediği incelenir. Burada ihdas edilen bu norm grubunun uygulanmasını ayrı bir şekilde değerlendirmek gerekir. Bu norm grubunun uygulanmasında hak sahiplerine hakkın kullanımı için getirilen yükümlülükler, ilgili kurumun korunmasını sağlıyorsa, bu yükümlülüklerin hakkın kapsamına müdahale etmediğini kabul etmek gerekir. Ancak getirilen bu yükümlülükler dışsal (kurum-dışı) amaçları -sözgelimi kamu yararını, kamu güvenliğini, kamu sağlığını vs.- yerine getirmeyi amaçlıyorsa, bu müdahalenin anayasada öngörülen gereklilikler uyarınca meşrulaştırılması gerekir. Düzenleme söz konusu olduğunda gerek genel-soyut normda gerekse de normun uygulanmasında, yasama organına verilen daha geniş takdir alanı ve düzenlemenin yalnızca hakkın özüne dokunmama gerekliliği ile sınırlanması, kurumsal anayasal hakların içkin sınırlarını oluşturan temel unsurlardır.

2.3.5. Mücadeleci Demokrasinin Sınırlayıcı Etkisi

Demokrasinin günümüzdeki görünümü haline gelen mücadeleci demokrasi, büyük ölçüde anayasal hakların yorumlanmasına ve sınırlanmasına/tahdit edilmesine de etkide bulunur. Bu kapsamda, mücadeleci demokrasi kavramının tarihsel gelişimi (2.3.5.1.), mücadeleci demokrasinin kriterleri (2.3.5.2.) ve mücadeleci demokrasinin anayasal hakların sınırlanmasına ve tahdit edilmesine olan etkisi (2.3.5.3.) incelenecektir.

2.3.5.1. Tarihsel Gelişim

Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin (NSAİP) Berlin'deki yayın organı olan "Der Angriff" gazetesinde 30 Nisan 1928 tarihinde Goebbels şu cümleleri sarfetmiştir:¹³⁵⁸

kararları bakımından bkz. AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, Karar Tarihi 21.09.2004; Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A. Ş. Başvurusu, Baş. No. 2014/11028, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 60, 66; Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu (2), Baş. No. 2015/3369, Karar Tarihi 08.02.2018, para. 23; Medya İzmir Basın Yayın Rek. San. ve Tic. A. Ş. Başvurusu, Baş. No. 2015/7019, Karar Tarihi 08.02.2018, para. 23; Ömür Radyo Televizyon Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu, Baş. No. 2015/14943, Karar Tarihi 21.02.2018, para. 23.

¹³⁵⁸ Joseph Goebbels, "Was wollen wir im Reichstag?", **Der Angriff: Aufsätze aus der**

“Demokrasinin cephaneliğinde bize kendi silahlarını sağlaması için Reichstag’a gidiyoruz. Weimar ruhunu kendi destekleriyle felç etmek için Reichstag’a vekil oluyoruz. Demokrasi bize bedava bilet ve yevmiye verecek kadar aptalsa, bu onun bileceği iştir. Bunun için endişelenmiyoruz. Durumu bugün olduğu gibi kökten değiştirmek için her türlü yasal yol bizim için doğrudur...Dost olarak gelmiyoruz, bitaraf olarak da gelmiyoruz. Düşman olarak geliyoruz! Kurdun koyun sürüsünün arasına girdiği gibi geliyoruz.”

Çeşitli olgusal sebeplerle¹³⁵⁹ 1933’te iktidara gelen NSAIİP, 24 Mart 1933’te çıkarılan Yetki Kanunu/Halkın ve İmparatorluğun İhtiyaçlarını Karşılama Kanunu (*Ermächtigungsgesetz/Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) ile nihayetinde Weimar İmparatorluk Anayasası’nı şekli olarak değil ve fakat maddi olarak ortadan kaldırarak, soykırımlara ve büyük yıkımlara yol açan Üçüncü İmparatorluk (*Drittes Reich*) dönemini başlatmıştır.¹³⁶⁰

Anayasanın veya en azından devletin kendisini koruması düşüncesini ve mücadeleci demokrasi anlayışının nüvelerini Platon’a¹³⁶¹ ve Aristoteles’e¹³⁶² kadar götüren yazarlar da bulunmaktadır.¹³⁶³ Anayasanın düşmanlarına karşı korunması gerekliliği, 19. yüzyılda gerek anayasalarda¹³⁶⁴, gerekse öğretilerde¹³⁶⁵ belirmektedir.¹³⁶⁶

Kampfzeit, Ed. by Joseph Goebbels, München, Franz Eher Nachfolger, 1935, s. 71, 73.

¹³⁵⁹ Hopfauf, “Einleitung”, s. 54-55; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 23-24.

¹³⁶⁰ Michael Stollies, **A History of Public Law in Germany: 1914-1945**, 2. Auflage, Trans. by Thomas Dunlap, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 249 vd.; Michael Stollies, **The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany**, Trans. by Thomas Dunlap, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, s. 12 vd. Hopfauf, “Einleitung”, s. 54; Stern, “Einleitung”, s. 9; Kloepper, **Verfassungsrecht II**, s. 7; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 27; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 149; Horst Dreier, “Die Zwischenkriegszeit”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, s. 186 vd.

¹³⁶¹ Bkz. Plato, **Laws**, Vol. II, Trans. by R. G. Bury, London, William Heinemann, 1926, s. 47 vd., 538 vd.

¹³⁶² Bkz. Aristotle, **Politics**, s. 196 vd.

¹³⁶³ Bkz. Erhard Denninger, “„Streitbare Demokratie“ und Schutz der Verfassung”, **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, s. 680-681; Uwe Backes, **Schutz des States: Von der Autokratie zur streitbaren Demokratie**, Wiesbaden, Springer, 1998, s. 7 vd.

¹³⁶⁴ Bkz. 1848 tarihli Fransız Anayasası Madde 1, 101 vd.; 1818 tarihli Bavyera Krallık Anayasası, 10. Başlık (“Anayasanın Güvencesi”); 1831 tarihli Saksonya Krallık Anayasası, Madde 138 vd.; 1849 tarihli Paulskirchenverfassung, 7. Kısım.

¹³⁶⁵ Carl v. Rotteck, **Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften**, Bd. II, Stuttgart, Gebrüder Franckh, 1830, s. 279 vd.; Schmitthenner, **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, s. 422.

¹³⁶⁶ Ulrich Scheuner, “Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz”, **Um Recht und Gerechtigkeit: Festgabe für Erich Kaufmann**, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1950, s. 314;

Nitekim öğretide yapılan yukarıya karşı koruma - aşağıya karşı koruma ayrımı çerçevesinde, bireylere verilen demokratik olmayan yöntemlerle yönetime gelen iktidara karşı verilen direnme hakkı, yukarıya karşı koruma olarak değerlendirilmiştir.¹³⁶⁷ Bu bağlamda, yukarıya karşı anayasanın korunmasının kökeni de Protestan veya Katolik monarkomaklara¹³⁶⁸ kadar uzanmaktadır. Weimar demokrasisinin, demokrasi düşmanları tarafından yıkılması, Weimar Anayasa sisteminin anayasayı koruyacak araçlara sahip olmadığını göstermez.¹³⁶⁹ Gerçekten de Weimar anayasal sistemi içerisinde, anayasayı korumak için birçok yasa ve olağanüstü hal yönetmeliği vardır ve bunlar Weimar döneminde aktif olarak kullanılmıştır.¹³⁷⁰ Nitekim sadece NSAİP, Weimar döneminde, çoğunlukla 21 Temmuz 1922 tarihli Cumhuriyetin Korunması Kanunu (*Gesetz zum Schutze der Republik*) Madde 14/2'ye¹³⁷¹ dayanarak, biri

Johannes Lameyer, **Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung**, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, s. 17; Denninger, „Streitbare Demokratie“ und Schutz der Verfassung”, s. 681-682.

¹³⁶⁷ Fuhrmann, **Antiextremismus und wehrhafte Demokratie**, s. 93-94, 96; Hans-Jürgen Papier - Wolfgang Durner, „Streitbare Demokratie”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 128, No. 3, 2003, pp. 340-371, s. 348-349; Christoph Gusy, „Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 105, No. 2, 1980, pp. 279-310, s. 309; Hans Hugo Klein, „Verfassungstreue und Schutz der Verfassung”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 37, Berlin, Walter de Gruyter, 1979, s. 54. Farklı yönde bkz. Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 105.

¹³⁶⁸ Monarkomaklar için bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları - Levent Köker, **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, 6. Baskı, Ankara, İmge, 2013, s. 309 vd.; Mehmet Ali Ağaoğulları, **Sokrates'ten Jakobnlere Batı'da Siyasal Düşünceler**, 4. Baskı, İstanbul, İletişim, 2013, s. 392 vd.; Recai Galip Okandan, **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968, s. 527 vd.; Touchard, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, s. 295 vd.; George Sabine, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, C. II, Çev. Alp Öktem, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969, s. 48 vd.; Stephan Junius Brutus, **Vindiciae, Contra Tyrannos**, Translated by George Garnett, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, s. 37-50; Otto von Gierke, **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. IV, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1913, s. 344-345; Otto von Gierke, **Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800**, Translated by Ernest Barker, London, Cambridge University Press, 1934, s. 70; Ayferi Göze, „Onaltıncı Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme Hakkı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 34, Sayı: 1-4, 1969, pp. 243-277, s. 264-265; Tosun, **Bölgeli Devlet**, s. 42-43.

¹³⁶⁹ Weimar Cumhuriyeti'nin bu şekilde savunmasız olduğu yönünde bkz. *BVerfGE* 5, 85 (138) - KPD-Verbot [1956].

¹³⁷⁰ Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 93-94; Fuhrmann, **Antiextremismus und wehrhafte Demokratie**, s. 101-102; Markus Thiel, „Germany”, **The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies**, Ed. by Markus Thiel, Farnham, Ashgate, 2009, s. 129; Peter Graf Kielmansegg, „Die Verfassung von Weimar: Versuch einer Neueinschätzung”, **Jahrbuch Extremismus & Demokratie (E & D)**, Ed. by Uwe Backes - Alexander Gallus - Eckhard Jesse - Tom Thieme, Baden-Baden, Nomos, 2019, s. 57-58.

¹³⁷¹ Cumhuriyetin Korunması Kanunu, Madde 14/2: Belirtilen bu türden tartışmaların yapıldığı veya bu tür çabaların yürütüldüğü [Aynı Kanunun Madde 1 ila 8'de atıfta bulunulan ceza suçları] veya belirli bir kişinin tahta geçmesini teşvik eden topluluklar ve dernekler yasaklanabilir

İmparatorluk geneli olmak üzere toplamda 16 defa, 1 veya 2 yıllık sürelerle kapatılma yaptırımlarına tabi tutulmuştur.¹³⁷² Bununla birlikte, bu önlemlerin birçoğu, özellikle ilan edilen olağanüstü hallerde uygulanabilmiştir.¹³⁷³ Weimar döneminde çok sayıda ilan edilen yasaklar Weimar Cumhuriyeti'ndeki parti yasağının körelen bir silah olduğunu göstermiştir. Zira yasaklar etkili bir şekilde uygulanmamış ve genellikle kısa süre sonra kaldırılmıştır.¹³⁷⁴

Weimar döneminde oluşan öğretide, özellikle Carl Schmitt'in eserlerinde mücadeleci demokrasinin temel öğeleri görülmektedir.¹³⁷⁵ Schmitt'e göre, normal bir devlet, devlet ve toprakları içinde tam bir barışın sağlanmasından, barış, güvenlik ve düzenin tesis edilmesinden ve böylece yasal normların varlığını sürdürebilmesi için ön koşul olan normal durumu yaratmasından elde edilir. Çünkü her norm, normal bir durumu varsayar ve hiçbir norm ona göre tamamen anormal olan bir duruma uygulanamaz.¹³⁷⁶ Kritik durumlarda, devlet içinde barışa duyulan bu ihtiyaç, siyasi bir varlık olarak devletin var olduğu sürece "iç düşmanı" da belirlemesi anlamına gelir.¹³⁷⁷ Devlet, devlete düşman, devleti engelleyen, devleti bölen hiçbir gücün doğmasına izin vermez. Yeni iktidar araçlarını kendi düşmanlarına ve yok edicilerine liberalizm veya hukuk devleti gibi herhangi bir kapsam çerçevesinde olsa bile teslim etmeyi düşünmez. Böyle bir devlet, dost ile düşmanı ayırt edebilir.¹³⁷⁸ Bu bağlamda, Schmitt, dost ve düşman arasındaki ayrımı siyasetin temel bir özelliği olarak görmüştür.¹³⁷⁹ Schmitt aynı zamanda, anayasanın muhteviyatını belirleyen siyasal kararların da anayasa değişikliği ile değiştirilemeyeceğini ve ihlal edilemeyeceğini ifade eder. Bu bağlamda,

ve feshedilebilir.

¹³⁷² Katrin Stein, "Parteiverbote in der deutschen Verfassungsgeschichte vom Vormärz bis zum Ende der Weimarer Republik", **Zeitschrift für Parlamentsfragen**, Vol. 32, No. 3, 2001, pp. 536-550, s. 546-547.

¹³⁷³ Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 94.

¹³⁷⁴ Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 94; Thiel, "Germany", s. 129.

¹³⁷⁵ Jaschke, **Streitbare Demokratie und Innere Sicherheit**, s. 9-10; Papier - Durner, "Streitbare Demokratie", s. 345.

¹³⁷⁶ Carl Schmitt, **Der Begriff des Politischen**, München, Duncker & Humblot, 1932, s. 34; Carl Schmitt, **The Concept of the Political**, Trans. by George Schwab, 2.Edition, Chicago, Chicago University Press, 2007, s. 46; Carl Schmitt, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, 2. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 75.

¹³⁷⁷ Schmitt, **Der Begriff des Politischen**, s. 34; Schmitt, **The Concept of the Political**, s. 46-47; Carl Schmitt, **Siyasal Kavramı**, s. 75.

¹³⁷⁸ Carl Schmitt, "Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (Januar 1933)", **Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles: 1923-1939**, Ed. by Carl Schmitt, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940, s. 186.

¹³⁷⁹ Jaschke, **Streitbare Demokratie und Innere Sicherheit**, s. 10.

devlet yapılanması (cumhuriyet, monarşi, federal devlet vs.), vatana ihanet düzenlemesi ve temel haklar, anayasa koyucunun siyasi kararları içerisinde yer alır. Bu anlamda anayasa metninde öngörülen anayasa değişiklik usulüyle değiştirilemez.¹³⁸⁰ Temel yapı doktrinin kurucusu olan Schmitt, anayasaların anayasa koyucunun değerleriyle bağlı olduğunu kabul ederek mücadelecı demokrasinin de temelini atmıştır. Schmitt'e göre, tarafsız değerlerle anayasanın yorumlanması, mutlak tarafsızlık derecesine kadar gider ve yasallığın kendisini ortadan kaldırmanın yasal yolunu sunar ve dolayısıyla tarafsızlığı ile kendini yok eder. Bu bağlamda, her anayasanın kendi özünü savunacak temel değerlerinin bulunması gerekir.¹³⁸¹ Zira sınırsız hoşgörü, hoşgörünün yok olmasına yol açar. Bu yüzden, hoşgörüsüz olanlara hoşgörünün gösterilmesi gerekir.¹³⁸²

Hans Kelsen'in ise trajik bir şekilde mücadelecı demokrasinin aksine bir tutum aldığı görülmektedir. Kelsen'e göre demokrasi, kendisini rakiplerine karşı en az savunan yönetim biçimidir. Kelsen'in ifadesiyle, "en kötü düşmanını kendi memesinden beslemek zorunda kalması onun trajik bir kaderi" gibi görünmektedir.¹³⁸³ Buna göre, demokrasinin kurallarına/usullerine sadık kalındığı müddetçe, demokrasiyi yok etmeye yönelik bir harekete müsamaha gösterilmeli ve hatta herhangi bir siyasi bir kanaat gibi gelişme fırsatı tanınmalıdır. Bir halkı en büyük kötülüğün kendi hakkı olduğuna inandırmayı başarmış olması dolayısıyla bir halkın kendisine verilen hakların kendilerinden geri alınmasını istemesi ile demokrasi kendi öngördüğü usulle ortadan kaldırılır.¹³⁸⁴ Kelsen, demokrasi düşmanlarına karşı aktif müdahaleyi açıkça reddeder. Kelsen'e göre, çoğunluğun iradesine karşı zorla da olsa kendini savunmaya çalışan bir demokrasi, halihazırda demokrasi olmaktan çıkmıştır. Halka dayanan bir yönetim, kendi halkının iradesine karşı duramaz. Kelsen'in deyişiyle, "gemi batıyor olsa bile

¹³⁸⁰ Schmitt, **Verfassungslehre**, s. 24-28; Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 77-81; Carl Schmitt, **Legalität und Legitimität**, 8. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, s. 56; Carl Schmitt, **Legality and Legitimacy**, Trans. by Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2004, s. 57-58; Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016, s. 68-69; Schmitt, **Der Begriff des Politischen**, s. 13-15, 25-33; Schmitt, **The Concept of the Political**, s. 26-37, 45 vd.; Schmitt, **Siyasal Kavramı**, s. 56-58, 67-74.

¹³⁸¹ Schmitt, **Legalität und Legitimität**, s. 47, 58-59; Schmitt, **Legality and Legitimacy**, s. 48, 57-58; Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 56-57, 69. Ayrıca bkz. Papier - Durner, "Streitbare Demokratie", s. 345.

¹³⁸² Karl Popper, **The Open Society and Its Enemies**, 3. Edition, Princeton, Princeton University Press, 2013, s. 581.

¹³⁸³ Hans Kelsen, "Verteidigung der Demokratie (1932)", **Demokratie und Sozialismus: Ausgewählte Aufsätze**, Ed. by Hans Kelsen, Wiener, Volksbuchhandlung, 1967, s. 62.

¹³⁸⁴ Kelsen, "Verteidigung der Demokratie (1932)", s. 62.

bayrağına sadık kalmalısın.”¹³⁸⁵ Richard Thoma da halkın karar verici ve kesin/nitelikli çoğunluğunun yasal yollarla karar verdiği şeyin, mevcut anayasanın temel sütunlarını yıksa bile, bir isyan veya darbe olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.¹³⁸⁶

Nasyonal sosyalistler iktidara gelip, Weimar Cumhuriyeti’ni yıktıktan sonra, Alman mülteciler olan Karl Loewenstein¹³⁸⁷ ve Karl Mannheim¹³⁸⁸ birbirlerinden bağımsız olarak mücadeleci demokrasiyi inşa etmiştir.¹³⁸⁹

2.3.5.2. Mücadeleci Demokrasinin Temel Kriterleri

Bugün artık bir demokrasinin, mücadeleci demokrasi olup olmadığı değil ne ölçüde bir mücadeleci demokrasi olduğunun incelenmesi gerekir. Zira mücadeleci demokrasi, diğer demokrasi formlarıyla aynı ölçüdedir ve halihazırda aslında her demokrasi az veya çok mücadelecilik niteliği göstermektedir.¹³⁹⁰ Bu sebeple, demokrasilerin mücadeleliliğini belirlemek için çeşitli kriterler/unsurlar öngörülmüştür. Uwe Backes ve Eckhard Jesse, mücadeleci demokrasinin üç unsuru olduğunu ileri sürmüştür.¹³⁹¹ i) değerlerle bağlılık, ii) aktif koruma ve iii) savunma hazırlığı. Armin Scherb ise benzer bir üç unsur sunmuştur.¹³⁹² i) değerlere bağlılık, ii) sadakat yükümlülüğü ve iii) savunma hazırlığı. Hans-Jürgen Papier ve Wolfgang Durner, mücadeleci demokrasinin beş unsuru olduğunu ileri sürmüştür.¹³⁹³ i) değerlere bağlı demokrasi, ii) anayasal hakların etkisizleştirilmesi, iii) siyasi parti yasakları, iv) anayasaya düşman örgütlerin/derneklerin yasaklanması ve v) mücadeleci demokrasinin diğer görünüş biçimleri. Alexander S. Kirshner, daha ılımlı bir mücadeleci demokrasi öngörmüştür. Buna göre, mücadeleci demokrasinin üç temel ilkesi mevcuttur.¹³⁹⁴ i) demokratik olsun veya

¹³⁸⁵ Kelsen, “Verteidigung der Demokratie (1932)”, s. 62.

¹³⁸⁶ Richard Thoma, “Das Reich als Demokratie”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. I, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930, s. 193-194.

¹³⁸⁷ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I”, s. 417 vd.; Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, II, s. 638 vd.

¹³⁸⁸ Karl Mannheim, **Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist**, 3. Edition, London, Kegan Paul, 1945.

¹³⁸⁹ Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 97.

¹³⁹⁰ Otto Pfersmann, “Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability”, **Militant Democracy**, Ed. by András Sajó, Utrecht, Eleven International Publishing, 2004, s. 53.

¹³⁹¹ Backes, **Schutz des States**, s. 45; Eckhard Jesse, “Grenzen des Demokratieschutzes in der offenen Gesellschaft: Das Gebot der Äquidistanz gegenüber politischen Extremismen”, **Gefährdungen der Freiheit: Extremistische Ideologien im Vergleich**, Ed. by Uwe Backes - Eckhard Jesse, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, s. 499-500.

¹³⁹² Armin Scherb, **Der Bürger in der Streitbaren Demokratie: Über die normativen Grundlagen Politischer Bildung**, Wiesbaden, VS Verlag, 2008, s. 13 vd.

¹³⁹³ Papier - Durner, “Streitbare Demokratie”, s. 347 vd.

¹³⁹⁴ Kirshner, **A Theory of Militant Democracy**, s. 6-7.

olmasın bütün vatandaşların yönetime katılma hakkı, ii) parti yasakları gibi dışlama kuralları ve politikalarının yalnızca anti demokratların başkalarının haklarını ihlal etmesini engellemek için kullanılması ve iii) demokratların kendilerini yönetme çabalarının savunma eyleminden kaynaklanabilecek zararın sorumluluğu ile şekillenmesi. Markus Thiel, temel olarak Jesse ve Backes'ın bu üçlü unsurlarının içini açarak yedi kritere dönüştürür:¹³⁹⁵ i) ihlal edilemez ve devredilemez olan demokratik çekirdeğin anayasal koruması ii) aşırı siyasal partilere ve organizasyonlara muamelede farklılık ve bunların üyelerinin kamu görevine veya memuriyete girişinde farklı muamele, iii) demokratik sistemin ilgası için anayasal hakların kötüye kullanılmasına karşı önlemlerin alınması iv) bir darbe hazırlığı içerisinde olan bütün devlet kurumlarına, özellikle hükümete ve yargıya karşı alınan bütün önlemler, v) anayasanın idare tarafından korunması, vi) olağanüstü hal ve vii) demokratik sistemin korunmasına ilişkin olan diğer önlemler. Gereon Flümann ise mücadeleci demokrasi için beş unsur sayar: i) mücadeleci demokrasinin ön koşulları:¹³⁹⁶ siyasal sistem, siyasal kültür, hukuk kültürü, ii) anayasanın değerlerle olan bağlılığı, iii) aşırılık yanlısı örgütlere ve kişilere karşı ceza hukukunun ötesinde sınırlama araçları, iv) aşırılara karşı ceza tehdidi ve v) siyasi olarak aşırı kabul edilenlerin izlenmesi ve raporlanması. Svetlana Tyulkina, mücadeleci demokrasinin üç unsurunu şu şekilde sayar:¹³⁹⁷ i) demokrasinin korunması için yapılan ön hazırlık ii) önceden alınmış önlemler ve iii) demokrasi ve açık toplum tarafından verilen hakların demokratik yapıya zarar verecek şekilde kötüye kullanılmasının yasaklanması. Paulien de Morree'ye göre mücadeleci demokrasinin beş unsuru bulunmaktadır:¹³⁹⁸ i) demokrasinin bir ön şart olarak bulunması, ii) demokrasiyi yok etmek isteyenlere karşı önceden alınmış önlemler, iii) bu önlemlerin belirli olan düşmanları, diğer bir deyişle demokratik rejimi yok etmek isteyenleri hedef alması, iv) demokrasi tarafından sağlanan hak ve güvenceler aracılığıyla demokrasiye zarar verecek bu düşmanların eylemlerine odaklanması ve v) mücadeleci demokrasi tarafından alınan önlemlerin *prima facie* olarak demokratik olmaması.

Doktrinde sayılan bu unsurların neredeyse hepsi mücadeleci demokrasinin

¹³⁹⁵ Markus Thiel, "Comparative Aspects", **The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies**, Ed. by Markus Thiel, Farnham, Ashgate, 2009, s. 401.

¹³⁹⁶ Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 106, 119 vd.

¹³⁹⁷ Tyulkina, **Militant Democracy**, s. 14.

¹³⁹⁸ Paulien Elsbeth de Morree, **Rights and Wrongs under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights**, Utrecht, Intersentia, 2016, s. 148.

kapsamı içerisinde yer alır. Bununla birlikte, bu unsurları genel olarak iki kategoride toparlayabiliriz: i) anayasanın değerlerle bağlı olması ve ii) anayasanın (aktif-pasif) korunması. Anayasanın değerlerle bağlı olması, kurulu iktidarın anayasa koyucunun anayasaya ilişkin temel kararlarını değiştiremeyeceğini ifade eder. Bu hususu gösteren en iyi husus, anayasada formel olarak düzenlenen değişmezlik maddeleridir. Anayasaya ilişkin bu temel kararları yalnızca, anayasa koyucu olan kurucu iktidar verebilir. Yukarıda sayılan birçok unsur ise anayasanın korunmasının araçlarını oluşturur. Bu bağlamda, anayasanın pasif veya aktif korunması, aşırı siyasi partiler için kapatılma/yasaklama da dahil olarak birçok yaptırımın öngörülmesini, demokratik sisteme yönelik olan hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanmasını, özellikle iç savaş ve darbe için olağanüstü hâl ilanın öngörülmesini ve aşırı görüşlere sahip gerçek ve tüzel kişiler için hukuka yayılan diğer önlemlerin öngörülmesini kapsar. Bununla birlikte mücadeleci demokrasinin anayasayı koruyan araçları, yalnızca yukarıdan-aşağıya, diğer bir deyişle devletten bireye ve birey gruplarına uygulanmaz. Aynı şekilde, hükümetin, idari organların, ordunun, kısacası kamu tüzel kişilerinin ve kamu görevi yürüten görevlilerin demokratik düzeni yıkma girişimine karşı devletin önceden önlemler alması gerekir. Buna Alman Anayasası Madde 20/4'te düzenlenen direnme hakkı (*Widerstandsrecht*) örnek olarak gösterilebilir.¹³⁹⁹

2.3.5.3. Mücadeleci Demokrasinin Anayasal Hakların Sınırlanmasına ve Tahdit Edilmesine Etkisi

Değerler düzeni bölümünde¹⁴⁰⁰ Alman Anayasası'nda, Türk Anayasası'nda ve AİHS'te benimsenen temel değerler gösterilmiştir. Anayasalarda ve Sözleşme'de benimsenen bu temel değerlerin mücadeleci araçlarla korunması gerekir.

Gerek Türk Anayasası'nda gerek Alman Anayasası'nda anayasa koyucu, değiştirilemeyen maddeler ile anayasanın temel yapısını ve dolayısıyla anayasanın bağlı olduğu değerleri kurulu iktidara karşı güvence altına almıştır. Nitekim Türk anayasa koyucusu da Türk Anayasası'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesine, aslında benzer değerleri doğrudan anayasa metnine yerleştirmiştir. Benzer şekilde, AİHS'in Başlangıç bölümünden de AİHS bağlamında Avrupa Konseyi'ne

¹³⁹⁹ Bkz. Fuhrmann, **Antiextremismus und wehrhafte Demokratie**, s. 93-94, 96; Papier - Durner, "Streitbare Demokratie", s. 348-349; Gusy, "Die „freiheitliche demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", s. 309; Klein, "Verfassungstreue und Schutz der Verfassung", s. 54. Farklı yönde bkz. Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten**, s. 105.

¹⁴⁰⁰ Bkz. **Bölüm 2.2.4.**

üye devletleri tarafından benimsenen temel değerler çıkarılabilir.

Bu çalışma bakımından mücadelecı demokrasinin anayasayı koruma araçlarından biri olan hakkın kötüye kullanılması yasağı esas önemi teşkil eder.¹⁴⁰¹ Mücadelecı demokrasi kapsamında, hakkın kötüye kullanılması, özel hukukta olduğu gibi genel bir şekilde hakkın öngörüldüğü amacın dışında kullanılmasını ifade etmez.¹⁴⁰² Mücadelecı demokrasinin anayasayı koruma araçlarından birisinin söz konusu olabilmesi için hakkın kötüye kullanımının özel bir saik içermesi gerekir. Bu saik, özgür demokratik temel düzenin yıkmaya yönelik ve dolayısıyla özgür demokratik temel düzenin benimsediğı değerlerden herhangi birisini yok etmeyi amaçlayan saiktir. Demokratik temel düzenin benimsediğı değerlerden herhangi birisini yok etmeyi amaçlayan anayasal hak kullanımları, mücadelecı demokrasiye dayanarak ya görelileştirilmekte ve hak sahibinin normatif argümanını zayıflatmakta veyahut söz konusu davranışı veya pozisyonu anayasal hakkın kapsamından dışlamaktadır. Dolayısıyla mücadelecı demokrasinin hem sınırlayıcı hem de tahdit edici bir etkisi bulunabilmektedir. Mücadelecı demokrasinin anayasal hakları görelileştiren bu etkisi temel olarak insan imgesi, anayasanın ve anayasal hakların ön koşulları, anayasanın bütünlüğü ve değerler düzeni gerekçelerine dayanmaktadır. Toplumla bağı olan toplumsal bireyin, bu toplumsal düzeni yok etme hakkının bulunduğu kabul edilemez. Nitekim anayasada yer alan devletin temel amaçlarına, ilkelerine, şekline anayasa organlarına ilişkin yetkileri düzenleyen normlar ile anayasal hak normlarının bütüncül bir şekilde yorumlanması gerekir. Dolayısıyla anayasal hak normunun, diğer anayasal normları ilga edecek şekilde yorumlanması kabul edilemez. Devletin mevcudiyeti ve birliğı, anayasal hakların ön koşullarında bulunmaktadır.¹⁴⁰³ Bu bağlamda, bu ön koşulu yok edecek bir anayasal hak kullanımı söz konusu olamaz. Özgürlük, başkalarının özgürlüğünü yok etmek için kötüye kullanılması noktasında kendi sınırını ve hududunu bulur. Aksi bir durum, özgürlük güvencesinin kendi içerisinde paradoksal bir çelişki oluşturacaktır.¹⁴⁰⁴ Anayasada oluşan objektif değerler düzeni, ancak bu düzeni oluşturan temel

¹⁴⁰¹ Mücadelecı demokrasinin anayasayı koruma araçlarından biri olan olağanüstü hâl yetkileri de aslında burada ele alınabilir. Bununla birlikte olağanüstü haller, olağan hale göre anayasal hakların sınırlandırılmasında ayrı bir sınırlama rejimi oluşturur. Buna ek olarak, olağanüstü hallerde, anayasal hakların sınırlandırılmasına ve askıya alınmasına ilişkin normların açıkça anayasada yer alması, bu tez kapsamında belirlenen içkin sınırlama doktrini kavramı ile bağdaşmaz.

¹⁴⁰² Bunun için bkz. **Bölüm 2.1.2.2.4.**

¹⁴⁰³ Bkz. **Bölüm 2.2.3.4.**

¹⁴⁰⁴ Martin Morlok, "Parteiverbot als Verfassungsschutz: Ein unauflösbarer Widerspruch?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 2931-2942, s. 2932; Hopfauf, "Einleitung", s. 94.

değerlerin oluşmasıyla ve değerlere bağlı bir anayasanın mevcudiyeti ile mümkündür.

Mücadeleci demokrasinin görelileştirdiği anayasal haklar, özellikle demokrasi argümanlarına dayanan anayasal haklardır. İfade özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü hakları ve bireyin yönetime katılmasını sağlayan aktif statü hakları bu etapta ilk bahsedilmesi gereken haklardır. Bunların yanı sıra, mülkiyet hakkı, meslek özgürlüğü hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, haberleşmenin gizliliği hakkı ve din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı da mücadeleci demokrasiye bağlı bir şekilde içkin olarak sınırlandırılabilir haklardır. Burada belirleyici olan, bir anayasal hakkın özgür demokratik temel düzenin benimsediği değerleri yıkabilecek şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır. Bu bağlamda belirtilebilecek tek istisna insan onuru hakkı ve işkence yasağı gibi mutlak haklardır.

Sınırlamanın/Tahdidin nasıl gerçekleştirildiğini de belirlemek gerekir. Anayasal hakların kötüye kullanımının hangi durumda anayasal hakların kapsamından dışlandığının ve hangi durumda yalnızca anayasal hak sahibinin normatif argümanlarını zayıflattığının somutlaştırılması gereklidir. Mücadeleci demokrasi, demokratik temel düzenin ve anayasanın temel değerlerinin yok edilmesi *tehlikesine* karşı demokrasiye ve anayasaya kendilerini koruma araçları sağlar. Diğer bir deyişle, mücadeleci demokrasi, belirli bir tehlikenin önlenmesini hedefleyen bir doktrin figürüdür. Anayasanın aktif veya pasif olarak koruma araçlarının çalıştırılabilmesi için somut bir tehlikenin varlığı gereklidir. Aynı zamanda bu somut tehlikenin niteliğine ve olasılığına göre anayasal hakların tahdidi veya sınırlandırılması gerçekleşir.¹⁴⁰⁵ Nitekim her vakada, kişilerin, birey gruplarının ve tüzel kişilerin demokrasiye ve anayasa karşı oluşturabileceği tehlikelerin ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Sözelimi Alman anayasal sistemi veya AİHS çerçevesinde, bir kişinin Yahudi soykırımını inkâr eden ifadelerinden dolayı para cezası aldığını varsayalım. Bu kişinin bir siyasi kanaat önderi olması ile sade bir vatandaş olması arasında ciddi bir fark oluşur. Bir vatandaşın soykırımını inkâr etmesi, anayasaya ve demokrasiye karşı oldukça asgari ve soyut bir tehlike oluştururken, bir siyasi kanaat önderinin soykırımını inkâr etmesi, bu kanaat önderinin birçok takipçisini buna ikna etme imkânı söz konusu olduğundan azami bir somut tehlike meydana getirir. Burada vatandaşın kendisine verilen para cezasına karşı ifade özgürlüğü

Aksi yönde bkz. Wolfgang Hoffmann-Riem, "Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2004, pp. 2777-2782, s. 2781-2782.

¹⁴⁰⁵ AİHM'in *Refah Partisi* kararından yola çıkılarak somut tehlikenin niteliği ve olasılığı kriteri belirlenmiştir. Bkz. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. No. 41340/98 and 3 others, GC Judgment of 13 February 2003, para. 104, 107 vd.

hakkının normatif argümanı zayıflarken, siyasi kanaat önderinin ifadeleri, söz konusu somut tehlike sebebiyle ifade özgürlüğü hakkında tamamen dışlanır. Söz konusu somut tehlike vakanın koşullarına göre azalabilmektedir. Soykırım inkârı ifadelerin ülke genelinde bilinen bir komedyen tarafından ironi kullanılarak belirtilmesi veya komedi unsurlarının kullanılarak ifadelerin yumuşatılması durumunda, yalnızca ifade özgürlüğü hakkının normatif argümanlarının zayıfladığı kabul edilebilir. Türk anayasal sisteminde, sözelimi İslami bir dini örgütün/cemaatin/tarikatin/kültün liderinin, örgüt olarak bundan sonra şeri hükümlere uyacakları ve Türk Medeni Kanunu'na uymayacaklarını ve bir Müslümanın da uymaması gerektiğini beyan etmesi sonucunda hapis cezasına çarptırılması durumunda, bu örgüt lideri ifade özgürlüğü hakkında veyahut din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkında yararlanamaz. Ancak bu beyanları sıradan bir vatandaşın bir sokak röportajı sırasında ifade etmesi, bu kişinin ifade özgürlüğü hakkının veyahut din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının normatif argümanını zayıflatır. Bir örnek de sosyal medya üzerinden verilebilir. Bir deneyimleyicinin (*influencer*) sosyal medya üzerinden takipçilerine devlete baş kaldırı çağrısında bulunması ile on dört takipçisi olan bir sosyal medya kullanıcısının aynı ifadeleri sosyal medya üzerinden kullanması arasında da aynı fark vardır. Influencer/Deneyimleyici, ifade özgürlüğü hakkının kullanımından yararlanamazken, diğer sosyal medya kullanıcısının normatif argümanı zayıflatarak ifade özgürlüğü hakkında yararlanabilir. Nitekim burada bir davranış mücadeleci demokrasi kaydına dayanarak hakkın kapsamından dışlandığında, burada gerçekleştirilen tehdit için bir yasal dayanağa da ihtiyaç duyulmaz.

Son olarak hakkın kötüye kullanılması ile mücadeleci demokrasi kaydı arasındaki farka değinmek gerekir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bir hakkın amacı dışında kullanımını engelleyen bir tehdittir.¹⁴⁰⁶ Ancak mücadeleci demokrasi kaydı, anayasada benimsenen demokrasinin temel değerlerine, anayasa koyucunun temel kararlarına ve anayasanın temel değerlerine yönelen bir anayasal hak kullanımını ifade eder. Mücadeleci demokrasi kaydında anayasal hak yalnızca amacı dışında kullanılmamakta, aynı zamanda hakkın kullanımı anayasa koyucunun temel kararları ile çelişki içerisinde olmak zorundadır. Gerek Türk Anayasası Madde 14'te gerekse de AİHS Madde 17'de belirtilen hakkın kötüye kullanılması ibaresi, bu bağlamda yanıltıcıdır. Burada hem anayasa koyucu hem de Sözleşme'yi oluşturanlar, aslında bir mücadeleci demokrasi kaydı oluşturmuşlardır. Alman Anayasası Madde 18'de, Türk Anayasası Madde 14'te ve AİHS Madde 17'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması

¹⁴⁰⁶ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.4.**

yasağı her ne kadar açık ve genel bir anayasal sınır teşkil etse de¹⁴⁰⁷, mücadelecı demokrasi kaydının uygulaması bu maddelerden daha geniş anlama sahip olmuştur. Sözgelimi Alman Anayasası Madde 18 aslında bir kişinin anayasal hakkını kullanamaması için getirilen ve anayasa şikâyetinden farklı prosedürü olan bir başvuru öngörmüştür. Ancak bu maddede somutlaşan mücadelecı demokrasi anlayışı, anayasa şikâyetlerinde de dikkate alınmıştır.¹⁴⁰⁸ Türk Anayasası ve AİHS bakımından herhangi bir ayrı prosedür zikredilmese de, bu maddelerin bireysel başvurulara nasıl uygulanacağı ve nasıl bir hukuki sonuç doğuracağı açık değildir. Hakkın kötüye kullanılması yasakları ile sınırlama-tahdit arasındaki ilişkinin belirlenmemesi bakımından, Türk Anayasası ve AİHS'te bu anayasal sınırın açık değil zımni olduğunu gösterir. Nitekim Türk Anayasası Madde 14'e ilişkin Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun Değişiklik Gerekçesi'nde hakkın kötüye kullanılmasının bütün anayasal haklara uygulanamayacağı belirtilerek¹⁴⁰⁹, maddenin uygulaması kısmen daha belirsiz hale gelmiştir. Bu bakımdan, mücadelecı demokrasi kaydının bir içkin sınır olarak belirlenmesi daha yerindedir.

2.3.6. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar

Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar, içkin sınırlamaların son kategorisini teşkil eder. Burada öncelikle sınırlama kaydının bulunmaması sorununun nasıl aşıldığı gösterilecektir (2.3.6.1.). Bu sorun aşıldığında, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların nasıl sınırlandığı incelenecektir (2.3.6.2.). Sonrasında ise sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların niteliksel/argümantatif farklılığı (2.3.6.3.) ve yasa ile sınırlandırılabilirliği (2.3.6.4.) açıklanacaktır.

2.3.6.1. Sınırlama Kaydının Bulunmaması Sorunun Aşılması

Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar (*vorbehaltlose Grundrechte*), açık bir şekilde yasa kaydı belirlenmeyen her anayasal hakkı ifade eder.¹⁴¹⁰ Anayasal

¹⁴⁰⁷ Bkz. Bölüm 1.3.1.2.

¹⁴⁰⁸ Bkz. Bölüm 3.1.2.5.

¹⁴⁰⁹ Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, s. 74-75.

¹⁴¹⁰ Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, s. 10-11; Sachs, "Die Gesetzvorbehalte", s. 373-374; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 515; Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, s. 9; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 13; Stern, "Einleitung", s. 58; Starck, "Artikel 1", s. 142; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, *Grundrechte*, s. 67; Michael - Morlok, *Grundrechte*, s. 394; Papier - Krönke, *Grundkurs Öffentliches Recht 2*, s. 73; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 367; Hufen, *Staatsrecht II*, s. 125; Klopfer,

hakların genel sınırlama normuna¹⁴¹¹ tabi olmadığı anayasal sistemlerde, mutlak olmayan¹⁴¹² anayasal hakların sınırlandırılabilmesi için en azından bir yasa kaydına tabi olmaları gerekir. Anayasal hakların sübjektif bir hak olarak kabul edildiği bu sistemlerde, anayasal hakların sınırlandırılmasının anayasadan kaynaklanması, diğer bir deyişle anayasa ile yetkilendirilmesi gerekir. Ancak genel sınırlama normu düzenlemesinden her hak normu için inhisari sınırlama normu düzenlemesine geçilmesinden¹⁴¹³ kaynaklanan sebeplerle, siyasi iradenin anayasal hakların sınırlandırılması klozu üzerinde uzlaşısı sağlanamaması veyahut sınırlama kaydı olmadan düzenleme iradesi, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklara yol açmıştır.¹⁴¹⁴

Verfassungsrecht II, s. 95; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1039; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 138; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 187. Farklı yönde bkz. Josef Hoffmann, "Kunstfreiheit und Sacheigentum: Bemerkungen zum "Sprayer"-Beschuß des BVerfG", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985, pp. 237-246, s. 242.

¹⁴¹¹ Bkz. **Bölüm 1.1.2.3.**

¹⁴¹² Mutlak haklara ilişkin tartışma için bkz. **Bölüm 1.1.1.**

¹⁴¹³ 1981 tarihli Türk Anayasası, 2001 tarihli değişikliğe kadar genel sınırlama klozu öngörmüştür. 2001 tarihli anayasa değişikliği ile her anayasal hak normu için özel sınırlama normu öngörülmüştür. Nitekim Alman Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında ilk ortaya çıkan taslak olan *Herrenchiemsee Taslağı* da genel sınırlama normu öngörmekteydi. Ancak bütün anayasal haklara getirilen genel bir yasa kaydının anayasal hakların altını oyacağı tehlikesinden duyulan endişe ile daha sonra her anayasal hak için özel sınırlama normu benimsenmiştir. Bkz. Friedhelm Hufen, "Entstehung und Entwicklung der Grundrechte", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1999, pp. 1504-1510, s. 1506; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 366-367.

¹⁴¹⁴ Burada Avrupa'da program hüküm mahiyetindeki anayasal haklardan, sübjektif hak mahiyetindeki anayasal haklara ilk geçişteki tecrübe eksikliğini de dikkate almak gerekir. Yine de, Winkler'e göre, bu Alman anayasa koyucusunun bilinçli bir şekilde oluşturduğu bir boşluktur. Zira Alman Anayasası'nın hazırlık aşamasında halihazırda *Herrenchiemsee Taslağı*'nda sınırlandırılması olmayan anayasal hakların tartışıldığı ve genel sınırlama klozu yerine her anayasal hak için özel sınırlama klozu kabul edildiğini belirtir. Bu itibarla, Winkler'e göre anayasa koyucu bu anayasal hakların sınırlama kaydı bulunmamasına bilinçli bir şekilde karar vermiştir. Bkz. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 22. Aynı yönde bkz. Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 373-374; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 138; von Hippel, **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, s. 21-22. Alman Anayasası Madde 4, Madde 8 ve Madde 9 bakımından yapılan tartışmalar için ayrıca bkz. Leibholz - v. Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes**, Bd. I, s. 74-75, 114-115, 118 vd. Alman Anayasası'nın temel kaynaklarından birisi de Weimar Anayasası'dır. Sanat özgürlüğü (Weimar Anayasası Madde 142), bilim özgürlüğü (Weimar Anayasası Madde 142), kapalı alanda toplanma özgürlüğü (Weimar Anayasası Madde 123) haklarının, Weimar Anayasası'nda da diğer hakların aksine yasa kaydı bulunmadan güvence altına alındığı görülmektedir. Din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının (Weimar Anayasası Madde 135) ise Weimar Anayasası'nda basit yasa kaydına tabi olması söz konusudur. Bu hususlar genel olarak, Winkler'in bilinçli boşluk yönündeki düşüncelerini doğrulamaktadır. Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların Alman Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında, sınırsız olarak kabul edilmediği ve belirli ceza kanunu ve medeni kanun gibi temel yasalarla sınırlı olacağı görüşünün ileri sürüldüğü belirtilmiştir. Bkz. Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 28. Nitekim 07.10.1948 tarihli oturumda, *Herrenchiemsee Taslağı*'ndaki sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklarla ilgili olarak v. Mangoldt, anayasal

Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların öncelikle sınırlandırılabilir olduğunu göstermek gerekir. Norm metni ile normun birbirinde ayrılması, açık bir şekilde sınırlama kaydı içermeyen veya bir sınırlama normuna tabi olmayan anayasal hakların formel olarak bu anayasal hak normlarının sınırlandırılabilmesine imkân tanır. Ancak sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları, mutlak haklardan ayırmak için bir maddi kriter de gereklidir. Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliği, bu hakların yapısı gereği mutlak haklardan ayrılması ile mümkündür. Bu bağlamda, eşyanın doğası gereği sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılabilir olduğunu kabul etmek gerekir. Burada eşyanın doğası gerekçesi, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların yapısını, sınırlama kaydı bulunmayan mutlak hakların yapısından ayırır. Bu itibarla, işkence yasağının veyahut insan onurunun aksine, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların konularının (sözelimi, sanat, adil yargılanma, sendika) söz konusu toplumsal yapıda sınırlandırılabilirliğinin kabul edilmesi gereklidir. Bunun kabul edilmesi de içkin sınırlamanın meşruiyetini sağlayan diğer gerekçelerle mümkündür. Nitekim gerek hakkın yapısı gerekse de toplumla bağlı bulunan birey anlayışının ortaya koyduğu insan imgesi, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırsız olmadığını göstermektedir. Aynı şekilde anayasal hakların belirli ön koşullara bağlı olması ve bu ön koşulları şekillendiren olgulardan etkilenmesi de insan imgesi argümanının ulaştığı bu sonucu destekler. Anayasanın bütünlüğü ilkesi, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların, izole bir şekilde değil, anayasanın diğer maddeleri ile birlikte yorumlanmasını ve buna göre sınırlandırılmasını gerektirir. Bu bakımdan, anayasal değerler sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilecektir. Anayasada mevcut bulunan objektif değerler düzeni de gerek sınırlama

hakkın içeriğinin sınırlayıcı yasama ile sınırlandırılmasına izin verilmeyen maddelerin gerekli olduğunu dile getirmiştir. Bu tip (sınırlama kaydı olmayan) anayasal haklar, halihazırda kamu yararının içerisinde yer alır. Kamu yararını korumak için belirli bir somutlaştırma çerçevesinde, bu hakların yasa ile sınırlandırılması mümkün olur. Bununla beraber, burada yasa koyucuya geniş bir sınırlama yetkisi verilmemesi gerekir. Bkz. Leibholz - v. Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes**, Bd. I, s. 177. Hillgruber'e göre ise sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlama kaydının bulunmamasının sebebi, anayasa koyucunun bu hakların kapsamını en başından itibaren sınırlamasıdır/tahdit etmesidir. Din, sanat ve bilim özgürlükleri, din, sanat ve bilim alanlarındaki entelektüel gelişimi ve iletişimsel etkiyi devlete karşı korumak ister. Ancak bu özgürlükler üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini gözetmekten muaf değildir. Sözelimi bilim özgürlüğü (özel olarak araştırma özgürlüğü), metodik olarak yönlendirilen ve düzenli hakikat arayışında devlet etkisinden uzak bir bilgi sürecini güvence altına alır. Ancak bu hak, üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde bir "tasarruf" hakkı vermez. Aynı durum sanat özgürlüğü için de geçerlidir. Sanat özgürlüğü, başkasının mülkiyeti üzerinde tasarruf yetkisi vermez (*BVerfG*, **NJW**, 1984, pp. 1293-1295, s. 1293 vd - Auslieferung des "Sprayers von Zürich" an die Schweiz). Bkz. Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 990-991.

kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlanabileceğini gerekse de bu sınırlamanın ne ölçüde olacağını gösterir. FAYM'ın sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında, insan imgesi, anayasanın bütünlüğü ve değerler düzenine dayandığı görülmektedir.¹⁴¹⁵ Alman anayasa hukuk doktrini büyük ölçüde bu dayanakları benimsemiştir.¹⁴¹⁶ Türk Anayasa Mahkemesi'nin ise genel olarak hakkın doğası ve anayasanın bütünlüğü ilkelerine dayandığı görülmektedir.¹⁴¹⁷ Nitekim AYM'nin bir norm denetimi kararında, "[b]irlikte yaşamının zorunlu sonucu olarak, hak ve özgürlüklerin başkalarının aynı hak ve özgürlüklerden faydalanmasını engelleyici, başkalarına zarar verici mahiyette kullanılmaması" gerekliliği belirtilerek, insan imgesinin nüveleri belirli ölçüde imlenir.¹⁴¹⁸ AİHM'in de sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında, eşyanın doğası argümanına dayandığı görülmektedir.¹⁴¹⁹

¹⁴¹⁵ Bkz. *BVerfGE* 28, 243 (260-261) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; *BVerfGE* 30, 173 (193) - Mephisto [1971]; *BVerfGE* 32, 98 (107-108) - Gesundheitsberufsgesetz [1971]; *BVerfGE* 83, 130 (143) - Josefina Mutzenbacher [1990].

¹⁴¹⁶ Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 664-666; Benda, "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", s. 163 vd.; Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 125-126; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 395; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 367-368, 372-374; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 93-94; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1039. Hufen ise, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılabilmesinin ne anayasanın bütünlüğü ne de değerler düzenine dayandığını belirtir. Ona göre, bu sınırlama etkilenen anayasal pozisyonların eşit şekilde uygulanmasına dayanır. Bkz. Hufen, **Staatsrecht II**, s. 126.

¹⁴¹⁷ Örnek olarak bkz. AYM, E.2010/83, K.2012/169, Karar Tarihi 01.11.2012; AYM, E.2014/87, K.2015/112, Karar Tarihi 08.12.2015, para. 7; AYM, E.2015/96, K.2016/9, Karar Tarihi 10.02.2016, para. 9-10; AYM, E.2017/24, K.2017/112, Karar Tarihi 14.06.2017, para. 13-14; AYM, E.2017/130, K.2017/165, Karar Tarihi 29.11.2017, para. 12; *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 33; *Ahmet Çilgin Başvurusu*, Baş. No. 2014/18849, Karar Tarihi 11.01.2017, para. 39; *Tanju Taş Başvurusu*, Baş. No. 2014/9052, Karar Tarihi 11.12.2014, para. 54; *Rasul Kocatürk Başvurusu*, Baş. No. 2016/8080, GK Karar Tarihi 26.12.2019, para. 48; *C.A. Başvurusu* (3), Baş. No. 2018/10286, GK Karar Tarihi 02.07.2020, para. 110; *Serhat Oyman Başvurusu*, Baş. No. 2017/25497, Karar Tarihi 13.10.2020, para. 49; *Özlem Kenan Başvurusu*, Baş. No. 2018/25808, Karar Tarihi 07.04.2021, para. 50; *Cemal Taluğ Başvurusu*, Baş. No. 2018/34827, GK Karar Tarihi 10.02.2022, para. 47.

¹⁴¹⁸ AYM, E.2015/96, K.2016/9, Karar Tarihi 10.02.2016, para. 9; AYM, E.2017/24, K.2017/112, Karar Tarihi 14.06.2017, para. 13.

¹⁴¹⁹ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, B, para. 5; *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 41; *Ashingdane v. the United Kingdom*, App. No. 8225/78, Judgment of 28 May 1985, para. 57; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, App. No. 9006/80 and 6 others, Judgment of 8 July 1986, para. 194; *Lorenus v. Sweeden*, App. No. 12810/87, Decision of 18 January 1989; *Osman v. the United Kingdom*, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 147; *Waite and Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, GC Judgment of 18 February 1999, para. 59; *McElhinney v. Ireland*, App. No. 31253/96, GC Judgment of 21 November 2001, para. 34; *Fogarty v. the United Kingdom*, App. No. 37112/97, GC Judgment of 21 November 2001, para. 33; *Cudak v. Lithuania*, App. No. 15869/02, GC Judgment of 23

Hasılı sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, somut vakada çatışan diğer anayasal haklarla ve anayasal düzeydeki diğer değerle sınırlandırılır. Bu sınırlama hakkın kapsamı düzeyinde, diğer bir deyişle hakkın kapsamını tahdit ederek gerçekleşeceği yönündeki görüş¹⁴²⁰ yerinde değildir.¹⁴²¹ Bu sınırlama, müdahalenin meşrulaştırılması aşamasında gerçekleşir.

2.3.6.2. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Sınırlanması

Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlanmasında, öncelikle bu hakkın kapsamının (2.3.6.2.1.) ve sonrasında çatışan anayasal değerlerin (2.3.6.2.2.) belirlenmesi gerekir. Nihayetinde ise bir ara sonuç (2.3.6.2.3.) ortaya konulacaktır.

2.3.6.2.1. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Kapsamı

Burada görünüşte veyahut gerçek bir çatışmanın¹⁴²² söz konusu olabilmesi için bir davranışın veya pozisyonun, anayasal hakkın kapsamında yer alması gerekir. Dolayısıyla, yorum yöntemleriyle veyahut hakkın kapsamını tahdit eden içkin sınırlamalarla hakkın kapsamından dışlanan bir davranış veya pozisyon, en başından itibaren hakkın kapsamında yer almayacağından, bir çatışma ilişkisi oluşturmaz.¹⁴²³ Böylece, belirli tip davranışlar, pozisyonlar ve menfaatler, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların kapsamından yorum yöntemiyle (konu/nesne odaklı hak kapsamı) veya içkin sınırlarla/tahditlerle dışlanarak, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların anayasal değerlerle çatışması olabildiğince engellenecektir.¹⁴²⁴ Bununla birlikte, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların kapsamı, Lenz'in belirlediği ölçüde dar yorumlanamaz. Lenz'e göre, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar, yalnızca hakkın konusuna özgü fiilleri/davranışları korumaz¹⁴²⁵ ve fakat bu haklara ilişkin iletişim ve

March 2010, para. 55; *Catan and Others v. Moldova and Russia*, App. No. 43370/04 and 2 others, GC Judgment of 19 October 2012, para. 140; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, App. No. 5809/08, GC Judgment of 21 June 2016, para. 129.

¹⁴²⁰ Bu yönde bkz. Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 372 vd.

¹⁴²¹ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 368-369.

¹⁴²² Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.2.**

¹⁴²³ Krş. Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 368-369.

¹⁴²⁴ Bu yönde bkz. Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1041-1042; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 44-46; Muckel, **Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung**, s. 256-257; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 42, No. 2, 2003, pp. 165-192, s. 174 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 263-264.

¹⁴²⁵ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 263-264.

etkileşim alanlarının dar ve sınırlı yönlerini korur.¹⁴²⁶ Lenz'e göre, bu tip davranışlar, genel fiil özgürlüğünün düzenlendiği Alman Anayasası Madde 2/1 tarafından korunur.¹⁴²⁷ Ancak Lenz'in bu yaklaşımı, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları gereğinden fazla daraltmaktadır. Daha evvelde de ifade edildiği üzere¹⁴²⁸, anayasal hakların kapsamlarının anayasal haklarının düzenlediği yaşam alanlarına göre anayasal hakların kapsamlarının darlığının ve genişliğinin belirlenmesi gerekir. Nitekim bu belirlemede, yorum yöntemleri ve ilkeleri kullanılır.

2.3.6.2.2. Çatışan Anayasal Değerler

Burada öncelikle çatışan anayasal değerler belirlenecektir (2.3.6.2.2.1.) ve bu belirleme kapsamında genel olarak çatışan anayasal haklar (2.3.6.2.2.2.) ve çatışan diğer anayasal değerler (2.3.6.2.2.3.) incelenecektir.

2.3.6.2.2.1. Çatışan Anayasal Değerlerin Belirlenmesi

Öncelikle sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandıran anayasal değerlerin¹⁴²⁹ soyut bir şekilde değil, somut bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu, anayasanın korunması, kamu yararı, kamu düzeni gibi genel ve soyut değerlere atıf yapılarak değil, her vakada özel olarak tehlike altında olan veya korunması gereken bir menfaatin türetilebileceği bir anayasal hükmün belirlenmesi gereklidir.¹⁴³⁰ Burada, anayasal hakların diğer anayasal değerlerle sınırlandırılması, nitelik olarak basit veya nitelikli yasa kaydı/sınırlama normu ile sınırlandırmadan ayrılır. Zira anayasal hakların yasa kayıtları/sınırlama normu ile sınırlandırılmasında, anayasal gerekliliklerin yerine getirilmesi çerçevesinde devlete sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Bu çerçevede, devletin sınırlama kaydı bulunan anayasal hakları sınırlayıp sınırlamama hususunda bir takdiri vardır. Ancak anayasal hakların diğer anayasal değerler ile olan çatışmasında, çatışan anayasal değerler, devlete bu değerlerin güvence altına alındığı anayasal normların gerekliliklerini yerine getirme yükümlülüğünü ve görevini yükler. Gerek

¹⁴²⁶ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 320.

¹⁴²⁷ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 241 vd.

¹⁴²⁸ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.**

¹⁴²⁹ Gerek anayasal haklar gerekse de anayasal düzeydeki değerler, topluca anayasal değerler olarak belirtilecektir.

¹⁴³⁰ Bkz. *BVerfGE* 77, 240 (255) - Herrnburger Bericht [1987]; *BVerfGE* 81, 278 (293) - Bundesflagge [1990]; *BVerfGE* 111, 147 (157) - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 552-555; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 374; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 94; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 128; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 46 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264 vd. Krş. Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 234 vd.

sınırlama kaydı içeren gerekse de içermeyen anayasal hakların diğer anayasal değerlerle sınırlandırılması için anayasal değerlerin devlete bir yetki vermesi değil, ilgili anayasal normun gerekliliklerini yerine getirmesi için bir yükümlülük yüklemesi gerekir.¹⁴³¹ Sınırlama kaydı içeren anayasal haklar, hem sınırlama kaydının verdiği yetkiyle hem de çatıştığı anayasal normun yüklediği yükümlülük ile sınırlandırılabilir. Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar ise yalnızca bu hakların çatıştığı anayasal normun yüklediği yükümlülük ile sınırlandırılabilir. Nihayetinde burada sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarla çatışan anayasal değerleri somutlaştırmak gerekir.

Öncelikle sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarla çatışan anayasal değerler, yalnızca şekli ve formel bir anayasadan değil, aynı zamanda maddi bir anayasadan doğar.¹⁴³² Anayasanın bu maddi anlamının elde edilmesinde ise her halükârda şekli anayasa bir başlangıç noktasını oluşturur. Bu bağlamda, anayasa metninden elde edilen anayasal değerlerin yanı sıra, anayasanın etkili bir şekilde geçerli olması ve devletli bir toplumsal hayatı düzenleme imkanının koşullarını ifade eden ve yazılı olmayan anayasanın oluşması için gerekli ön koşullardan (*Verfassungsvoraussetzung*)¹⁴³³ elde edilen değerler de sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırır.¹⁴³⁴ Maddi anayasa, devletin temel ilkelerini, temel kurallarını ve temel gerekliliklerini, diğer bir deyişle anayasanın oluşması için gereken ön koşulları içerir.¹⁴³⁵ Maddi anayasadan doğan anayasal değerleri, biri anayasal haklar, ikincisi ise diğer anayasal değerler olarak kategorilendirebiliriz.

2.3.6.2.2. Çatışan Anayasal Haklar

Sınırlama kaydı olmayan anayasal hak ile çatışan anayasal değer, bir anayasal hak olduğunda anayasal hakların çatışması oluşur. Çatışan anayasal hak, devlete negatif veya pozitif yükümlülük yükleyerek sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilir. Burada oluşan üçlü ilişkide, öncelikle söz konusu davranışların ve

¹⁴³¹ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 46 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264 vd.; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1040; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 54.

¹⁴³² Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 217 vd.; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 478; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 133; Starck, "Artikel 1", s. 143. Aksi yönde bkz. Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 64.

¹⁴³³ Bkz. Isensee, "Staat und Verfassung", s. 4 vd.

¹⁴³⁴ Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 287 vd.; Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1", s. 133.

¹⁴³⁵ Jürgen Schwabe, **Grundkurs Staatsrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1991, s. 10-11; Roman Herzog, **Allgemeine Staatslehre**, Frankfurt, Athenäum-Verlag, 1971, s. 309 vd.; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 217.

pozisyonların hem sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkın ve çatışan anayasal hakkın kapsamında bulunması gerekmektedir. Bu tespit olumlu bir şekilde gerçekleştirilirse, sonraki aşamada çatışma çözüm araçlarıyla anayasal hak çatışması çözülür. Öncelikle, burada yasama, yürütme ve yargı organlarının kural koyma kapasiteleri çerçevesinde çatışan somut menfaatleri de birbirlerine uyumlulaştırması gerekir.¹⁴³⁶ Ancak bu mümkün değilse, ölçülülük ilkesi uygulanır. Anayasal hak çatışmalarında, çatışan haklardan birisi negatif, diğeri ise pozitif edim yükümlülüğünü devlete yükler. Bu sebeple, devlet hem aşırılık yasağına hem de asgarilik yasağına tabi olacak ve bu yasakların gerekliliklerini yerine getirecektir. Her anayasal hakkın kendine özgü normatif argümanları olduğu dikkate alındığında, somut vaka çerçevesinde ve çatışmanın tipikliğine göre¹⁴³⁷, çatışan normatif argümanlar arasında yapısal/kategorik dengeleme kriterleri de oluşmaktadır. Böylece, sınırlama kaydı olmayan bir anayasal hak ile bir anayasal hak arasındaki çatışma, vaka ve çatışma tipikliği odaklı ve aşırılık ve asgarilik yasağı çerçevesinde oluşan yapısal dengeleme kriterlerine göre çözülür.¹⁴³⁸ Aynı zamanda devletlerin anayasal hakların çatışmasını çözerken, her iki anayasal hak sahibinin haklarının özüne de dokunmaması gerekir.¹⁴³⁹

2.3.6.2.2.3. Çatışan Diğer Anayasal Değerler

Çatışan anayasal değerler öncelikle genel olarak incelenecektir (2.3.6.2.2.3.1.). Akabinde ise sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarla sıklıkla çatışma ilişkisine giren yapısal ilke (2.3.6.2.2.3.2.), devletin amaç ve görevleri (2.3.6.2.2.3.3.) ve yetki maddeleri (2.3.6.2.2.3.4.) kategorileri kısaca incelenecektir. Son olarak anayasal hakları sınırlandırabilecek anayasal yükümlülükler değerlendirilecektir (2.3.6.2.2.3.5.).

2.3.6.2.2.3.1. Genel Olarak

Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların, anayasal haklar dışındaki diğer anayasal değerlerle olan çatışmasının çözümünün daha zor olduğu kabul edilir. Bu husus bir yandan çatışan diğer anayasal değerlerin sadece anayasada

¹⁴³⁶ Pratik uyum için bkz. **Bölüm 1.4.3.** ve **Bölüm 1.4.1.2.2.**

¹⁴³⁷ Sözelimi basın özgürlüğü hakkı ile kişilik hakları/özel yaşamın korunması hakkı arasındaki çatışmanın sonucunu belirleyen yapısal dengeleme kriterleri, sanat özgürlüğü ile mülkiyet hakkının çatışmasında, din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı ile yaşam hakkının/ifade/sanat/basin özgürlüğü hakkının çatışmasında veya negatif din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı ile pozitif din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkının çatışmasında oluşan yapısal dengeleme kriterlerinden farklılaşır.

¹⁴³⁸ Genel olarak bkz. **Bölüm 1.4.1.2.2.**

¹⁴³⁹ Genel olarak bkz. **Bölüm 1.4.2.**

zikredilmesinin yeterli olmamasından, diğer yandan, sınırlama oluşturabilecek bütün anayasal değerlerin anayasada açıkça yer almamasından kaynaklanır.¹⁴⁴⁰ Kural olarak her türlü anayasal hükmün, (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakların sınırlanmaya elverişli olduğu belirtilebilir. Bununla birlikte, (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakların geniş bir şekilde sınırlanma olasılığını önlemek için ilgili anayasa hükümlerinin dar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.¹⁴⁴¹ Her halükarda, yeterince somut bir şekilde pozitif edim yükümlülüğü yükleyen anayasal değerler, çatışan anayasal değerler olarak değerlendirilebilir.¹⁴⁴² Bazı yazarlara göre, yalnızca anayasa koyucunun, anayasaya iradi bir şekilde (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırmak için öngördüğü anayasa hükümleri, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilir.¹⁴⁴³ Ancak anayasa koyucunun iradesi oldukça sınırlayıcı bir kriterdir ve anayasanın maddi niteliğini göz ardı etmektedir. Nitekim bu çalışmada benimsenen yorum metodolojisi, objektif yorum yöntemlerinin, özellikle objektif teleolojik yorumun belirleyici kriter olmasını gerektirir.¹⁴⁴⁴ Dolayısıyla bir anayasa hükmünün (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırıp sınırlandıramayacağı, anayasanın yorumlandığı zamana göre belirlenir.

Anayasal hakları sınırlandıran diğer anayasal değerler yalnızca şekli anayasadan değil, maddi anayasadan da elde edilebilir. Anayasalar devlet amaçları ve anayasal değerler kataloğu olarak tasarlanmamıştır.¹⁴⁴⁵ Bu sebeple, mahkemeler, sözcülimi anayasanın ve anayasal hakların ön koşullarından veya eşyanın doğasından da çatışan diğer anayasal değerleri türetebilir. Ancak bu durumda mahkemelerin ikna edici gerekçeler oluşturması ve olabildiğince somut anayasal değerler türetmesi gerekir. Diğer bir deyişle mahkemeler kamu düzeni veyahut kamu yararı gibi her vakada uygulanabilecek genel-geçer anayasal değer türetemez.

¹⁴⁴⁰ Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 375-376; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 63 vd.

¹⁴⁴¹ Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 376.

¹⁴⁴² Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 47.

¹⁴⁴³ Sachs, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, s. 558-559. Aynı yönde bkz. Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 376.

¹⁴⁴⁴ Winkler de klasik yorum metotlarının, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandıran anayasal değerlerin elde edilmesinde kullanılabileceğini belirtir. Bkz. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 67 vd. Aynı yönde bkz. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264-265; Sachs, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, s. 557-558.

¹⁴⁴⁵ Isensee, “Staat und Verfassung”, s. 97.

Parlamentonun fonksiyonelliği¹⁴⁴⁶, bütünlüğü ve saygınlığı¹⁴⁴⁷, hükümetin fonksiyonelliği¹⁴⁴⁸, askeri savunma¹⁴⁴⁹, idarenin organizasyonu¹⁴⁵⁰, ceza yargılamasının yönetimi¹⁴⁵¹, uluslararası uzlaş ve barış¹⁴⁵², özgür demokratik temel düzen¹⁴⁵³, mücadeleci demokrasi¹⁴⁵⁴, anayasanın¹⁴⁵⁵ ve devlet otoritesinin¹⁴⁵⁶ korunması anayasal hakları sınırlandırabilen çatışan anayasal değerler olarak belirlenebilmektedir.¹⁴⁵⁷ Bu bağlamda, sistematik yorumla, ilgili anayasa hükümlerinin yer aldıkları anayasa maddelerinin kategorileri da önem arz eder. Burada nihai bir anayasa madde kategorilendirmesi oluşturulamaz¹⁴⁵⁸ ve fakat genel belirlemelerin mümkün olduğu bazı anayasa madde kategorileri oluşturulmalıdır.¹⁴⁵⁹

2.3.6.2.2.3.2. Yapısal İlkeler

Bu kategorilerin birincisini anayasanın yapısal ilkeleri (*Verfassungsstrukturprinzipien*) oluşturur.¹⁴⁶⁰ Anayasanın yapısal ilkeleri, hukuk devleti, sosyal devlet ve demokratik devlet gibi anayasanın kimliğini¹⁴⁶¹ belirleyen ilkeleri ifade eder.¹⁴⁶² Bu ilkeler,

¹⁴⁴⁶ BVerfGE 47, 198 (227) - Wahlwerbesendungen [1978].

¹⁴⁴⁷ BVerfG, NJW, 1998, pp. 3042-3046, s. 3043 - Überprüfung von Bundestagsabgeordneten auf Stasi-Tätigkeit.

¹⁴⁴⁸ BVerfGE 62, 1 (42) - Bundestagsauflösung I [1983]; BVerfGE 70, 324 (359) - Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste [1986].

¹⁴⁴⁹ BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; BVerfGE 48, 127 (159) - Wehrpflichtnovelle [1978].

¹⁴⁵⁰ BVerfGE 28, 191 (200) - Pätsch-Fall [1970].

¹⁴⁵¹ BVerfGE 33, 23 (32) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]; BVerfGE 41, 246 (250) - Baader-Meinhof [1976].

¹⁴⁵² BVerfGE 33, 52 (67) - Zensur [1972].

¹⁴⁵³ BVerfGE 33, 52 (71) - Zensur [1972].

¹⁴⁵⁴ BVerfGE 30, 1 (19-20) - Abhörurteil [1970].

¹⁴⁵⁵ BVerfGE 33, 23 (29) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]

¹⁴⁵⁶ BVerfGE 81, 278 (294) - Bundesflagge [294].

¹⁴⁵⁷ Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 53-54.

¹⁴⁵⁸ Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 71-72.

¹⁴⁵⁹ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 376.

¹⁴⁶⁰ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 376; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 242 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 127; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 139; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 161 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 400-401; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 266 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 47; Hans D. Jarass, "Art. 20", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 537; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 435-436; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 326 vd.

¹⁴⁶¹ Anayasal kimlik ifadesi için bkz. BVerfGE 123, 267 (344) - Lissabon [2009].

¹⁴⁶² Bunun için bkz. Alman Anayasası Madde 20/1-3; Türk Anayasası Madde 2.

devletin niteliğini temel özellikleriyle ifade ederek, temel hukuk düzenini belirler ve bu sebeple de maddi anayasanın bir bileşenidir.¹⁴⁶³ Anayasanın yapısal ilkelerinin soyut niteliğinden dolayı bu ilkelerin (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırmaya nadiren elverişli olduğu kabul edilir.¹⁴⁶⁴ Anayasanın yapısal bir ilkesi, anayasanın belirli bir hükmünde somutlaşmış olması şartıyla, (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandıran bir anayasal değer olabilir.¹⁴⁶⁵ Burada demokrasinin ve anayasanın korunmasının söz konusu olacağı belirtilse de¹⁴⁶⁶, demokrasi ve anayasanın korunmasının farklı hukuki sonuçlar ortaya koyması sebebiyle ayrı bir kategori olarak mücadeleci demokrasi içerisinde değerlendirilmesi¹⁴⁶⁷ daha yerindedir.

2.3.6.2.2.3.3. Devletin Amaç ve Görevleri

Anayasal hakları sınırlandıran diğer anayasal değer kategorilerinden ikincisini devletin amaç ve görevlerini belirten anayasa maddeleri (*Staatsziel- und Staatsaufgabenbestimmung*) oluşturur.¹⁴⁶⁸ Devletin temel amaçları ve devlete yüklenen temel görevler¹⁴⁶⁹, devlet organlarına bir işlem yapma yetkisi verdiğinden (sınırlama kaydı

¹⁴⁶³ Bernd Grzeszick, "Art. 20", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 3-4; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 242.

¹⁴⁶⁴ Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 71. Aynı yönde bkz. Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 376; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 161; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 267-268, 275; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 47; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 247 vd. Soyut nitelikleri nedeniyle, yapısal ilkelerin özellikle demokrasi ve sosyal devlet ilkelerini içeren yapısal ilkelerin, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasına uygun bir anayasal değer olarak kategorize edilemeyecek kadar belirsiz olduğu yönünde bkz. Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 60

¹⁴⁶⁵ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 574-575. Aynı yönde bkz. Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 376; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 402-403; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 171; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 47; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 60.

¹⁴⁶⁶ Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 132 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 402-403.

¹⁴⁶⁷ Bkz. **Bölüm 2.3.5.**

¹⁴⁶⁸ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 261 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 127; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 94-95; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 161 vd.; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 400-401; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 266 vd. Farklı yönde bkz. Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 139; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 47; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 435-436; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 326 vd.

¹⁴⁶⁹ Bunun için bkz. Alman Anayasası Madde 20a, 104a/4, 109/2, 109/4 ve 115/1; Türk Anayasası Madde 5.

olmayan) anayasal hakları sınırlandırmaya elverişli anayasal değerlerdir.¹⁴⁷⁰ Bir devlet amacının veya görevinin/yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi, zorunlu olarak (sınırlama kaydı olmayan) anayasal haklara müdahale edilmesini gerektiriyorsa, bu durumda devletin temel amaç ve görevleri, maddi ve şekli anayasal gereklilikler çerçevesinde (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırabilir.¹⁴⁷¹

2.3.6.2.2.3.4. Yetki Normları

Tartışmalı bir kategori ise anayasada yer alan yetki kurallarıdır.¹⁴⁷² Yetki kuralları, genel olarak (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırmaya uygun bir anayasal değer olarak görülmez. Bunun temel nedeni ise yetkilerin tahsisinin,

¹⁴⁷⁰ Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 71-72. Aynı yönde bkz. Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377. Krş. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 161 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 267 vd.; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 57 vd.

¹⁴⁷¹ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 400-401; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264-265; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 268.

¹⁴⁷² Yetki maddelerini (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırmaya elverişli bulunanlar için bkz. BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970]; BVerfGE 53, 30 (56) - Mülheim-Kärlich [1979]; BVerfGE 77, 170 (221) - Lagerung chemischer Waffen [1987]; Werner Heun, "Embryonenforschung und Verfassung: Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos", **JuristenZeitung**, 57. Jahrg., Nr. 11, 7. Juni 2002, pp. 517-524, s. 523. Bu görüşü reddedenler veya bu görüşe katılmayanlar için bkz. BVerfGE 69, 1 (57 vd.) - Kriegsdienstverweigerung II [1985]; Hâkim Mahrenholz ve hâkim Böckenförde'nin karşı oy görüşü; Zippe - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 188; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 82; Bodo Pieroth, "Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 114, No. 3, 1989, pp. 422-450, s. 445 vd.; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 582 vd.; Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 683 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 127; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 435-436; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 94; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 139; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 90 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 278 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 323 vd.; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 269; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 398, 402-403; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 699; Klaus Ferdinand Gärditz, "Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 236. Winkler ve Hofmann yetki maddelerinin, daha doğru ifadeyle anayasada yapılan yetki dağılımının halihazırda devletin bir görevini ön şart olarak belirlediğini ifade eder. Bkz. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 95; Hasso Hofmann, "Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts", **JuristenZeitung**, 43. Jahrg., Nr. 6, 18. März 1988, pp. 265-278, s. 273. Bununla beraber Winkler, her yetki maddesinde oluşan görevin, anayasal hakları sınırlandırmak için yeterli olmadığını, her yetki maddesi için ayrı ayrı değerlendirmenin yapılması gerektiğini ve nihayetinde yetki maddelerinin istisnai bir şekilde anayasal hakları sınırlandırabileceğini kabul eder. Bkz. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 95 vd. Nitekim Epping/Lenz/Leydecker ve Jarass ise yetki maddelerinin, anayasal hakları sınırlandıramayacağını benimser. Bkz. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 34; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 47-48.

belirli bir görevden hangi organın/erkin sorumlu olduğunu ifade etmesinde yatar.¹⁴⁷³ Diğer taraftan, yetkilere ilişkin kurallar, (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırmaya elverişli anayasal değer içerebilir. Bu özellikle bir yetkinin kullanılmasının zorunlu olarak (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakların sınırlandırılmasına yol açtığı durumlarda söz konusudur. Zira anayasa koyucunun anayasada bu yetki haritasına¹⁴⁷⁴ yer vererek (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakların sınırlandırılmasını kabul ettiği varsayılabilir.¹⁴⁷⁵ Bu bağlamda, doktrinde yetki normlarının (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırmaya istisnai olarak elverişli olduğu genel bir şekilde kabul görmektedir.¹⁴⁷⁶ Gerçekten de liberal devlet teorisi çerçevesinde düşünüldüğünde, anayasal hakların, devletin yetkilerine bir sınırlama teşkil etmesi gerekir. Dolayısıyla, liberal devlet teorisi çerçevesinde, bu yetkilerin dağılımını belirleyen maddelerin anayasal hakları sınırlandırabileceğinin kabulü mümkün değildir.¹⁴⁷⁷ Ancak bu çalışmada devlet, birey ve toplumla ilgili belirlemelere bakıldığında¹⁴⁷⁸, gerçekte devlet yapısının liberal devlet (doğal hukuk) teorisine karşılık gelmediği görülmektedir. Dolayısıyla yetki normları, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilecek bir anayasal değer olmaktan tamamen dışlanamaz. Anayasada bir anayasa organına verilen bir yetki halihazırda belirli anayasal hakları sınırlandırılmasını içerdiğinin kabulü¹⁴⁷⁹, aslında bu yetki maddelerinin içerdiği belirli bir maddi anayasal değere işaret eder. Burada bir yetki maddesinin anayasal hakları sınırlandırabilirliğinin ön

¹⁴⁷³ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377.

¹⁴⁷⁴ Anayasanın bir yetki haritası olarak nitelendirilmesi için bkz. Ivo D. Duchacek, **Power Maps: Comparative Politics of Constitution**, Santa Barbara, ABC-Clio, 1973, s. 3.

¹⁴⁷⁵ Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 71; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 63.

¹⁴⁷⁶ Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 71; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377; Stern, "Die Grundrechtskollisionen", s. 685-686; Piero, "Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen", s. 445 vd.; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 63; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 94; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 95 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 278 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 323; Gärditz, "Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung", s. 236; Bolz, **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, s. 166; Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 128-129.

¹⁴⁷⁷ Anayasal hakların, devletin yetkilerin sınırlandırılması anlamında bir negatif yetki normu olduğu yönünde bkz. Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 80; Gärditz, "Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung", s. 236 vd.; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 35-36.

¹⁴⁷⁸ Bkz. **Bölüm 2.2.2.** ve **Bölüm 2.2.3.**

¹⁴⁷⁹ Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 71; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 377.

koşulu, içeriği bakımından belirli bir menfaati veya kurumu anayasal olarak güvence altına almak için bir maddi kararı ifade etmesidir.¹⁴⁸⁰ Bu hususa, genel olarak bütün yetki maddeleri için değil, yalnızca ilgili yetki maddesi ve bağlamı temelinde ayrı ayrı karar verilir.¹⁴⁸¹ Sözelimi, ordunun fonksiyonelliği, yargının fonksiyonelliği veya ülkenin korunması gibi anayasanın etkili bir şekilde geçerli olması ve devletli bir toplumsal hayatı düzenleme imkanının koşullarını ifade eden anayasanın ön koşulları, anayasadaki yetki maddelerinde somutlaşmış ve böylece ilgili yetki maddelerini anayasal hakları sınırlandırmaya elverişli hale getirmiştir.

2.3.6.2.2.3.5. Anayasal Yükümlülükler

Anayasada açıkça veya zımni olarak öngörülen anayasal yükümlülükler de sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlayabilir. Vatandaşların devlet ile olan ilişkisini ve önemli alanlarda bireyin topluma olan bağlılığını belirleyen anayasal görevler, anayasal hakları kısıtlayıcı bir etkide bulunabilir ve bu bağlamda devlete sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlama hakkını verir.¹⁴⁸² Nitekim bazı anayasal yükümlülükler, belirli haklara özgü olarak doğar. Sözelimi Alman Anayasası Madde 14/2’de ve Türk Anayasası Madde 35/3’te mülkiyetin toplumsal yarara uygun olarak kullanma yükümlülüğü bireye yüklenmiştir. Burada bazı anayasal haklarda öngörülen yükümlülükler, bir anayasal sınır oluşturarak ilgili anayasal hakların kapsamını da tahdit edebilir. Anayasal yükümlülükler bir sınırlama klozu veyahut bir yasa kaydı olarak değil, hakkın kapsamını daraltan bir tahdit/anayasal sınır olarak belirlendiğinde, anayasal yükümlülükler, anayasal hakların kapsamını tahdit eder. Sözelimi, Alman Anayasası Madde 5/3’te ve Türk Anayasası Madde 27/2’de öngörülen

¹⁴⁸⁰ Gärditz, “Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung”, s. 236; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 398; Stern, “Die Grundrechtskollisionen”, s. 686-687; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 325; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 269. Pieroth ise anayasanın yetki normlarının bir hukuk kurumunu açıkça veya zımni olarak içermesi durumunda, anayasal hakları sınırlayabileceğini ileri sürer. Bkz. Pieroth, “Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen”, s. 433 vd., 445, 447. Wülfing ise ancak anayasa koyucu tarafından yetki normlarına anayasal hakları sınırlama anlamı atfedildiğinde, yetki normlarının anayasal hakları sınırlayabileceğini kabul eder. Bkz. Wülfing, **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, s. 128-129.

¹⁴⁸¹ Gärditz, “Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung”, s. 236.

¹⁴⁸² Rolf Stober, “Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension”, **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1982, pp. 473-479, s. 478; Hasso Hofmann, “Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 41, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, s. 76; Hasso Hofmann, “Grundpflichten und Grundrechte”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 726-727. Randelzhofer, “Grundrechte und Grundpflichten”, s. 620; Starck, “Artikel 1”, s. 112.

yükümlülükler bunu ifade eder. Ancak anayasal hakları tahdit eden anayasal yükümlülükler, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandıran bir anayasal değer olarak belirlenemez. Bu tip anayasal yükümlülükler, toplanma özgürlüğünü tahdit eden barışçıl ve silahsız toplanma gibi anayasal hakların açık anayasal sınırlarından birisini teşkil eder. Bunların yanı sıra genel olarak geçerli anayasal yükümlülükler de söz konusudur. Vergi yükümlülüğü, askerlik yükümlülüğü ve okuma/okul yükümlülüğü gibi yükümlülükler buna örnektir.¹⁴⁸³ Anayasal hakların, negatif yetki normu olması gibi¹⁴⁸⁴, anayasal yükümlülükler devletin yetkilerini güçlendiren ve sağlamlaştıran pozitif yetki normlarıdır.¹⁴⁸⁵ Bu bağlamda, yetki normlarının anayasal yükümlülükler ile birlikte ele alınarak devlete bir yükümlülük yüklemesi ile devlet anayasal yükümlülüklere dayanarak sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırabilir.

2.3.6.2.3. Ara Sonuç

Özetlemek gerekirse, diğer anayasal değerlerin anayasal hakları sınırlandırması için anayasa maddelerinden, (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlandırabilecek anayasal değerlerin yorum yöntemleri kullanarak elde edilmesi gerekir.¹⁴⁸⁶ Ancak bu, diğer anayasal değerlerin (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlaması için yeterli değildir. Yorum yöntemleri kullanılarak elde edilen anayasal değerlerin aynı zamanda devlete (sınırlama kaydı olmayan) anayasal hakları sınırlama yükümlülüğünü yüklemesi gerekir.¹⁴⁸⁷ Bu iki unsur da gerçekleştiğinde, burada anayasal haklar ile diğer anayasal değerler arasındaki gerçek olmayan çatışmanın çözülmesi gerekir. Bu bağlamda, anayasal haklara yapılan sınırlamanın negatif edim yükümlülüğünde¹⁴⁸⁸ veyahut salt pozitif edim yükümlülüğünde¹⁴⁸⁹ uygulanan ölçülülük ilkesinin gerekliliklerine uyması gerekir. Her halükârda, devletin gerçekleştirdiği

¹⁴⁸³ Hofmann, "Grundpflichten und Grundrechte", s. 726-727; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 107-108; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 394.

¹⁴⁸⁴ Bu yönde bkz. Stern, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", s. 80; Gärditz, "Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung", s. 236 vd.; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 35-36.

¹⁴⁸⁵ Hofmann, "Grundpflichten und Grundrechte", s. 727.

¹⁴⁸⁶ Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 557-558; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 67 vd. Aynı yönde bkz. Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264-265.

¹⁴⁸⁷ Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 264 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 46. Misera-Lang ise burada çatışma potansiyelinin yeterli olduğunu belirtir. Bkz. Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 337 vd.

¹⁴⁸⁸ Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.**

¹⁴⁸⁹ Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.1.**

sınırlamanın anayasal hakların özüne dokunmaması gerekir.¹⁴⁹⁰

2.3.6.3. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Niteliksel/Argümantatif Farklılığı

Burada halledilmesi gereken diğer bir sorun ise sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar ile sınırlama kaydı bulunan anayasal haklar arasında sınırlandırılabilirlik bakımından niteliksel veya hiyerarşik bir fark olup olmadığıdır. Alman anayasa hukuk literatürü, sınırlandırılabilirlik bakımından diğer anayasal haklar arasında bir fark olmadığı görüşünü benimsemiştir.¹⁴⁹¹ Bu görüşün temelinde ise yasama organına verilen sınırlama yetkilerinin anayasal olarak derecelendirilmesinin pek bir anlamının olmamasında yatmaktadır.¹⁴⁹² Özellikle, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların diğer anayasal değerlerle sınırlandırılmasının, nitelikli bir yasa kaydı olarak değerlendirilmesi¹⁴⁹³ ve anayasa kaydı (*Verfassungsvorbehalt*) olarak ifade edilmesi söz konusudur.¹⁴⁹⁴ Buna göre, bir anayasal hakkın sınırlama kaydının bulunmaması, bu anayasal hakkı kendiliğinden sınırlama kaydı bulunan anayasal haklara nazaran daha korunmaya değer kılmaz.¹⁴⁹⁵ Diğer bir deyişle, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal

¹⁴⁹⁰ Bkz. **Bölüm 1.4.2.**

¹⁴⁹¹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 54 vd.; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 477; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 990; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1039-1040.

¹⁴⁹² Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 54.

¹⁴⁹³ Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 430; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 374-375; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 70; Ralf Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 192.

¹⁴⁹⁴ Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, s. 7 vd.; Klaus Stern, "Die Bindung der Gesetzgebung", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 1302; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 56 vd.; Walter Schmidt, "Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 106, No. 4, 1981, pp. 497-525, s. 500 vd., 521-525; Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 357 vd.; Christian Waldhoff, **Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt: Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie**, Baden-Baden, Nomos, 2016, s. 16-17; Max Milas, "Einschränkbarkeit des Grundrechts: Schranken", **Grundrechte**, Ed. by Lisa Hahn - Maximilian Göttrich - Dana-Sophia Valentiner - Nora Wienfort, Berlin, Walter de Gruyter, 2022, s. 66; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1040. Krş. Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 372 vd.; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 140.

¹⁴⁹⁵ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 127; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 477; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1039-1040.

hakların basit veya nitelikli yasa kaydı bulunan anayasal haklara soyut bir üstünlüğü/önceliği olamaz.¹⁴⁹⁶

Ancak bu görüş kısmen yerinde değildir. Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılması ve dolayısıyla korunması diğer anayasal haklara göre farklılıklar içerir.¹⁴⁹⁷ Zira sınırlama kaydı içermeyen anayasal haklar, anayasa koyucunun iradesine göre, yasama organının sınırlamalarına karşı en güçlü şekilde korunan haklardır.¹⁴⁹⁸ Bu bağlamda, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar, soyut bir ayrıcalık içerir.¹⁴⁹⁹ Anayasa koyucunun iradesi dikkate alındığında (tarihsel teleolojik ve genetik yorum), yasama organı, basit yasa kaydına tabi anayasal haklarda en geniş hareket alanına sahipken, nitelikli yasa kaydına tabi anayasal haklarda bu hareket alanı daha da daralmaktadır. Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarda ise yasama organının hareket alanı, en dar formunu alır.¹⁵⁰⁰ Bununla birlikte bu durum sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların soyut konumunu ifade eder. Diğer taraftan sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların halihazırda sınırlanabileceği açık olduğu, burada yasama organına açık çek verilerek daha zayıf bir anayasal hak yapısının ortaya konduğu ve basit yasa kaydına tabi anayasal haklar ile sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar arasında bir fark olmadığı görüşü ileri sürülebilir. Ancak kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁵⁰¹, anayasal hakların yorumlanması genel ilkelere odaklı olarak değil, her hakkın koruma konusuna göre, diğer bir deyişle konu odaklı olarak yapılır. Dolayısıyla yasama organının hareket alanının en dar formunu almasının sınırlama kaydı olmayan her anayasal hakta ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Her halükârda, anayasa koyucunun bu iradesinin bulunması olgusu, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlayan ve diğer anayasal

¹⁴⁹⁶ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 139; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 697; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 477; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1039-1040; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 70-71.

¹⁴⁹⁷ Thoma, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", s. 33 vd.

¹⁴⁹⁸ Heiner Blaesing, "Grundrechtskollisionen", **rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr-Universität Bochum**, Dissertation, 1974, s. 146-147; Bleckmann, **Staatsrecht II**, s. 433; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 58; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 53 vd.; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 286.

¹⁴⁹⁹ Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 58.

¹⁵⁰⁰ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 67. Aksi yönde bkz. Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 88.

¹⁵⁰¹ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.**

haklara göre fark gözetmeyen devlete bu davranışını/sınırlamasını gerekçelendirme yükümlülüğü yükler. Gerçekten de bütün anayasal haklar/anayasa maddeleri aynı değerde olsa bile, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında devletin ek gerekçelendirme yükümlülükleri doğar.¹⁵⁰² Burada devlet, sınırlama kaydı olan anayasal haklardan farklı olarak, norm metninde yer almayan bir sınırlamayı norma nasıl inşa ettiğini anayasal yorum yöntemlerine başvurarak gerekçelendirmektedir.

Bunun yanı sıra, çatışan anayasal değerler, yalnızca sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları değil, aynı zamanda basit veya nitelikli yasa kaydı bulunan anayasal hakları da sınırlar.¹⁵⁰³ Çatışan anayasal değerlerin, yalnızca belirli anayasal haklarla çatıştığının kabul edilmesi, yine anayasanın bütünlüğüne aykırı olmaktadır. Nitekim anayasal değerlerin, basit veya nitelikli yasa kaydı bulunan anayasal haklara uygulanamaması, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların diğer bir anayasal hakla çatışarak sınırlandırılabilceği anlayışına da aykırı düşer. Zira anayasal hak çatışmalarında, yalnızca sınırlama kaydı olan anayasal hak değil, çatışan anayasal hak da sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, çatışan anayasal değerlerin sınırlama kaydı olan anayasal hakları da sınırlandırılabilceğinin kabulü gerekir. Bu durumda, çatışan anayasal değerlerin gerçekleştirdiği sınırlama, yasa kaydına dayanılarak yapılan sınırlamadan ayrı sınırlama kategorisi teşkil eder. Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar, yalnızca çatışan anayasal değerler ile sınırlandırılabilirken, basit veya nitelikli yasa kaydı olan anayasal haklar, hem yasa kaydı hem de çatışan anayasal değerlerle sınırlandırılabilir.

¹⁵⁰² von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 63.

¹⁵⁰³ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 34; Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken", s. 170; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 188; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 50-51; Milas, "Einschränkbarkeit des Grundrechts: Schranken", s. 66; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 55; Katz, **Staatsrecht**, s. 300; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 119; Renata Camilo de Oliveira, **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, s. 126; Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", s. 261; *BVerfGE* 66, 116 (136) - Springer/Wallraff [1984]; *BVerfGE* 73, 118 (166) - 4. Rundfunkentscheidung [1986]; *BVerfGE* 111, 147 (157) - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]; *BVerfGE* 124, 300 (327 vd.) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009]. Farklı yönde bir görüş için bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 81. Aksi yönde bir görüş için bkz. Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 72-73; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 100.

2.3.6.4. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Hakların Yasa ile Sınırlanması

Son olarak sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasının içkin sınırlama olarak adlandırılması (*verfassungsimmanente Schranken*), hakkın kapsamının tahdit edileceği bir içkin sınırlama anlamına gelmez. Burada sınırlamanın içkinliği, sınırlama klozlarının/yasa kayıtlarının açıklığının aksine, sınırlamanın anayasaya içkinliğini ifade eder.¹⁵⁰⁴ Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında, hakkın kapsamının daraltılması/tahdidi söz konusu olmadıęından¹⁵⁰⁵, devletin müdahalesi yasaya veya yasaya dayanan bir düzenlemeye dayanmak zorundadır. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların, diğer anayasal haklara nazaran daha korunaklı bir yapı içermesinin kabulü de sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında, yasaya dayanma zorunluluğunu gerektirir. Zira sınırlama kaydı olan anayasal haklar için geçerli olan devletin her müdahalesinin yasaya dayanması geekliliği/güvencesi, evleviyetle (*argumentum a fortiori*) sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar için de geçerlidir.¹⁵⁰⁶ Yaygın olarak benimsenen görüşe göre, yasama organının sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkı sınırlandırmaya ilişkin yasama faaliyeti, sınırlama bakımından kurucu değil, açıklayıcı bir nitelik taşır. Yasama organı, anayasada kurucu olarak belirlenen sınırları açıklayıcı niteliğinde olan bir kararla görürnür kılar.¹⁵⁰⁷ Bu husus, formel yasanın geekliliğini engellemez ve fakat yasama organının sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırırken anayasadan elde edilen değerler dışındaki amaçlarla sınırlandırılmasını engeller. Burada yasa koyucu anayasayı takip etmek ve onun belirlediği sınırlar içerisinde kalmak zorundadır.¹⁵⁰⁸

¹⁵⁰⁴ Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 139; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 126.

¹⁵⁰⁵ Aksi yönde bkz. Bamberger, "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?", s. 372 vd.

¹⁵⁰⁶ Milas, "Einschränkbarkeit des Grundrechts", s. 66-67; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 49; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art. 1", s. 35; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1046; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 121; Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", Rn. 65; Kingreen - Poscher, **Grundrechte** s. 100.

¹⁵⁰⁷ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 125-127; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 702-703; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 341; Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", s. 476-477; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 374; Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, s. 286; Hillgruber, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", s. 990; Hillgruber, "Grundrechtsschranken", s. 1046; Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 121.

¹⁵⁰⁸ Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, s. 125-127; Bethge, "Grundrechtskollisionen", s. 702-703; Isensee, "Grundrechtsvoraussetzungen

2.4. ARA SONUÇ

İçkin sınırlamanın anayasal haklara olan etkisi, içkin sınırlamanın anayasal hakların kapsamı aşamasına veya müdahalenin/sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasına etki edip etmediğine göre değişmektedir. İçkin sınırlama hakkın kapsamına etki ettiğinde, hakkın kapsamını tahdit eder. Böylece tahdit edilen davranış, menfaat veya pozisyon, hakkın kapsamından çıkartılarak hak sahibi anayasal hakkın korumasını tetikleyemez. Nitekim yukarıda da kapalı bir şekilde ifade edildiği üzere¹⁵⁰⁹, anayasal hak normlarının kesin hukuki sonuçlarını doğurması aslında ikili şarta bağlanmıştır. Buna göre, anayasal hak normunun kesin hukuki sonucunun doğabilmesi için ilgili davranışın, menfaatin veya pozisyon hakkın kapsamında bulunması ve yapılan müdahalenin/sınırlamanın şekli ve maddi anayasal gereklilikleri yerine getirmede başarısız olması gerekir. Eğer bir davranış, menfaat veya pozisyon bir anayasal hakkın kapsamına girmiyorsa, ilgili anayasal hak normu hiçbir şekilde vakaya uygulanmaz. İçkin sınırlamanın anayasal hakların kapsamını tahdit ettiği durumda, anayasal hak normunun ilgili vakaya uygulanmaması gerçekleşmiş olur. Bu durumda, devletin ilgili müdahalede herhangi bir maddi veya şekli anayasal gerekliliği yerine getirmesine gerek yoktur. Dolayısıyla devletin hakkın kapsamından dışlanmış bir davranış, menfaat veya pozisyon için bir önlem alırken yasaya da dayanması gerekmez.

İçkin sınırlamanın hakkın kapsamı aşamasına değil, ancak müdahalenin/sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasına etki ettiği durumlarda, anayasal hakkın sahibinin ileri sürdüğü normatif argümanı zayıflar. Bu durum, kendiliğinden sınırlamanın ölçülü bulunması ile sonuçlanmaz ve fakat hak sahibini yapılacak olan dengelemede oldukça dezavantajlı bir konuma sokabilir. Burada, anayasal hak normunun nihai sonucunun gerçekleşmesi için gerekli ikili şarttan ilki olan hakkın kapsamı unsurunun gerçekleşmesi söz konusudur. Hakkın kapsamı şartının gerçekleşmesi durumunda, müdahalenin/sınırlamanın tabi olduğu bazı şekli anayasal gereklilikler söz konusu olur. Burada ortaya çıkan en önemli şekli gereklilik müdahalenin/sınırlamanın hukukiliğidir. İçkin sınırlamanın yalnızca müdahalenin/sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasına etki ettiği durumlarda, müdahalenin hukuki olma zorunluluğu ortaya çıkar. Burada devletin yasaya dayanmaması durumunda, ihlal gerçekleşecektir. Devletin müdahalesinde/sınırlamasında bu şekli gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, maddi

und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", s. 341; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 374-375.

¹⁵⁰⁹ Bkz. **Bölüm 1.5.**

anayasal gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği incelenir. Ölçülülük ve öze dokunma unsurlarından birisinin gerçekleşmesi ile anayasal hak normunun nihai sonucu meydana gelir.

Her ne kadar her bir içkin sınırlama kategorisi içerisinde belirtilse de, burada içkin sınırlama kategorilerinde, açıkça hangi kriterlere dayanılarak, içkin sınırlamanın hakkın kapsamına veyahut sınırlamanın/müdahalenin meşrulaştırılması aşamasına etki ettiğinin belirtilmesi gerekir. Bu bağlamda ilk olarak anayasal hakları kullanma ehliyeti¹⁵¹⁰ sınırlamasını/tahdidini ele almak gerekir. Anayasal hakları kullanma ehliyeti aslında hakkın kapsamına veyahut yasaklanan alana bir etkisi olmaz. Bu sınırlamada, eşyanın doğası gereği bu hakları kullanamayacak olan kişilerin, anayasal hakları kullanamayacağı belirtilir. Bu bağlamda, 3 yaşındaki bir bebeğin potaya smaç basamayacağını düzenlemek/söylemek, bu bebeğin yaşam/hareket alanını ne kadar kısıtlarsa, anayasal hakları kullanma ehliyeti de hakkın kapsamına ve yasaklanan alanına o kadar etki eder. Dolayısıyla, anayasal hakları kullanma ehliyeti aslında bariz olanın ifadesidir. Bu sebeple, devletin herhangi bir yasaya dayanma gerekliliği yoktur ve fakat bazı davranışlar için yaş sınırlarının toplumsal birey dikkate alınarak yasa ile belirlenmesinde yarar vardır.

Mutlak haklar ve fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları tahdidi¹⁵¹¹, bazı davranışları anayasal hakların kapsamından en başından itibaren dışlar. Mutlak hakların kapsamında yer alan bir davranışa, menfaate, duruma veya pozisyona zarar veren her davranış, herhangi bir anayasal hakkın kapsamında yer alamaz ve devletin negatif veya pozitif yükümlülüğünün konusunu oluşturamaz. Anayasaya aykırı olmadığı şüphesiz olan veya kabul edilen ve fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normlarının yasakladığı davranışlar/fiiller, herhangi bir anayasal hakkın kapsamında en başından itibaren yer alamaz.

İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin¹⁵¹² anayasal haklarının sınırlanması/tahdidi, mensup oldukları kurumun amacı/fonksiyonu çerçevesinde gerçekleşir. Burada kurumun amacı ve fonksiyonu temel belirleyici kriterdir. İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin davranışları veya talepleri, mensup oldukları kurumun fonksiyonu ile yalnızca uyumuyorsa, bu durumda bu kişilerin ilgili davranışları, talepleri ve menfaatleri anayasal hakların kapsamına girer. Bununla birlikte, bu davranışların,

¹⁵¹⁰ Bkz. **Bölüm 2.3.1.**

¹⁵¹¹ Bkz. **Bölüm 2.3.2.**

¹⁵¹² Bkz. **Bölüm 2.3.3.**

taleplerin ve menfaatlerin ilgili kurumun fonksiyonu ile uyuşmaması, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin bu yöndeki normatif argümanlarını zayıflatır. Devletin gerçekleştirdiği bu sınırlandırmada, maddi ve şekli anayasal gerekliliklerin hepsinin yerine getirilmesi gerekir. İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin davranışları veya talepleri, mensup oldukları kurumun fonksiyonuna aykırıysa veya açık bir şekilde çelişiyorsa, bu durumda bu kişilerin ilgili davranışları, talepleri ve menfaatleri ilgili anayasal hakkın kapsamından dışlanır. Dolayısıyla davranışları veya talepleri yer aldıkları kurumların fonksiyonu ile açıkça çelişen kişiler, bu davranışlara ve taleplere ilişkin anayasal hakların korumasını tetikleyemez. İlgili anayasal hakkın tahdit edilmesinden dolayı, devletin herhangi bir maddi veya şekli anayasal gerekliliği yerine getirmesi gerekli değildir.

Kurumsal anayasal hakların oluşturduğu içkin sınırlama¹⁵¹³, bu hakların güvence altına aldığı kurumların yapısına ilişkindir. Anayasal hak norm metnine yansımayan ve fakat yasal düzeyde öngörülen normatif gereklilikler, kurumsal anayasal hakların içkin olarak sınırlanmasını gerçekleştirir. Burada öngörülen normatif gerekliliklerin ilgili kurumu koruma amacıyla mı yoksa bireysel/toplumsal yarar amacıyla mı ihdas edildiğinin tespiti temel mahiyettedir. Yasal düzeyde olan ve bireylere yükler yükleyen bu normatif yükümlülükler, ilgili kurumun korunması amacıyla ihdas edilmişse, öngörülen bu yükümlülükler dolayısıyla bireyler kurumsal anayasal hakların korumasından yararlanamaz. Ancak yasal düzeydeki normatif gerekliliklerin bireysel/toplumsal yarar amacıyla ihdas edilmiş olması durumunda, bireyler, kurumsal anayasal hakların korumasından faydalanabilecektir. Bununla beraber, bireylerin somut vakada ileri sürdükleri anayasal hakların kapsadığı normatif argümanları belirli ölçüde zayıflayacaktır. Kurumsal anayasal hakların yapısı gereği, kurumsal anayasal haklar hem tahdit edildiğinde hem de sınırlandırıldığında, devletin yasaya dayanması gerekmektedir.

Mücadeleci demokrasi kaydı¹⁵¹⁴, demokratik temel düzenin ve anayasanın temel değerlerinin yok edilmesi *tehlikesine* karşı demokrasiye kendi düşmanları ile etkili bir şekilde kavga edebilme gücü veren araçlardan birisidir. Burada belirleyici olan kriter, her bir anayasal sistemde ve her bir vakada ortaya çıkan tehlikenin soyutluğu/somutluğu ve yakınlığıdır. Bir vakada, kişinin davranışları, demokratik temel düzene ve anayasanın temel değerlerine yönelik somut, yüksek ve yakın bir tehlike

¹⁵¹³ Bkz. **Bölüm 2.3.4.**

¹⁵¹⁴ Bkz. **Bölüm 2.3.5.**

oluşturuyorsa, bu tip davranışlar anayasal hakkın kapsamından tahdit edilir. Dolayısıyla kişinin bu davranışları sebebiyle ölçülü bir yaptırıma uğraması durumunda, bu kişinin korunmasını tetikleyebilecek bir anayasal hak söz konusu olmaz. Ancak kişinin davranışları demokratik temel düzene ve anayasanın temel değerlerine yönelik soyut, düşük ve olası olmayan bir tehlike teşkil ediyorsa, bu tip davranışlar, anayasal hakların kapsamından tahdit edilmez. Bu durumda, kişiler bu davranışları sebebiyle uğradıkları yaptırımlar dolayısıyla, ilgili anayasal hakların korumasını tetikleyebilirler. Ancak her halükârda, bu kişilerin söz konusu vaka bakımından yapılacak olan dengeleme mede normatif argümanları zayıflar.

Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar¹⁵¹⁵, ne hakkın kapsamını tahdit eden ne de bu hakların sahiplerinin normatif argümanlarını zayıflatan bir etkide bulunur. Sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar, norm metinlerinde özel veya genel bir sınırlama klotuna sahip olmadıklarından dolayı, bu hakların nasıl ve hangi usulle sınırlandırılabilirliği ile ilgili bir sorunu içerisinde barındırır. Çatışan anayasal değerlerin, bütün haklara uygulanan ayrı bir sınırlandırma kategorisi teşkil etmesi, bu bağlamda bu sorunu teorik olarak çözmektedir. Nitekim burada anayasal hakların sınırlandırılması için anayasanın öngördüğü şekli ve maddi gereklikler, belirli farklılıklarla birlikte sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların çatışan anayasal değerler ile sınırlandırılmasına uygulanır.

İçkin Sınırlama Kategorisi	Etkilediği Alan	Etki Şekli	Etkilerin Ayrım Kriteri	Yasaya Dayanma Zorunluluğu
Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti	Hakkın Kapsamı	Tahdit	—	Yok. (Yasaya dayanmada fayda var)
Mutlak Anayasal Haklar	Hakkın Kapsamı	Tahdit	—	Yok.
Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları	Hakkın Kapsamı	Tahdit	—	Var.
İktidar/İdare ile Yakın İlişkide	Hakkın Kapsamı veya Yasaklanan	Tahdit veya Sınırlama	Mensup/Tabi Olunan Kurumun	Çerçeve Yasa Gerekliliği

¹⁵¹⁵ Bkz. **Bölüm 2.3.6.**

Olanlar	Alan		Fonksiyonu ile Uyuşma/Açıkça Çelişme	
Kurumsal Anayasal Haklar	Hakkın Kapsamı ve Yasaklanan Alan	Tahdit ve Sınırlama	Yasanın Kurum- içi veya Kurum- dışı Amacı Takip Etmesi	Var.
Mücadeleci Demokrasi Kaydı	Hakkın Kapsamı veya Yasaklanan Alan	Tahdit veya Sınırlama	Anayasaya/Özgür Demokratik Düzene Yönelen Açık ve Somut Tehlike	Tahditte Yok; Sınırlamada Var.
Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar	Yasaklanan Alan	Sınırlama	—	Var.

Tablo - 5

İçkin sınırlama kategorileri birbirlerinden izole bir şekilde uygulanmamaktadır. İçkin sınırlama kategorilerinin bir arada uygulandığı vakalar gerçekleşebilmektedir. Sözgelimi başörtüsü takan bir öğretmenin, öğrencilerin negatif din özgürlüğü hakkından dolayı memuriyetten azledilmesi/ihraç edilmesi, hem iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisini, hem de sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar kategorisini bu vakaya uygulanması ile sonuçlanır. Bu durumda, sınırlama kaydı olmayan bir anayasal hakkın sınırlandırılmasına ilişkin kriterler¹⁵¹⁶ ile iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin kriterler¹⁵¹⁷ birlikte vakaya uygulanacaktır. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkın kişinin normatif argümanına güçlendiren bir etkide bulunma ihtimali varken, yakın ilişki kategorisinin normatif argümanı zayıflatma etkisi bulunmaktadır. Nitekim bir öğretmenin başörtüsü takması, eğitim fonksiyonu ile yalnızca uyuşmadığı için anayasal haklar tarafından güvence altına alınan pozitif din özgürlüğünün kapsamında yer alır. Burada çatışan anayasal değer, öğrencilerin negatif din özgürlüğü olduğu için anayasal hakların çatışmalarına uygulanan çözüm araçları¹⁵¹⁸ uygulanır. Başka bir örnek ise aşırı örgütlere mensup olan bir memurun durumunda gerçekleşir. Nasyonal sosyalizmin pençesinden yenice kurtulmuş bir ülkede aşırı örgütlere üye olan ve memuriyetinde bu

¹⁵¹⁶ Bkz. **Bölüm 2.3.6.2.3.**

¹⁵¹⁷ Bkz. **Bölüm 2.3.3.3.**

¹⁵¹⁸ Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.2.**

örgütlerin endoktrinasyonunu gerçekleştiren bir öğretmenin memuriyetten ihraç edilmesi, hem iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisini, hem de mücadeleci demokrasi kaydı kategorisini gündeme getirir. Bu durumda, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin kriterler¹⁵¹⁹ ile mücadeleci demokrasi kaydına ilişkin kriterler¹⁵²⁰ bir arada vakaya uygulanır. Burada temel belirleyici etken mücadeleci demokrasi kaydıdır. Zira öğretmenin aşırılık hareketleri aynı zamanda eğitimin fonksiyonu ile uyuşmama/açıkça çelişme ilişkisini oluşturacaktır. Faşizmin yeniden dirilmesinin olası olduğu bir zaman ve yerde, bir öğretmenin aşırı örgütlere bağlı olarak öğrencilerine aşırı görüşlerin endoktrinasyonunda bulunması, demokratik temel düzene ve anayasanın temel değerlerine yönelik somut, yüksek ve yakın bir tehlike oluşturur. Bu bağlamda, öğretmenin bu davranışları, en başından itibaren ilgili anayasal hakların kapsamından tahdit edilmiştir. Bu öğretmenin endoktrinasyon yapmadığını ve aşırı bir örgütün yalnızca pasif bir üyesi olduğunu kabul ettiğimizde aşırı örgüte üye olan bu öğretmenin demokratik temel düzene ve anayasanın temel değerlerine yönelik soyut bir tehlike teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda, öğretmenin gerek eğitim fonksiyonu ile uyuşmayan gerekse de soyut bir tehlike oluşturan davranışları, ilgili anayasal hakların kapsamında yer alacaktır ve fakat öğretmenin normatif argümanlarını her iki içkin sınırlama kategorisi de zayıflatacaktır.

Sonuç olarak içkin sınırlama kategorileri, vakalara bir arada uygulanabilmektedir. Birden fazla içkin sınırlama kategorisinin nasıl uygulanacağı, vakadan vakaya değişmektedir. Nitekim bir arada uygulanan içkin sınırlama kategorilerinin, kişinin anayasal haklarını nasıl etkileyeceği de vakanın koşullarına bağlıdır.

Bunlardan ayrı olarak, içkin sınırlama kategorilerinin uygulaması başvuruların ve şikâyetlerin şekli olarak usulen kabul edilmediği ve fakat yine de esasına girildiği açıkça dayanaktan yoksunluk kararları gibi kararlarda ortaya çıktığını da belirtmek gerekir.

Genel olarak anayasal hakların sınırlandırılması, olağanüstü rejimde anayasal hakların sınırlandırılması ile olağan rejimde anayasal hakların sınırlandırılması olarak ikiye ayrılır. Olağanüstü rejimde devlet, anayasal hakları sınırlandırmanın ötesine geçerek anayasal hakları askıya alabilir veya normal sınırlama rejimine aykırı önlem alabilir. Olağan rejimde anayasal hakların sınırlandırılması ise anayasal hakların sınırlandırılması ve anayasal hakların tahdidi olarak ikiye ayrılır. Anayasal hakların

¹⁵¹⁹ Bkz. **Bölüm 2.3.3.3.**

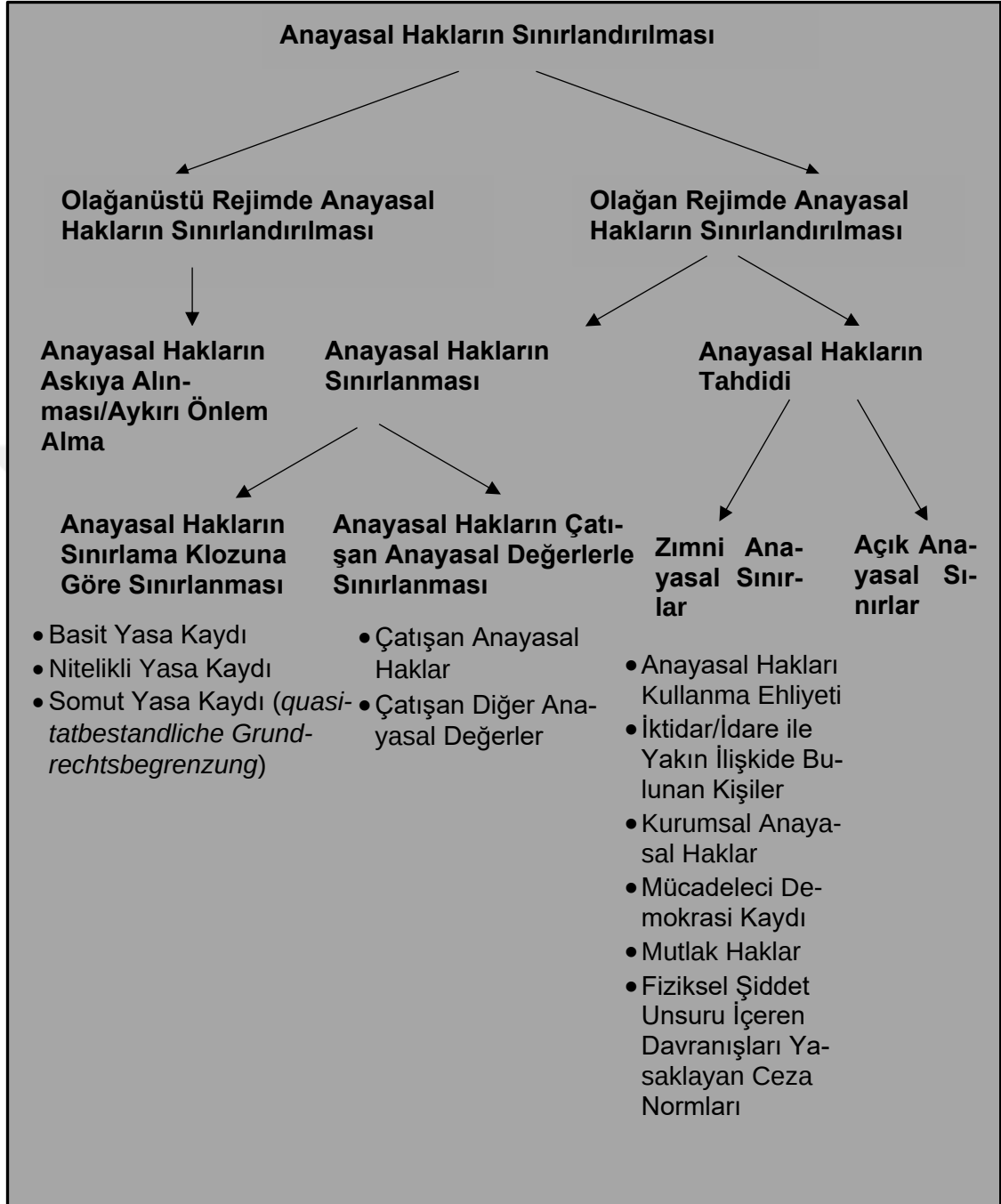
¹⁵²⁰ Bkz. **Bölüm 2.3.5.3.**

sınırlanması da anayasal hakların sınırlama kaydına göre sınırlanması ve anayasal hakların çatışan anayasal değerlerle sınırlanması olarak ikiye ayrılır. Anayasal hakların sınırlama kaydına göre sınırlanması, her bir anayasal hak için özel olarak öngörülen sınırlama klotlarına göre sınırlanmasını ifade eder. Bu bakımdan, anayasal hakların sınırlanması özellikle basit yasa kaydı, nitelikli yasa kaydı ve somut yasa kaydına göre farklılık arz eder. Anayasal hakların anayasal değerlerle sınırlanması ise özellikle çatışan anayasal haklar ve çatışan diğer anayasal değerler bakımından belirli bir farklılık arz eder. Nihayetinde, (doğrudan) anayasal sınırlar (*verfassungsunmittelbare Schranken*)¹⁵²¹ olarak da ifade edilen¹⁵²² anayasal hakların tahdidi, açık ve zımni anayasal sınırlar olarak ikiye ayrılır.¹⁵²³ Açık anayasal sınırlar, anayasal hakkın norm metninde doğrudan yer alan ve anayasal hakkın kapsamını tahdit eden sınırlardır. Sözgelimi, “barışçıl ve silahsız” ibaresi, toplanma özgürlüğü hakkının açık anayasal sınırını oluşturur. Zımni anayasal sınırlar ise anayasal hakları kullanma ehliyeti, mutlak haklar, ceza normları, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler, kurumsal anayasal haklar ve mücadeleci demokrasi kaydıdır.

¹⁵²¹ Sachs, Alman anayasa hukuk doktrinde kullanılan bu terime yerinde bir şekilde itiraz eder. Zira anayasal hakların bütün sınırları zorunlu olarak doğrudan anayasadan doğar. Bkz. Sachs, “Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, s. 495; Katz, *Staatsrecht*, s. 292; O. Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul, Beta, 2000, s. 8.

¹⁵²² Bkz. Stern, “Einleitung”, s. 59; Eckhoff, *Der Grundrechtseingriff*, s. 23; Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, s. 1042-1043; Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, s. 85-86; Stemmler, *Das “Neminem-laedere-Gebot”*, s. 37-40.

¹⁵²³ Krş. Guckelberger, “Schranken der Grundrechte”, Rn. 30-31.



Tablo - 6

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULAMADA İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİ

Bundan önceki iki bölümde teori ağırlıklı olarak anayasal hakların yapısı, nasıl sınırlandıracağı, anayasal hak dogmatik ve benimsenen içkin sınırlama kategorilerinin bu dogmatik içerisindeki yeri gösterildi. Nitekim bu bölümlerde ortaya konan anayasal hak dogmatik ve içkin sınırlama kategorilerinde, bu tezde incelenen anayasal sistemlerde belirli ölçüde mevcut içtihat hukuku izlendi. Yine de bu tezde ileri sürülen içkin sınırlama kategorilerinin anayasal sistemlerin içtihat hukukunda ne ölçüde izlendiğinin daha açık bir şekilde gösterilmesi gerekir. Bu bağlamda, içkin sınırlama kategorilerinin Alman Anayasası (3.1.), AİHS (3.2.) ve Türk Anayasası (3.3.) çerçevesinde uygulaması incelenecektir.

3.1. ALMAN ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİN UYGULANMASI

Alman Anayasası çerçevesinde içkin sınırlama kategorilerinin nasıl uygulandığı gösterilmeden önce (3.1.2.), Alman anayasa hukuk doktrininde ve içtihat hukukunda baskın olarak kabul edilen anayasal haklara ilişkin temel hususlar ve sınırlama dogmatik kısaca incelenecektir (3.1.1.).

3.1.1. Anayasal Haklara İlişkin Temel Hususlar ve Sınırlama Dogmatik

Alman Anayasası'nda anayasal haklar Madde 1-19 arasında düzenlenmiştir. Ancak bu maddeler dışında, anayasal haklara ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda, sözgelimi direnme hakkına (Madde 20/4), memuriyete (Madde 33) ve seçme ve seçilme hakkına (Madde 38) ilişkin düzenlemeler, anayasal haklara eş değerde haklar (*grundrechtsgleiche Rechte*) olarak kabul edilir. Anayasal haklara eş değerde haklar için de anayasa şikâyetine başvurulabilir.¹ Bunlara ek olarak, Alman

¹ Michael Sachs, "Der Bestand der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988, s. 350 vd.; Michael Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 37; Michael Sachs, **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 2017, s. 14-17; Hans D. Jarass, "Vorbemerkungen vor Art 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 17; Horst Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 86-87; Sebastian Müller-Franken, "Vorbemerkung vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter

Anayasası tek başına anayasa şikâyetine imkân tanımayan bazı sübjektif haklar da düzenlemiştir. Sözgelimi siyasi partilerle ve vatandaşlıkla ilgili düzenlemeler, anayasal hak benzeri haklar/diğer anayasal haklar (*grundrechtsähnliche Rechte/sonstige verfassungsmäßige Rechte*) olarak ifade edilir.²

Genel olarak Alman anayasa hukuk doktrininde anayasada düzenlenen üç tip anayasal hak olduğu kabul edilmiştir. Burada i) negatif edim yükümlülüklerinden doğan anayasal haklar/negatif statü hakları (*Abwehrrechte/Freiheitsgrundrechte*)³, ii) pozitif edim yükümlülüklerinden doğan anayasal haklar/pozitif statü hakları (*Leistungsgrundrechte/Schutzrechte/grundrechtlichen Rechte auf Organisation und Verfahren*)⁴ ve iii) eşitlik hakları (*Gleichheitsgrundrechte*) zikredilir.⁵ Özgürlük hakları (*Freiheitsgrundrechte*), kendi özünü belirleme/kendi kaderini tayin etme amacını, eşitlik hakları ise eşit muamele amacını taşır.⁶ Eşitlik hakları, genel eşitlik hakkı (Madde 3/1) ve özel eşitlik hakları (Madde 3/2, Madde 3/3, Madde 6/5, Madde 33/I, Madde 33/2, Madde 33/3) olarak ikiye ayrılır. Eşitlik hakkı, genel olarak eşitler arasında eşit, eşitsizler arasında eşitsiz muameleyi⁷ gerektirir. Bu bağlamda, eşit konumda bulunanlara eşit olmayan, eşitsiz konumda bulunanlara eşit muamele edilmesi, bu hakkın

Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 114-115; Reinhold Zippelius - Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, 31. Auflage, München, C. H. Beck, 2005, s. 150; Christian von Coelln, "Vorbemerkung zu den Grundrechten", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Chrisoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 6; Volker Epping - Sebastian Lenz - Philipp Leydecker, **Grundrechte**, 10. Auflage, Berlin, Springer, 2024, s. 5; Gerrit Manssen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2020, s. 8; Friedhelm Hufen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 4-5; Hans-Jürgen Papier - Christoph Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte**, 4. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2020, s. 4; Michael Kloepfer, **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, München, C. H. Beck, 2010, s. 13; Eike Albrecht - Benjamin Küchenhoff, **Staatsrecht**, 3. Auflage, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2015, s. 209.

² Sachs, "Der Bestand der Grundrechte", s. 365 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 17; Sachs, "Vorbemerkung zu Abschnitt I", s. 37; Jarass, "Vorbemerkungen vor Art 1", s. 17-18; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 5; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 13; Zippelius - Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, s. 150.

³ Bkz. **Bölüm 1.3.1.4.1.**

⁴ Bkz. **Bölüm 1.3.1.4.2.**

⁵ Jarass, "Vorbemerkungen vor Art 1", s. 18; Hans D. Jarass, "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 632 vd.; Dreier, "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", s. 99 vd. Krş. Alfred Katz, **Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht**, 13. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996, s. 280.

⁶ Ingo von Münch - Ute Mager, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 6. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2014, s. 26; Hans-Ulrich Gallwas, **Grundrechte**, 2. Auflage, Berlin, Luchterhand, 1995, s. 21; Katz, **Staatsrecht**, s. 280; Albrecht - Küchenhoff, **Staatsrecht**, s. 210.

⁷ *BVerfGE 1, 14 (52) - Südweststaat [1951].*

korumasını tetikler.⁸ Alman anayasa hukuk doktrininde istisnai olarak eşitlik haklarının, negatif statü hakları ile aynı inceleme şemasına/aynı dogmatığe sahip olduğu iddia edilse de⁹; çoğunluk görüşü bu eşitlik haklarının negatif statü haklarının dogmatığından farklı iki aşamadan oluşan inceleme şeması olduğunu kabul eder. İlk aşama, eşitler arasında eşit olmayan veya eşit olmayanlar arasında eşit muamelenin mevcudiyetidir. İkinci aşama ise bu eşit veya eşit olmayan muamelenin meşrulaştırılmasıdır.¹⁰ Uygulanacak çözümde, belirli bir ortak konu üzerinde iki grubun karşılaştırılması ve bu farklılaştıran veya eşitleyen kriter çerçevesinde eşit veya eşit olmayan muamelelerin meşrulaştırılıp meşrulaştırılamayacağını incelenmesi gerekir. Sözgelimi bir saldırı köpeği sahibine daha fazla vergi yükümlülüğü getirilmesini ele alabiliriz. Bu durumda, ortak konu köpek sahipliğidir. Bu çerçevede karşılaştırılan gruplar ise saldırı köpeği sahipleri ile diğer tür köpek sahipleridir. Burada muameleyi farklılaştıran kriter ise tehlikedir. Devletin, saldırı köpeklerinin diğer insana zarar vermesini önlemek için daha fazla tedbir alınması gerektiği dikkate alındığında, bu farklı muamele meşrulaştırılmış olur.¹¹ Eşitlik hakları, devleti göreceli bir yükümlülük altına sokar. Eşitlik

⁸ Michael Sachs, "Der allgemeine Gleichheitssatz", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011, s. 1469 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 281 vd.; Kloepper, **Verfassungsrecht II**, s. 211 vd.; Heike Krieger, "Art. 3", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 255 vd.; Ferdinand Wollenschläger, "Art. 3 Abs. 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 307 vd.; Sigrid Boysen, "Art. 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 238 vd.; Werner Heun, "Artikel 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 478 vd.; Jost Pietzcker, "Der allgemeine Gleichheitssatz", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, s. 885 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 726 vd.; von Münch - Mager, **Staatsrecht II**, s. 27; Katz, **Staatsrecht**, s. 280.

⁹ Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 279 vd. Ayrıca bkz. *BVerfGE* 139, 19, para. 68 [2015]; *BVerfG*, **NVwZ**, 2015, pp. 1361-1369, s. 1363, 1366, 1368 - Unzulässige Organklage gegen Mittelzuweisungen an Fraktionen, Abgeordnetenmitarbeiter und Parteistiftungen.

¹⁰ Sachs, "Der allgemeine Gleichheitssatz", s. 1470-1471; Bodo Pieroth - Bernhard Schlink - Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 30. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2014, s. 115 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 445 vd.; Lothar Michael - Martin Morlok, **Grundrechte**, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2023, s. 430 vd.; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 112 vd.; Boysen, "Art. 3", s. 233 vd.; Ingo von Münch - Philip Kunig, "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 26; Joachim Englisch, "Artikel 3", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 344 vd.; Krieger, "Art. 3", s. 255; Pietzcker, "Der allgemeine Gleichheitssatz", s. 899-900; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 726-727; Katz, **Staatsrecht**, s. 280. Ayrıca bkz. *BVerfGE* 71, 39 - Ehegattenbezogener Ortszuschlag [1985].

¹¹ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 446 vd.

haklarının bu göreceli karakteri, onu diğer anayasal hak türlerinden ayırır.¹² Bu bağlamda, eşitlik haklarının incelemesi diğer hak türlerinden farklı bir şekilde gerçekleşir. Negatif ve pozitif statü haklarının dogmatığı ve inceleme şemaları ise birbirlerine uyumlulaştırılabilir.¹³

Birinci Bölümde ele alınan anayasal hak dogmatığı, büyük ölçüde Alman anayasa hukukunda baskın olarak kabul edilen anayasal hak dogmatığına dayanmaktadır. Bu sebeple, burada anayasal hakların inceleme şeması kısa bir şekilde açıklanacaktır. Alman anayasa hukukunda, anayasal hakların incelemesi üç aşamadan oluşmaktadır: i) hakkın kapsamı (*Schutzbereich/Grundrechtstatbestand*), ii) sınırlama (*Eingriff/Beeinträchtigung*) ve iii) sınırlamanın meşrulaştırılması (*Rechtfertigung*).¹⁴ Hakkın kapsamı aşamasında devletin müdahalesinin veya müdahalesizliğinin, hakkın kapsamında yer alan bir konuya, davranışa, menfaate, duruma veya pozisyona yönelip yönelmediği veya bunları etkileyip etkilemediği incelenir.¹⁵ Bu inceleme, olumlu bir şekilde sonuçlandığında ise sınırlama aşamasına geçilir. Sınırlama aşamasında ise genel olarak klasik anlamda bir sınırlamanın (*klassischer Eingriff*) gerçekleşip gerçekleşmediği veya belirli bir müdahale yoğunluğuna ulaşan (*Intensität*), fiili müdahale teşkil eden (*faktische Beeinträchtigung*), devlete atfedilebilir (*Zurechenbarkeit*) ve sınırlandırma amacı ile olmamakla birlikte sınırlandırma etkisinin öngörülebilir olduğu (*Vorhersehbarkeit*) bir müdahalenin söz konusu olup olmadığı incelenir.¹⁶ Burada müdahale edilen anayasal hak için öngörülen sınırlama klozu dikkate alınarak müdahalenin tipi belirlenir. Böylece sınırlamanın nasıl meşrulaştırılabileceğine ilişkin bir yol haritası belirlenmiş olur.

Hakkın meşrulaştırılması aşamasında, devletin müdahalesinde veya eylemsizliğinde anayasada öngörülen anayasal gerekliliklere uyması gerekir. Anayasal

¹² Dreier, “Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG”, s. 94; Jarass, “Vorbemerkungen vor Art 1”, s. 20; Jarass, “Funktionen und Dimensionen der Grundrechte”, s. 642-643; Hans Heinrich Rupp, “Einteilung und Gewichtung der Grundrechte”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, s. 581.

¹³ Jarass, “Vorbemerkungen vor Art. 1”, s. 23; Hans D. Jarass, “Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 120, No. 3, 1995, pp. 345-381, s. 373 vd.; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 82. Krş. Josef Franz Lindner, **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, s. 363-364, 428-429; Johannes Dietlein, **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 75 vd.

¹⁴ Bkz. **Bölüm 1.3.**

¹⁵ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.; Bölüm 1.3.1.4.; Bölüm 1.3.2.**

¹⁶ Bkz. **Bölüm 1.3.1.4.1. ve Bölüm 1.3.2.**

gereklilikler şekli ve maddi olarak ikiye ayrılır. Şekli anayasal gereklilikler, Alman Anayasası Madde 19/1 uyarınca, müdahalenin dayandığı yasanın genel olması ve (belirli istisnalarla birlikte) müdahale edilen anayasal hakka yasada atıf yapma gerekliliğidir.¹⁷ Bunların yanı sıra, FAYM içtihatlarında sınırlama yapılırken dayanan yasaların belirli olması ve hukuki güvenliği sağlaması gerekliliğini kabul etmiştir. Maddi anayasal gereklilikler bakımından ise sınırlamaların veya eylemsizliklerin ölçülü olması¹⁸, diğer bir deyişle aşırılık¹⁹ ve asgarilik²⁰ yasaklarına uyması ve Alman Anayasası Madde 19/2 uyarınca hakkın özüne dokunmaması gerekir.²¹

Bu başlık altında ele alınması gereken özel bir konu ise Alman Anayasası Madde 2/1'de güvence altına alınan genel fiil özgürlüğüdür. Alman Anayasası Madde 2/1'de kişiliğini özgürce geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. FAYM, özellikle hazırlık çalışmalarında “herkes dilediğini yapabilir veya yapmaktan kaçınabilir” formülünden hareket ederek maddenin son halini aldığını belirtmiş ve bu maddenin bir genel

¹⁷ Bkz. Klaus Stern, “Die formellen Schranken”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, München, C. H. Beck, 1994, s. 712 vd.; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 182 vd.; Sachs, “Vorbemerkung zu Abschnitt I”, s. 72; Michael Sachs, “Art. 19”, **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 726 vd., 733 vd.; Andreas Kerkemeyer, “Art. 19 Abs. 1”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 1342 vd.; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 39, 435-436; Joachim Lege, “Verbot des Einzelfallgesetzes”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 440 vd.; Peter Axer, “Zitiergebot”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 494 vd.; Christian Hillgruber, “Grundrechtsschranken”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1048 vd.; Christoph Brüning, “Artikel 19”, **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 1456 vd.; Klaus Stern, “Einleitung: Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes”, **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 62-63; Müller-Franken, “Vorbemerkung vor Art. 1”, s. 131; Peter M. Huber, “Artikel 19”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1796 vd., 1810 vd.; Horst Dreier, “Artikel 19”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1702 vd.; Hans D. Jarass, “Art. 19”, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 459 vd.; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 122-124; Kloepper, **Verfassungsrecht II**, s. 97-99; Albert Bleckmann, **Staatsrecht II: Die Grundrechte**, 4. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1997, s. 420 vd.; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 57-59; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 77-78; Michael - Morlok, **Grundrechte**, s. 330 vd.; Jörn Ipsen, **Staatsrecht II: Grundrechte**, 20. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017, s. 51-54.

¹⁸ Bkz. **Bölüm 1.4.1.**

¹⁹ Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.**

²⁰ Bkz. **Bölüm 1.4.1.2.**

²¹ Bkz. **Bölüm 1.4.2.**

fiil özgürlüğü olduğuna karar vermiştir.²² Bu bağlamda, Madde 2/1, yurtdışına seyahat etme²³, güvercin besleme²⁴, ormanda at sürme²⁵, keneyir kullanma²⁶, kasksız motosiklet kullanma²⁷, vergiden²⁸ ve mükellefiyetten²⁹ azade olma gibi her türlü insan davranışını korur. Madde 2/1 genel fiil özgürlüğü olarak kabul edildiğinde, anayasal hak çatışmaları için yeni bir sorun oluşmaktadır. Zira sınırlama kaydı bulunmayan bir anayasal hak ile ilgili devletin bir negatif yükümlülüğü ile genel fiil özgürlüğü ile ilgili devletin pozitif edim yükümlülüğü çatışabilir ve bu durumda devlet bütün insan davranışlarını korumasını amaçlayarak sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırabilir. Bu durumda, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, adeta bir basit yasa kaydına tabi olacaktır. Nitekim, anayasal hak çatışmaları yalnızca sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar ile sınırlı bulunmadığından³⁰, FAYM'ın anayasal hak çatışmaları için öngördüğü formül, kademeli sınırlama yapısının göz ardı edilmesine yol açarak genel olarak bütün anayasal hakların basit yasa kaydına tabi olmasına yol açar.³¹ Misera-Lang'a göre, bu sonuç dogmatik olarak kabul edilemeyeceğinden, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların yasama organı tarafından Madde 2/1'e başvurularak sınırlandırılması meşrulaştırılamaz. Negatif statü hakkı olan sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, her zaman ve her durumda genel fiil özgürlüğünü koruma yükümlülüğüne üstün gelmesi gerekir. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hak ile Madde 2/1 arasındaki çatışma (genel fiil özgürlüğünü koruma yükümlülüğü kabul edilse bile), her zaman sınırlama kaydı olmayan anayasal hak lehine çözülmelidir.³²

²² BVerfGE 6, 32 (36-37) - Elfes [1957]. Alman Anayasası Madde 2 bakımından hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalar için bkz. Gerhard Leibholz - Hermann v. Mangoldt (ed.), **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Neuauflage des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Bd. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951, s. 54 vd.

²³ BVerfGE 6, 32 (36) - Elfes [1957].

²⁴ BVerfGE 54, 143 (144) - Taubenfütterungsverbot [1980].

²⁵ BVerfGE 80, 137 (152 vd.) - Reiten im Walde [1989]

²⁶ BVerfGE 90, 145 (171) - Cannabis [1994].

²⁷ BVerfG, **NJW**, 1982, pp. 1276-1277, s. 1276 - Schutzhelmpflicht für Kraftradfahrer.

²⁸ BVerfGE 87, 153 (169) - Grundfreibetrag [1992].

²⁹ BVerfGE 97, 332 (340-341) - Kindergartenbeiträge [1998].

³⁰ Bkz. **Bölüm 2.3.6.**

³¹ Kathrin Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, s. 345; Christian Matthias Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, Hamburg, Lit, 2002, s. 195; Thomas Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot": Zur Frage des Begriffs und der Existenz schutzbereichsimmanenter Grenzen der Freiheitsgrundrechte im Unterschied zu den so genannten verfassungsimmanenten Schranken**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, s. 112.

³² Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser**

Bunların yanı sıra, genel fiil özgürlüğünün koruma yükümlülüğünü tetikleyemediği de ileri sürülmektedir.³³ FAYM ise genel fiil özgürlüğünün kural olarak devletin koruma yükümlülüğünü tetikleyemeyeceğini kabul etmiştir. FAYM'a göre, Madde 2/1, özel hukuk ilişkilerinde, özellikle külfetli bir etkiye sahip olan ve sözleşmenin bir tarafı için yapısal bir yetersizliğini ortaya çıkaran tipik durumlarda koruma sağlayabilir.³⁴ Bu bağlamda, FAYM'ın bu soruna bulduğu çözüm, Madde 2/1'in istisnai olarak pozitif edim/koruma yükümlülüğünü tetikleyebilmesidir.

Yine de bu çözümler, Madde 2/1 bakımından ortaya çıkan temel sorunu çözmeye elverişli değildir. Genel fiil özgürlüğü olarak kabul edilen Madde 2/1'in temel dayanağı olan hazırlık çalışmalarındaki "herkes dilediğini yapabilir veya yapmaktan kaçınabilir" formülü, aslında Madde 2/1'in bu kadar geniş yorumlanmasına olanak tanımaz. Burada ifade edilmek istenen, Madde 2/1'in bu formülden yola çıkılarak bir şemsiye hak (*Auffanggrundrecht*) olarak kabul edilemeyeceğidir. Öncelikle bu formülün temel kaynağı olan liberal hak teorisi de, gerçek anlamda kişinin her istediğini yapmasına hak tanımaz. Sözgelimi Locke'a göre, birey, toplumun iyiliği, refahı ve güvenliğinin gerektirdiği ölçüde doğal özgürlüğünden ayrılır.³⁵ Nitekim genel olarak anayasal hakların/insan haklarının gelişimine ilişkin 18. ve 19. yüzyıla ait bütün belgelerde, başkasının haklarının bireysel haklar için bir sınır olarak sayılması da böyle bir şemsiye hakkın kabulüne engel olur. Kaldı ki, bireysel hakları temeline alan liberal hak teorisinde bile bir zarar prensibi benimsenmiştir.³⁶ Bunların yanı sıra FAYM tarafından benimsenen ve anayasal hakların ve sınırlarının yorumlanmasına yardımcı olan insan imgesi öğretisi³⁷ de, bu formülün böyle bir sınırsız anlama ulaşamayacağını ortaya koymalıdır. Son olarak Madde 2/1'in bir şemsiye hak olarak kabul

Freiheitsgrundrechte, s. 345-346.

³³ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 320.

³⁴ BVerfGE 148, 267 (282) - Stadionverbot [2018].

³⁵ John Locke, "Two Treatises of Government", **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, Ed. by Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 156. Ayrıca bkz. **Bölüm 2.1.1.2.1.**

³⁶ Liberal teoride gelişen zarar ilkesi için bkz. John Stuart Mill, "On Liberty", **On Liberty**, Ed. by David Bromwich - George Kateb, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 80 vd.; Owen Fiss, "A Freedom Both Personal and Political", **On Liberty**, Ed. by David Bromwich - George Kateb, New Haven, Yale University Press, 2003, s. 179 vd.; Joel Feinberg, **Harm to Others**, New York, Oxford University Press, 1984, s. 31 vd.; Nadia Urbinati, **Mill on Democracy: From the Athenian Polis to Representative Government**, Chicago, University of Chicago Press, 2002, s. 111, 160; Karl-Heinz Ladeur, "Die Beobachtung der Kollektiven Dimension der Grundrechte durch Eine Liberale Grundrechtstheorie", **Der Staat**, Vol. 50, No. 4, 2011, pp. 493-532, s. 504-508.

³⁷ Bkz. **Bölüm 2.2.2.**

edilmesinin, tehlikeli ve olumsuz sonuçlara yol açma kapasitesi de vardır. Madde 2/1 ile Alman Anayasası'nda güvence altına alınmayan ve dolayısıyla anayasa altı mevzuata ait olan haklar korunmaktadır. Bu bağlamda, Madde 2/1'in bir şemsiye hak olarak kabul edilmesi, anayasal haklar ile anayasa altı mevzuatta güvence altına alınan haklar arasındaki bariyeri eritir. Bu itibarla, anayasal haklar önemsizleşir.³⁸ Olası bir diğer sonuç ise Alman Anayasası Madde 2/1'de güvence altına alınan genel fiil özgürlüğü hakkının maddi olarak bir anayasal hak statüsünde kabul edilememesidir. Bu durumda ise genel fiil özgürlüğü anayasa altı mevzuatta düzenlenen haklardan birisine dönüşür -ki bu durumda Misera-Lang'in sonucuna ulaşmaktayız; zira maddi olarak anayasal altı mevzuata ait olan bir hak hiçbir zaman sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlayamaz.

Burada sayılan bütün temel gerekçeler, "her istediğini yapma" formülünün gerçekten her kişinin keyfi/dilediği her şeyi yapabilmesini değil, ancak belirli hudutlar ve sınırlar çerçevesinde kişinin her istediğini yapabilmesini ortaya koyar. Bununla birlikte, burada Alman anayasa hukuk doktrinde azınlık görüşü³⁹ olan Madde 2/1'in dar yorumlanması gereği de kabul edilmemektedir. Bir davranışın Madde 2/1'in kapsamına girebilmesi için kişinin davranışının kişilik gelişimi için diğer temel haklarla karşılaştırılabilir bir ilgiye sahip olmalıdır.⁴⁰ Bu bakımdan, Madde 2/1'in objektif olarak kişiliğini geliştirme ile ilgili olan davranışları kapsadığını kabul etmek gerekir.⁴¹

3.1.2. İçkin Sınırlama Kategorilerinin Uygulanışı

İçkin sınırlama kategorilerinin teorik ve dogmatik altyapısı anlatılmıştı.⁴² Bu bölümde, bu kategorilerin Alman anayasal sisteminde ne ölçüde uygulandığı gösterilecektir. Bu bağlamda, anayasal hakları kullanma ehliyeti (3.1.2.1.), neminem-laedere gerekliliği (3.1.2.2.), iktidar/idare ile yakın ilişkide olanlar (3.1.2.3.), kurumsal anayasal haklar (3.1.2.4.), mücadeleci demokrasi kaydı (3.1.2.5.) ve son olarak sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar (3.1.2.6.) kategorilerinin Alman anayasal sistemindeki

³⁸ Bkz. *BVerfGE* 80, 137 (168) - Reiten im Walde [1989], Dieter Grimm'in Karşı Oyu. Aynı yönde bkz. Josef Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 456. Aksi yönde bkz. Gerhard van der Schyff, **Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights**, Nijmegen, WLP, 2005, s. 40.

³⁹ Hans Peters, **Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchststrichterlichen Rechtsprechung**, Wiesbaden, Springer, 1963, s. 48-49.

⁴⁰ Bkz. *BVerfGE* 80, 137 (164-165) - Reiten im Walde [1989], Dieter Grimm'in Karşı Oyu.

⁴¹ Stemmler, **Das "Neminem-laedere-Gebot"**, s. 78 vd.

⁴² Bkz. **Bölüm 2.3.**

uygulaması incelenecektir.

3.1.2.1. Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti

FAYM'ın 1999 yılında vasiyetname hakkı ile ilgili verdiği bir kararda⁴³ anayasal hakları kullanma ehliyeti ortaya çıkmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda biri yazılı diğeri resmi vasiyetname olmak üzere iki tür vasiyetname türü düzenlenmiştir. Yazılı vasiyetname, eğitim eksikliği veya fiziksel engeli olan kişileri hariç tutmuştur. Resmi vasiyetnamenin temel unsuru ise noter ile konuşmaktır. Zira ilgili Alman Medeni Kanunu Madde 2233/2'ye göre, muris, "kendi bilgisine veya noterin kanaatine göre, yazılanları okuyamıyorsa, vasiyetnameyi yalnızca sözlü bir beyan yoluyla düzenleyebilir." Bu bağlamda, herhangi bir kelime konuşamayan kişiler, resmi vasiyetname imkânından mahrum bırakılmıştır. Noterlik Yasası Madde 31'e göre ise sağır ve dilsiz kişiler, en azından isimlerini ve "son vasiyetim" ibaresini yazabiliyorlarsa resmi vasiyetname düzenleyebilirler. Bu birkaç kelimeyi kâğıda dökemeyen ve "evet" ya da "hayır" diyemeyen nispeten küçük bir grup insan için, miras hukuku vasiyetname için herhangi bir özel düzenleme öngörmemektedir. Bununla birlikte, yazı yazamayan sağır ve dilsizler diğer hukuki işlemlerden dışlanmamıştır. Bu vakada, anayasa şikâyeti, ölümünden yedi yıl önce felç geçirmiş olan ve ölüm tarihi olan 1989 tarihine kadar felçli olan kişinin bu süre zarfında verdiği resmi vasiyetnamenin geçersizliği ile ilgilidir. Felçli olduğu süre zarfında muris, ne konuşabilmekte ne de yazabilmekte, ancak duyabilmekte ve işaretlerle iletişim kurabilmektedir.⁴⁴ Mülkiyet ve miras hakkının düzenlendiği Alman Anayasası Madde 14/1'in ihlal edildiğini bulgulayan⁴⁵ ve anayasaya uygun yorumun uygulanamayacağı sebebiyle ilgili düzenlemeleri iptal eden⁴⁶ Mahkeme, açıkça anayasal düzeydeki vasiyetname hakkı/miras hakkı için belirli bir kullanma ehliyeti öngörmüştür. Buna göre, yalnızca kendi özünü belirlemeye kapasitesi olan/kendi özünü belirleme ehliyeti olan kişiler, kendi özünü belirleyebilir/kendi kaderini tayin edebilir. Bireyler ancak kendi kaderini tayin edebilecek ve ekonomik alanda bağımsız kararlar alabilecek bir konumda ise, ölüme bağlı tasarrufları anayasal haklar kapsamında koruma talep edebilir. Dolayısıyla, birey bir vasiyetnamenin hazırlanması için gerekli olan ayırt etme gücüne ve hareket kabiliyetine sahip olmalıdır. FAYM'a göre, çocuklar

⁴³ BVerfGE 99, 341 - Testierausschluß Taubstummer [1999].

⁴⁴ BVerfGE 99, 341 (342 vd.) - Testierausschluß Taubstummer [1999].

⁴⁵ BVerfGE 99, 341 (353 vd.) - Testierausschluß Taubstummer [1999].

⁴⁶ BVerfGE 99, 341 (358 vd.) - Testierausschluß Taubstummer [1999].

ve gençlerde kendi özünü belirleme ehliyeti eksik olabilir.⁴⁷

Nitekim başka bir kararında FAYM, velilerin hakları ile çocukların hakları arasındaki ilişkiyi, diğer bir deyişle velilerin Madde 6/2'den kaynaklanan bakım ve yetiştirme hakkı ile çocuğun Madde 2/1'de düzenlenen kişiliğini geliştirme hakkı arasındaki ilişkiyi ele alır. Burada Mahkeme, Madde 6/2'de düzenlenen bakım ve yetiştirme hakkının aslında çocuğun menfaatine olduğunu belirterek velilerin haklarına üstünlük tanımıştır. Bununla beraber, FAYM, çocuğun bakım ve eğitim ihtiyacı azaldıkça ve kendi kaderini tayin etme kabiliyeti arttıkça, veliler ile çocuk arasındaki bu gerilimde velilerin haklarının tedrici olarak geri çekildiğini ve nihayetinde reşit olduğunda çocuğun haklarının velilerin haklarına üstün tutulduğunu belirler.⁴⁸ Benzer ifadeler sonraki bir vakada⁴⁹ da dile getirilmiştir. Bu vaka, birinci şikâyetçinin evlilik dışı annesinin çocuklarının velayetinden mahrum bırakıldığı ve ikinci şikâyetçiye devredildiği ihtiyati tedbir davasında verilen yerel mahkeme kararını bozan kararlarla ilgilidir.⁵⁰ Bu kararda da FAYM, çocuğun bakım ve eğitim ihtiyacı azaldıkça ve çocuğun kendi özünü belirleme/kendi kaderini tayin etme kabiliyeti arttıkça, velilerin yasal yetkilerinin geri çekilmeye başlaması, çocuk reşit olduğunda da bu yasal yetkilerin tamamen geri çekilmesi gerektiğini belirtir.⁵¹

Sonuç olarak, belirttiğimiz açıklıkta olmasa da⁵², FAYM'ın anayasal hakları kullanma ehliyetini benimsediği görülmektedir. Buna göre, genel bir kural olarak yalnızca kendi özünü belirleme kabiliyeti olan kişiler, kendi özünü belirleme hakkına başvurabilecektir. Yalnızca evlenme hakkına ehliyeti olanlar evlenme hakkına, yalnızca kendi özünü belirleme kabiliyeti olan kişiler din özgürlüğüne başvurabilecektir. Velilerin hakları; özü ve amacı gereği, çocuk yaşam koşullarını bağımsız bir şekilde değerlendirebilecek ve hukuki işlemlerde sorumlu olabilecek olgunluğa eriştiğinde ortadan kalkmalıdır.⁵³ Burada belirleyici olan çocukların farklı yaşam ve eylem alanları için karar verme olgunluğudur.⁵⁴ Nitekim FAYM'ın kendi nezdindeki yargılamalarda, reşit

⁴⁷ BVerfGE 99, 341 (351) - Testierausschluß Taubstummer [1999].

⁴⁸ BVerfGE 59, 360 (382) - Schülerberater [1981].

⁴⁹ BVerfGE 72, 122 - Minderjährigenbeschwerde [1986].

⁵⁰ BVerfGE 72, 122 (123 vd.) - Minderjährigenbeschwerde [1986].

⁵¹ BVerfGE 72, 122 (137) - Minderjährigenbeschwerde [1986].

⁵² Bkz. **Bölüm 2.3.1.**

⁵³ BVerfGE 59, 360 (382) - Schülerberater [1981]; BVerfG, *NJW*, 1986, pp. 1859-1861, s. 1860 - Keine unbegrenzten Verbindlichkeiten zu Lasten minderjähriger Kinder.

⁵⁴ Detlef Merten, "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 214.

olmayanların, çıkar çatışması nedeniyle kendilerini temsil etmeye yetkili kişiler tarafından çıkarlarının korunamaması halinde bir vasi tarafından temsil edilmesi gerekliliğini belirtmesi⁵⁵, FAYM'ın anayasal hakları kullanma ehliyeti tahdidini benimsediğini göstermektedir. Bu kabul, bu kişilerin, özellikle çocukların hak kaybına yol açmaz, zira burada aynı zamanda yasa koyucuya bu kişilerin, özellikle çocukların menfaatlerinin savunulması için belirli bir usul düzenleme (veliler ve vasiler) yükümlülüğü yüklenmektedir.

3.1.2.2. Neminem-laedere Gerekliliği

Neminem-laedere/Zarar vermemeye gerekliliği, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi de korunarak iki konu üzerinde tipikleştirilebilir.⁵⁶ Bunlardan birincisi mutlak haklar (3.1.2.2.1.), diğeri fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normlarıdır (3.1.2.2.2.).

3.1.2.2.1. Mutlak Haklar

Mutlak hakların diğere anayasal hakların konuları üzerinde gerçekleştirdiği tahdit bir anayasal sistemdeki mevcudiyeti ve varlığı ile gösterilebilir. Mutlak hakların varlığı, özellikle Alman anayasa hukuk doktrinindeki tartışmalar ve FAYM'ın kararları dikkate alınarak daha önceden ele alındığından⁵⁷, burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

3.1.2.2.2. Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları

Fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normlarının oluşturduğu tahdidi en iyi şekilde gösteren, kişilerin korunması için belirli bir davranışın yasaklanması gerekliliğinin yasa koyucuya yüklendiği içtihatlardır. Bu başlık altında, yasa koyucuya fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışların yasaklanması/cezalandırılması pozitif edim yükümlülüğünün devlete yüklenmesi incelenecektir. Bu incelemenin konusunu, ihlalden önceki bir yükümlülük olarak, bireyin anayasal haklarının kapsamına giren konuların başka bir birey tarafından ihlal edilmesini engellemek veya bireyi caydırmak için devletin etkili yasaları çıkarması⁵⁸ oluşturmaktadır. FAYM'ın oluşturduğu içtihat hukukunda, kürtaja ilişkin iki karar bu hususu net bir şekilde

⁵⁵ BVerfGE 72, 122 (135) - Minderjährigenbeschwerde [1986]; BVerfG, NJW, 1999, pp. 631-634, s. 632 - Berücksichtigung des Kindeswohls bei gegenläufigen Kindesentführungen.

⁵⁶ Bkz. Bölüm 2.3.2.

⁵⁷ Bkz. Bölüm 1.1.1.3.

⁵⁸ Bu yükümlülük için bkz. Bölüm 1.3.1.4.2.

göstermektedir.

1975 tarihli *Kürtaj I* kararı⁵⁹, Beşinci Ceza Hukuku Reform Yasası'nda yer alan ve gebe kaldıktan sonraki ilk on iki hafta içinde kürtajın belirli koşullar altında cezasız kalmasını öngören düzenlemenin anayasa ile uyumlu olup olmadığı sorunu ile ilgilidir.⁶⁰ FAYM bu kararda, öncelikle gebe kalan kadının hamileliğini kabullenmesi için yasa koyucunun kendi takdirine bağlı olarak sosyo-politik ve sosyal devlet önlemlerini kullanma gerekliliğini belirtmiştir.⁶¹ Bununla birlikte Mahkeme, yasa koyucunun yükümlülüğünü bununla sınırlı tutmamıştır. FAYM'a göre:⁶²

Devletin doğmamış yaşamı korumak için elindeki en keskin silah olan ceza hukukunu kullanmakla anayasal olarak ne ölçüde yükümlü olduğu sorusu, devletin belirli eylemleri cezalandırması gerekip gerekmediği gibi basitleştirilmiş bir soruyla yanıtlanamaz. Gerekli olan, bir yandan ihlal edilen hukuki menfaatin değerini ve ihlale yol açan eylemin toplumsal zararının boyutunu -aynı zamanda cezai yaptırımlara tabi olan ve toplumsal ve etik açıdan aşağı yukarı aynı şekilde değerlendirilen diğer eylemlerle karşılaştırmalı olarak- dikkate alan, diğer yandan da yaşamın bu alanına ilişkin geleneksel hukuki düzenlemeleri ve modern toplumda ceza hukukunun rolüne ilişkin fikirlerin gelişimini göz önünde bulunduran ve son olarak da ceza tehdidinin pratikteki etkinliğini ve bunun yerine başka hukuki yaptırımlar getirme olasılığını göz ardı etmeyen genel bir bakış açısıdır.

Doğmuş yaşamın korunması için öngörülen ceza ile doğmamış yaşamın korunması için öngörülen cezanın aynı olması zorunluluğu bulunmadığını belirten Mahkeme⁶³, kürtaj fiilini, bir öldürme fiili olarak sınıflandırmış ve ceza hukukunu kullanma yükümlülüğünün genel olarak reddedilmesi halinde yaşamın korunmasının önemli ölçüde kısıtlanmış olacağını dile getirmiştir.⁶⁴ Mahkeme, mevcut toplumsal yapıda yaşamın korunması için daha etkili bir önlem olmadığını, hekimlerin gebeliğin sürdürülmesine yönelik telkinlerinin etkili bir koruma sağlayamayacağı ve yaşam hakkının bir gerekliliği olarak belirli istisnalarla birlikte kürtaj fiilinin cezai yaptırımının bulunması gerekliliğini kabul etmiştir.⁶⁵

⁵⁹ BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (3 vd.) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁶¹ BVerfGE 39, 1 (44-45) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁶² BVerfGE 39, 1 (45) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁶³ BVerfGE 39, 1 (45-46) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁶⁴ BVerfGE 39, 1 (46-47) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

⁶⁵ BVerfGE 39, 1 (48 vd.) - Schwangerschaftsabbruch I [1975].

1993 tarihli *Kürtaj II* kararında⁶⁶, Almanya'nın tamamı için Doğu ile Batı Almanya'nın birleşmesinden sonra yeni yürürlüğe giren Hamilelik ve Aile Yardımı Kanunu'nun (*Schwangeren- und Familienhilfegesetz*) devletin doğmamış insan hayatını korumaya yönelik anayasal yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği incelenir.⁶⁷ FAYM, *Kürtaj I* kararındaki yaklaşımını bu kararında da genel olarak sürdürmüştür. Mahkeme öncelikle, kürtajın genel olarak yasaklanması gereğinin kadınların anayasal haklarına üstün geldiğini ve kadınların anayasal haklarının çocuğu doğurana kadar taşımaya ilişkin (ana)yasal yükümlülüğünü belirli bir süre için ve genel olarak ortadan kaldıracak kadar geniş olmadığını dile getirmiştir.⁶⁸ Bununla birlikte, FAYM özellikle gebelik sebebiyle annenin yaşamının tehlikeye girmesi gibi istisnai durumlarda, kadınların bu taşıma yükümlülüğünden istisna/azade tutulabileceğini ifade eder. Bu tür istisnai durumları tanımlamak yasa koyucunun görevidir. Ancak Mahkeme, burada doğmamış olan çocuğun yaşam hakkı ile kadının kişilik hakları arasında bir uyuma olamayacağını vurgular. FAYM'a göre, hamileliğin belli bir süresi boyunca kadının kişilik haklarının öncelikli olması ve ancak ondan sonra doğmamış çocuğun yaşam hakkının öncelikli olmasıyla bir denge sağlanamaz.⁶⁹

Bu temel belirlemeleri yaptıktan sonra Mahkeme, doğmamış olan çocuğun yaşamının korunmasında ceza hukuku aracının kullanılıp kullanılamayacağını yeniden inceler. Mahkeme'ye göre, ceza hukuku, ciddi ölçüde müdahaleci karakteri dolayısıyla koruma yükümlülüğünün birincil aracı değildir. Ancak belirli bir davranışın yasak olmasının ötesinde belirli bir şekilde sosyal olarak zararlı olduğu ve insanların düzenli bir şekilde bir arada yaşaması için tahammül edilemez olan ve bu nedenle saldırının önlenmesinin aciliyet arz ettiği durumlarda, ceza hukukunun korumasından son çare olarak faydalanılabilir.⁷⁰ Ceza hukukunun her zaman düzenli toplum yaşamının temelini koruma görevi olmuştur ve bu günümüz koşulları için de geçerlidir. İnsan yaşamına saygı gösterilmesi ve insan yaşamının dokunulmazlığı, ceza hukukunun bir konusudur. Buna göre, genel olarak başkalarının öldürülmesi cezalandırılabilir.⁷¹ Dolayısıyla, ceza hukuku, kürtaja ilişkin temel yasağın ve kadının çocuğu doğurma

⁶⁶ BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁶⁷ BVerfGE 88, 203 (213 vd.) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (255) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁶⁹ BVerfGE 88, 203 (255-256) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁷⁰ BVerfGE 88, 203 (258) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁷¹ BVerfGE 88, 203 (257) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

konusundaki temel yasal yükümlülüğünün yasada yer aldığı yerdir.⁷²

Anayasa uyarınca kürtaja yalnızca belirli istisnai koşulların varlığı halinde izin verilebiliyorsa, aynı anda daha geniş kapsamlı başka koşullar altında ceza hukuku kapsamında izin verildiği kabul edilemez. Hukuk düzeni, kürtaja ilişkin anayasal yasağı teyit etmeli ve açıklığa kavuşturmalıdır. Ceza hukuku, özel öneme sahip ve özellikle tehlikeli bir durumdaki hukuki menfaatleri koruyan ve doğru ve yanlış konusundaki genel bilinci en açık şekilde şekillendiren bu amaca hizmet eder.⁷³ Eğer ceza hukuku, ceza öngörülen bir davranışın belirli gerekçelerle cezalandırılmayacağını öngörüyorsa, bu durumda genel hukuk bilincinde gerekçede tanımlanan davranışa izin verilmiş olarak anlaşılmalıdır. Hukuk düzeninin geri kalanı da, kendi alt alanlarındaki doğru ve yanlışla ilişkin düzenlemelerde, yaşama yönelik korumanın ceza hukuku kapsamındaki gerekçelerle ortadan kaldırıldığını varsayacaktır. Bu, anayasal koruma görevini yerine getirmeyecektir. Ceza hukuku kapsamındaki bir gerekçenin, en azından temel hukuki menfaatlerin korunması söz konusu olduğunda, tüm hukuk sistemi için sahip olduğu nüfuz edici güç, etkilerinin yalnızca ceza hukuku ile sınırlandırılmasını engeller. Bu nedenle, kürtajın ceza hukuku kapsamında haklı gösterilmesi, ancak gerekçelerin kürtaj yasağının anayasal olarak izin verilen istisnalarıyla sınırlı olması halinde ve bu ölçüde mümkündür.⁷⁴

Kürtajın tamamen suç kapsamından çıkarılması durumunda, kürtajın hukuk sisteminin diğer bölümlerinde yasal mı yoksa yasadışı mı olarak kabul edileceği belirsiz kalır. Hukuk sisteminin diğer alanlarında, kürtajı yasadışı olarak temel alan bağımsız düzenlemeler yapılabilir. Ancak bu gerçekleşmezse, kürtajın cezalandırılması, bir gerekçe etkisine sahiptir, bu da koruma yükümlülüğünün asgari gerekliliklerinin artık karşılanmayacağı anlamına gelir. Kürtajın cezalandırılmaması bakımından yasa koyucunun yetkisi sınırlıdır.⁷⁵

Kürtajın cezai yaptırımının bulunması gerekliliğine ikinci kez karar veren FAYM, aslında fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normlarının bütün hukuk sistemi bakımından oluşturduğu etkiyi de göstermiştir. Alman anayasal hukuk sisteminde, anayasaya aykırı olmayan veya olmadığı kabul edilen ve fiziksel şiddet unsurunu içeren bir davranış yasaklayan ceza normunun yasakladığı

⁷² BVerfGE 88, 203 (258) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁷³ BVerfGE 88, 203 (273) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁷⁴ BVerfGE 88, 203 (273-274) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

⁷⁵ BVerfGE 88, 203 (274) - Schwangerschaftsabbruch II [1993].

davranışın anayasal hakların kapsamından dışlandığı kabul edilir.

3.1.2.3. İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler

Alman Anayasası, iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişilere ilişkin genel bir düzenleme içermez. Ancak bu terime atfedilebilecek hukuki ilişkilere atıfta bulunur. Memurlar bakımından Alman Anayasası Madde 33/4 ve 33/5; hakimler bakımından Madde 92, 97 ve 98; askerlik ve alternatif hizmetleri bakımından Madde 12a ve 17a; mahkûmlar ve hükmen tutuklular bakımından Madde 12/3, 74 ve 104, öğrenciler bakımından Madde 7 ve üniversite öğrencileri için Madde 5/3 hükümleri söz konusudur.⁷⁶ İktidar/İdare ile yakın ilişkide olan kişilere ilişkin özel durumu ortaya koyan pozitif dayanaklar mevcuttur.

Mahkûmların haberleşmelerinin kontrol edilmesi ve şikâyetçi mahkûmun üçüncü kişiler ile gerçekleştirdiği haberleşmede hapishane yönetimi için kullandığı hakaretamiz içeriklerden dolayı haberleşmesinin engellenmesi ile ilgili olan *Mahkûm* kararında⁷⁷ FAYM öncelikle geleneksel özel iktidar ilişkisi doktrinini reddetmiştir.⁷⁸ Haberleşmenin gizliliğinin sınırlanması, kural olarak basit yasa kaydı ile gerçekleşmektedir. Mahkeme, bu vakada haberleşmenin gizliliğinin ceza/infaz sisteminin sürdürülmesi ve düzenlenmesi amacıyla sınırlanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, FAYM, mahkûmların haberleşmelerinin sınırlanmasında infazın anlamının ve amacının dikkate alınacağını ifade etmiştir.⁷⁹ Mahkeme'ye göre, hapishane kurumundaki düzenin korunması, mahkûmların hapishane kurumuna karşı eylemlerini yasaklamak için kesinlikle meşru bir nedendir. Kurumun organizasyonu ve mevcut sınırlı alan, mahkûmların zorunlu olarak dar toplumu ve kaçınılmaz gözetimi ile ilgili özgürlük kısıtlamalarını gerektirir.⁸⁰ Haberleşmenin içeriği yönünden durdurulduğu için Alman Anayasası Madde 5/1'de düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini bulgulayan⁸¹ FAYM, Alman Anayasası Madde 10/1'de düzenlenen haberleşmenin gizliliği hakkının

⁷⁶ Sebastian Graf Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis: Eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, s. 165-166; Wolfgang Loschelder, "Grundrechte im Sonderstatus", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1078; Franz-Joseph Peine, "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 406.

⁷⁷ BVerfGE 33, 1 - Strafgefangene [1972].

⁷⁸ BVerfGE 33, 1 (10-12) - Strafgefangene [1972].

⁷⁹ BVerfGE 33, 1 (13-14) - Strafgefangene [1972].

⁸⁰ BVerfGE 33, 1 (15) - Strafgefangene [1972].

⁸¹ BVerfGE 33, 1 (14 vd.) - Strafgefangene [1972].

ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸² Mahkeme'nin haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale bakımından bir ölçülülük incelemesi yaptığı söylenemez. Mahkeme burada infaz ve cezaevi kurumunun anlamı ve amacı kriteri ile vakayı değerlendirmiştir. Bu bağlamda, FAYM, hapishanede gerçekleştirilen gözetimin kurumun organizasyonu ve mevcut sınırlı alanı sebebiyle kaçınılmaz olduğunu dile getirmiştir. Bu bağlamda, kanaatimce burada ilgili hak talebini hakkın kapsamından tahdit etmiştir.⁸³ Dolayısıyla burada FAYM hapishane kurumunun fonksiyonlarına aykırı olan mahkûmun gözetimden azade olma hak talebinin hakkın kapsamından yer almadığına kanaat getirmiştir.

Benzer bir karar *Çocukların Cezalarının İnfazı*⁸⁴ kararıdır. Bu vakada, şikâyetçi postalarının genel kontrolünün kaldırılması ve bunların yanı sıra diğer mahkûm arkadaşlarıyla tekrarlanan fiziksel münakaşalar, çalışanlara yönelik tehditler, kendi ürettiği alkolü tüketmesi, yasadışı dövme makinesi bulundurması ve çalışma emirlerine uymayı birden fazla kez reddetmesi nedeniyle cezaevinin kendisine uyguladığı bir dizi disiplin cezasının kaldırılması için cezaevine başvurmuştur. Bazı istisnalar haricinde cezaevinin haberleşmeleri kontrol etmeye kendisini yetkili sayması dolayısıyla bu talepler reddedilmiştir. Bu karara da itiraz eden şikâyetçi, Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti Ceza İnfaz Kurumu'na başvurmuştur. Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti Ceza İnfaz Kurumu bu başvuruyu reddetmiştir. Buna göre, şikâyetçinin kurumda belgelenen ve çeşitli disiplin işlemlerine yansıyan anormallikleri göz önünde bulundurulduğunda, posta kontrolü itiraz edilebilir değildir. Çocuk cezaevi sisteminin özel nitelikleri nedeniyle sapmalar gerekmedikçe, Ceza İnfaz Kanunu hükümlerine ve bu amaçla çıkarılan idari yönetmeliklere dayanan çocuk cezaevi sistemi için tek tip federal idari düzenlemeler, kapsamlı yasal düzenlemeler yürürlüğe girene kadar yasal ve bağlayıcıdır. Kurumda yazışmalar genellikle tüm mahkûmlar için izlenir, çünkü özellikle gençlerin alıkonulduğu hassas bir alanda eğitim görevini yerine getirmek için sosyal çevre hakkında bilgi gereklidir. Çok çeşitli disiplin soruşturmaları göz önünde bulundurulduğunda, şikâyetçinin başka olaylara da sebep olması beklenmektedir, bu nedenle mektup kontrolü kurumdaki güvenlik ve düzen açısından da orantılıdır. Nitekim Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin de şikâyetçinin taleplerini reddederken bu gerekçelere dayandığı görülmektedir. Bu vakada ayrıca henüz bir çocuk ceza infaz yasasının yürürlüğe girmediği, çocuk cezaevlerinin Ceza İnfaz Kanunu (*Strafvollzugsgesetz*) hükümlerine ve -

⁸² BVerfGE 33, 1 (11 vd.) - Strafgefangene [1972].

⁸³ BVerfGE 33, 1 (13-14) - Strafgefangene [1972].

⁸⁴ BVerfGE 116, 69 - Jugendstrafvollzug [2006].

çocuk cezaevlerine özgü düzenlemeler gerektiğinde- idari yönetmeliklere göre düzenlenmesi söz konusudur.⁸⁵

FAYM bu vakada öncelikle *Mahkûm* kararına atıf yaparak iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişilerin anayasal haklarına yapılan müdahalelerin yasal dayanağının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, kişiyi hürriyetten yoksun bırakmanın ötesine geçen anayasal haklara yönelik müdahaleler, müdahale gerekliliklerini yeterince belirli bir şekilde standartlaştıran kendi yasal dayanaklarını gerektirir.⁸⁶ Mahkeme, gelişimleri aynı olan çocuk suçlular için ceza infaz sisteminin esaslı bir tasarımın ve çocuk suçlular için ceza infaz sisteminde yasal düzenleme gerekliliğinin, kapsamı açısından önemli olan özel anayasal gerekliliklere tabi olduğunu dile getirir.⁸⁷ Mahkeme, çocuk mahkûmlara uygulanan disiplin prosedürlerinin ve diğer tedbirlerin çoğunluğunun Ceza İnfaz Kanunu'na dayanan idari yönetmeliklere dayandığını tespit eder. Resitlerin cezalarının infazına nazaran çocukların cezalarının infazının taşıdığı farklılıklar, Ceza İnfaz Kanunu'nun kıyas ile uygulanamayacağını gösterdiği gibi, aynı zamanda çocuklara yönelik özel bir ceza infaz kanunun oluşturulmasını da gerekli kılar.⁸⁸ Bununla birlikte FAYM, literatürde de hakim görüş olan, çocukların cezalarının infazına ilişkin yasal bir düzenlemenin anayasal gerekliliğinin, itiraz edilen kararların, özel yasal dayanakların yokluğunda hukuka uygun olduğunu teyit eden ve çocukların cezalarının infazına müdahale eden tedbirler de alan Eyalet Yüksek Mahkemelerinin (*Oberlandesgerichte*) önceki içtihatlarına dayandırılabilceğini onaylamıştır. Bu bakımdan, FAYM, eyalet düzeyindeki Yüksek Mahkemelerin kararlarının yasal dayanak olabileceğini kabul etmiştir.⁸⁹ Burada FAYM, *Mahkûm* kararına benzer şekilde mahkûmiyetin oluşturduğu şartların müdahaleyi kaçınılmaz kıldığını dile getirmiştir. Çocukların cezalarının infazının anayasaya uygun bir şekilde yerine getirilmesi için devletin müdahalesi gerekir. Sözelimi müdahale/sınırlama yetkisi olmadan hapis-hane kurumu (çocuk cezaevi), mahkûmları ve çalışanlarını diğer mahkûmlardan koruma (anayasal) yükümlülüğünü yerine getiremez. Bu sınırlama yetkileri, yalnızca mahkûmların hürriyeti bağlayıcı cezadan (hapisten) kaçmalarını önlemek için bile vazgeçilmezdir.⁹⁰ Mahkeme'ye göre, mahkûmların görev ihlallerine disiplin tedbirleriyle

⁸⁵ BVerfGE 116, 69 (70 vd.) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁸⁶ BVerfGE 116, 69 (80) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁸⁷ BVerfGE 116, 69 (81) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁸⁸ BVerfGE 116, 69 (81 vd.) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁸⁹ BVerfGE 116, 69 (91-92) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁹⁰ BVerfGE 116, 69 (93) - Jugendstrafvollzug [2006].

karşılık verebilmek, anayasal görevlerini yerine getirebilen düzenli bir cezaevi sisteminin sürdürülebilmesi için elzemdir. Cezaevinde, özellikle de çocuk cezaevlerinde, mahkûm üzerinde olumlu ve motive edici bir etki yaratmaya odaklanılmalıdır. Bundan bağımsız olarak, düzenli işleyiş için gerekli olan davranış kurallarının, kurumun kendisinin uygulayabileceği yaptırımlarla da desteklenmesi gerekir.⁹¹ Eğer mahkûmlar bu tür durumlarda yasal dayanak eksikliği nedeniyle uygun bir tepki verilmeyeceğini bekleyebilirlerse, diğer mahkûmlar ve potansiyel olarak etkilenen diğer kişiler bu tür saldırılardan anayasal hakların gerektirdiği şekilde korunamayacaktır. Bu bağlamda şikâyetçinin yasal dayanak eksikliği sebebiyle disiplin prosedürüne tabi tutulmama talebi yerinde değildir.⁹² Yüksek Bölge Mahkemesi ayrıca şikâyetçi hakkında uygulanan posta kontrolünün hukuka uygunluğunu, kurumdaki güvenlik ve düzen açısından haklı bulmuştur. Kapsamlı disiplin soruşturmaları göz önünde bulundurulduğunda, bu durum, başka olayların da beklenebileceği için posta kontrolünü gerekli kılmaktadır. Uygulanacak en katı kontrolde bile bu konuda anayasal bir itiraz söz konusu olamaz. Bir mahkûmun yazışmalarının izlenmesi gereklidir ve bu nedenle, kaçış planlaması veya suç hazırlığı gibi öngörülen infaza yönelik karşı koyma tehlikesi bakımından gerekli olduğu ölçüde, yasal bir dayanak olmasa bile geçici olarak izin verilebilir. FAYM burada, Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin atıfta bulunduğu çok sayıda disiplin anormalliğinin bu tehlikeyi yeterince belgelediğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme haberleşmenin gizliliği hakkının da ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹³

Çocukların Cezalarının İnfazı kararı, *Mahkûm* kararına nazaran iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişilerin anayasal haklarının tahdidine ilişkin daha açık belirlemeler içermektedir. FAYM açık bir şekilde kişiyi hürriyetten yoksun bırakmanın ötesine geçen anayasal haklara yönelik müdahalelerin bir sınırlama teşkil edeceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı ceza kapsamında hürriyetten yoksun bırakılmanın ayrılmaz bir parçası olan zorunluluklar, mahkûmların anayasal haklarını tahdit eder. Şikâyetçiye uygulanan disiplin prosedürleri bakımından her ne kadar Mahkeme bir yasal dayanak arasa da, disiplin prosedürlerinin meşrulaştırılmasına ilişkin bir değerlendirme yapmamış ve dolayısıyla disiplin cezalarını bir ölçülülük incelemesine tabi tutmamıştır. Hatta yasa hazırlıkları ve Eyalet Yüksek Mahkemelerinin kararları dolayısıyla, yasal dayanak kriterini görelileştirmiştir. Haberleşmelerin

⁹¹ BVerfGE 116, 69 (93-94) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁹² BVerfGE 116, 69 (94) - Jugendstrafvollzug [2006].

⁹³ BVerfGE 116, 69 (95) - Jugendstrafvollzug [2006].

denetlenmesinde haberleşmenin gizliliği hakkı bakımından da FAYM'ın bir anayasal tahdit belirlediği görülmektedir. Buna göre, öngörülen infaza yönelik karşı koyma tehlikesi söz konusu olduğunda, cezaevi kurumları yasaya dayanmadan mahkûmların haberleşmelerini ve yazışmalarını izleyebilir. Bu haberleşmenin gizliliği hakkının kapsamına değmeyen bir tahdittir. Böylece, iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişi gruplarından mahkûmlara ilişkin FAYM'ın hapisane kurumunun fonksiyonlarına aykırı olan mahkûm davranışlarını anayasal hakların kapsamından tahdit ettiği teyit edilmiş olur. Bununla beraber, Mahkeme, daha sonra verdiği kararlarda her ne kadar mahkûmların anayasal haklarının mahkûm olmaları dolayısıyla en başından itibaren daha dar bir kapsama sahip olmadığını belirtse de⁹⁴, mahkûmların anayasal haklarının, özgür kişilerin anayasal haklarına nazaran çok daha kapsamlı sınırlamalara ve tahditlere tabi olduğunu belirtmiştir.⁹⁵ Mahkûmların anayasal haklarının daha dar bir kapsama sahip olmasını ise bunu meşrulaştıran nesnel gerekçeler olduğunu dile getirmiştir.⁹⁶ Bu gerekçeler ise ilgili kurumun yerine getirdiği fonksiyon ve amaçtan kaynaklanır. Yine de FAYM'ın, mahkûmların haberleşmesinin denetlenmesinde henüz bir ihlal bulmaması⁹⁷, burada bir tahdidin gerçekleştiğini düşündürmektedir.

İktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişi gruplarından memurlar bakımından da bir inceleme yapmak gerekir. FAYM'ın memurlar ile ilgili verdikleri kararlarda anayasal hakları tahdit etmeyi değil, daha ziyade şikâyetçilerin normatif argümanlarını zayıflatmayı tercih ettiğini görmekteyiz. Burada incelenecek ilk karar, *Memurlar ve Hakimler Tarafından Yapılan Genel Siyasi Açıklamalar* kararıdır.⁹⁸ Bu kararın konusunu, günlük bir gazetede yer alan "Lübeck Eyalet Mahkemesi'nden 35 hâkim ve savcı füze sistemlerinin yerleştirilmesine karşı" haberinde bir hâkim ve bir savcının gerçekleştirdiği ifadelerden dolayı disiplin cezası alması oluşturur.⁹⁹

⁹⁴ BVerfG, 2 BvR 1803/05, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. August 2006, para. 12; BVerfG, 2 BvR 979/10, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 25. Oktober 2011, para. 19.

⁹⁵ BVerfG, 2 BvR 1803/05, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. August 2006, para. 12; BVerfG, 2 BvR 979/10, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 25. Oktober 2011, para. 19.

⁹⁶ BVerfG, 2 BvR 1803/05, BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. August 2006, para. 12; BVerfG, 2 BvR 979/10, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 25. Oktober 2011, para. 19.

⁹⁷ Ines Reiling, **Die Archäologie des ,besonderen Gewaltverhältnisses': Über die Verschiebungen und die Regel eines Diskurses**, Baden-Baden, Nomos, 2023, s. 88.

⁹⁸ BVerfG, NJW, 1989, pp. 93-94 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern.

⁹⁹ BVerfG, NJW, 1989, pp. 93-94, s. 93 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und

Mahkeme'ye göre, kamu hizmeti, uzmanlığa, profesyonel performansa ve görevini sadakatle yerine getirmeye dayalı olarak istikrarlı bir yönetim sağlamalı ve böylece devlet hayatını şekillendiren siyasi güçlere karşı bir denge unsuru oluşturmalıdır. Devlet memuru görevlerini tarafsız ve adil bir şekilde yerine getirmeli, görevlerini kamu yararını göz önünde bulundurarak yürütmeli, herhangi bir parti ya da gruba değil anayasal hükümete sadık olmalı ve hem iş başında hem de iş dışında mesleğinin gerektirdiği saygı ve güvene uygun davranmalıdır. Kamu görevlileri, genel politika konularında kendilerini ancak tarafsız, adil ve kamu yararı odaklı bir şekilde görevlerini yürüttüklerine dair kamu güvenini zedelemeyecek kadar ihtiyatlı bir şekilde ifade edebilirler. Siyasi görüşlerin ifade edilmesi, memurun görevlerini yerine getirirken devlete sadık veya herkese karşı tarafsız olmayacağı izlenimini verecek şekillerde olmamalıdır. Bu bağlamda, profesyonel kamu hizmetinin geleneksel bir ilkesi olan memurun sadakat yükümlülüğünden, memurların ifade özgürlüğünün görevlerinin gereklerine uygun olarak kısıtlamalara tabi olduğu sonucu çıkmaktadır.¹⁰⁰ Bu hususlar hâkim ve savcılar için de geçerlidir. Anayasa, hakimleri ve savcılarını kendi görevleriyle yükümlü, tarafların ve aynı zamanda toplumun tüm hak ve menfaatlerini tarttıktan sonra bağlayıcı kararlar vermesi gereken bir memur olarak görür; bu görev, onun şahsında bağımsızlık, tarafsızlık ve mesafe gerektirir. Bu nitelikler, hâkimin uzmanlığını dış etkilere arınmış bir şekilde karar verme sürecine dahil etmesini ve tarafsız, adil müzakere yoluyla, karşılıklı argümanları kullanmaya ve değerlendirmeye tarafsız bir şekilde istekli olarak, hukuku tarafsız bir şekilde uygulayarak ve davacılara karşı diğer usuli yükümlülüklerini doğru bir şekilde yerine getirerek mahkemede tarafların eşitliğini sağlamasını mümkün kılar. Eğer hakimlerin siyasi konularda ifade ettikleri görüşler halkın yargıya duyduğu güveni sarsacak nitelikteyse, o zaman Alman Anayasası'ndaki hâkim imajıyla çelişirler.¹⁰¹

FAYM, bu kararda Alman Federal İdare Mahkemesi'nin şikâyetçilere verilen disiplin cezalarını onaylayan kararını anayasaya uygun bulmuştur. FAYM'a göre, Alman Federal İdare Mahkemesi, şikâyetçilerin ifade özgürlüğünü kabul edilemez bir şekilde sınırlamamıştır. Alman Federal İdare Mahkemesi'nin Alman Anayasası Madde 33/5 tarafından güvence altına alınan kamu hizmeti ve hakimlerin geleneksel

Richtern.

¹⁰⁰ BVerfG, *NJW*, 1989, pp. 93-94, s. 93 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern.

¹⁰¹ BVerfG, *NJW*, 1989, pp. 93-94, s. 93 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern.

ilkelerini dikkate aldığını belirten FAYM, makamın ve anayasal yapısı gereği makamlarla ilişkilendirilen itibar ve güvenin vakaya konu olan siyasi tartışmada argümanlara ağırlık vermek için kullanılması ile şikâyetçilerin kamu görevlerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu sebeple, Mahkeme, şikâyetçilere uygulanan disiplin cezalarının makul, ölçülü ve anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.¹⁰²

Öncelikle bu kararın tam olarak esasa girilen bir karar olduğu söylenemez. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu Madde 93a'da belirtilen temel anayasal önem uyarınca, FAYM en başından beri başarı şansı olmayan anayasal şikâyetlerin esasına girmemektedir. Nitekim bu vakada da FAYM, anayasa şikâyetlerinin başarı şansının yetersiz olması nedeniyle karara bağlanmadığını belirtmiştir.¹⁰³ Her ne kadar şekli anayasal gerekliliklerden olan yasal dayanak şartını arasa da¹⁰⁴, FAYM'ın kararında bir ölçülülük incelemesi yaptığı söylenemez. Mahkûmlarla ilgili kararlarda olduğu gibi Mahkeme'nin burada memurların/hakimlerin ve savcılarının makamlarını ve makamlarının itibarlarını kullanarak siyasal tartışmalara katılmalarını, hâkim ve savcılarının tabi olduğu kurumların fonksiyonuna aykırı bulduğu söylenebilir.

Aynı şekilde esasa girilmeden verilen bir diğer karar ise *Vogt* kararıdır. Alman Komünist Partisi (Deutsche Kommunistische Partei/DKP) üyesi olan ve DKP adına çalışmalara katılan başvuru memurundan ihraç edilmiştir. Şikâyetçi, diğer hakların yanı sıra, Anayasa Madde 33'te güvence altına alınan memuriyette eşitlik hakkının/ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁵ FAYM'a göre, bir devlet memurunun devletin ve anayasanın muhafazasını yüksek bir değer olarak tanıması gerekir. Kamu hizmetinde uyulması gereken geleneksel ilkelerden biri olan siyasi sadakat yükümlülüğü, devlet memurunun bu devlete, anayasal organlarına ve yürürlükteki anayasal düzene saldıran, bunlarla mücadele eden ve bunları karalayan grup ve girişimlerden her zaman açıkça uzak durmasını gerektirir. FAYM'a göre, bir memurun sadakat yükümlülünü ihlal etmesi sebebiyle disiplin soruşturması yoluyla ömür boyu memuriyetten çıkarılabilmesi için, memurun özgür demokratik temel düzeni

¹⁰² BVerfG, *NJW*, 1989, pp. 93-94, s. 94 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern.

¹⁰³ BVerfG, *NJW*, 1989, pp. 93-94, s. 93 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern.

¹⁰⁴ BVerfG, *NJW*, 1989, pp. 93-94, s. 93 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern.

¹⁰⁵ Vakanın detayları, FAYM kararında yer almamaktadır. Bununla birlikte, aynı vaka AİHM önüne geldiğinden, vakanın detayları ve kararlar arasındaki karşılaştırma için bkz. **Bölüm 3.2.2.3.**

savunmak için gerekli güvenceyi sunmadığına kanaat getirilmesi gerekir. Bu kanaat, memurun kişiliğine ilişkin bir yargıya dayanır ve aynı zamanda bir öngörü içerir ve her vakada değişen çeşitli unsurlara ve bunların değerlendirilmesine dayanır. Şikâyetçinin DKP üyesi olması, DKP'nin çalışmalarına katılması ve Marx, Engels ve Lenin'in ilkeleri doğrultusunda bir komünist rejim kurmayı hedefleyen Mannheim Programını benimsediğini kabul etmesi, onun özgür demokratik temel düzeni savunmak için gerekli güvenceyi sunmadığını gösterir. Bu bakımdan FAYM, devlet ile memur arasındaki ilişkinin devamı için gerekli olan güven temelini ortadan kalktığını belirterek, şikâyeti temelsiz bulmuştur.¹⁰⁶

Memurlar ile ilgili diğer bir karar ise *Resmi Kıyafetler ile Küpe Takma* kararıdır.¹⁰⁷ Bu kararın konusunu, eyaletlerin idari yapısında bulunan maliyenin (*Oberfinanzdirektion*) erkek gümrük memurlarının üniformalarıyla birlikte küpe takmalarının yasaklanması oluşturur. İdare mahkemeleri önünde başarısız olan şikâyetçi¹⁰⁸, anayasa şikâyeti yoluna başvurmuştur. Yukarıdaki kararda olduğu gibi FAYM bu şikâyeti de yeterli başarı şansı olmaması sebebiyle esastan karara bağlamamıştır.¹⁰⁹ FAYM bu kararda öncelikle Alman Federal İdare Mahkemesi'nin kamu kurumlarına memurun üniformasını belirleme ve bununla bağlantılı olarak memurun dış görünüşüne ilişkin hususları düzenleme yetkisini kullanırken geniş bir takdir alanı tanımasını onaylamış ve anayasaya uygun bulmuştur.¹¹⁰ Buna göre, üniformalı erkek gümrük memurlarının küpe takmasının, türüne, boyutuna ve tasarımına bağlı olarak, münferit durumlarda itibar kaybına ve dolayısıyla üniforma giymeye atfedilen temsil ve tarafsızlık işlevinin bozulmasına yol açabilir.¹¹¹ FAYM, üniforma ile küpe takma yasağını bu özgürlük hakkının sadece küçük bir kısıtlaması olarak değerlendirmektedir. Aynı zamanda, bu kısıtlama, devlet için temel olan bir kamu hizmetinin önemli işlevi ve memurların devlete karşı *özel* görevleri/yükümlülükleri ile ilgili görülmelidir. Elbette bu bağlayıcı yükümlülük, kamu kurumunun sırf uygunsuz, estetik olmayan ya da uygun olmadığını düşündüğü için üniforma ile küpe takılmasını yasaklamasına izin vermez. Ancak bu alanda sahip olduğu geniş değerlendirme yetkisi çerçevesinde, kamu

¹⁰⁶ BVerfG, **BeckRS**, 1990, 7009 - Vogt.

¹⁰⁷ BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 1477-1478 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung.

¹⁰⁸ Bkz. BVerwG, **NJW**, 1990, pp. 2266-2268 - Tragen von Ohrschmuck bei männlichen Zollbeamten.

¹⁰⁹ BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 1477-1478, s. 1477 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung.

¹¹⁰ BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 1477-1478, s. 1477 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung.

¹¹¹ BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 1477-1478, s. 1477 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung.

kurumları münferit durumlarda küpe takılmasıyla üniformanın işlevinin tehlikeye girdiğini görürse, ilgili anayasal hakları göz önünde bulundurarak gerekli yasaklar çıkarabilir. Üniforma giyen erkeklerin küpe takmasının genel olarak yasaklanması, çeşitli kulak takıları arasında ayırım yapmanın kabul edilebilir zorlukları ve devlet memurlarının dış görünüşlerini uygun gördükleri şekilde tasarlama haklarının sadece küçük bir şekilde zedelenmesi nedeniyle anayasal olarak kabul edilebilirdir.¹¹² Bununla birlikte FAYM, üniforma ile küpe takma yasağı, umumun küpe ile üniforma giyen erkeklerle bakışına ilişkin değerlendirmesine dayandığından, kamu kurumlarını/idareyi fiili koşulların gelişimini takip etmek ve her durumda, kabul ettiği yasağın gerekliliklerinin, umumun bu soruna ilişkin tutumundaki olası bir değişikliğe rağmen hala geçerli olup olmadığını kontrol etmekle yükümlü tutmuştur.¹¹³ Mahkeme burada da herhangi bir ölçülülük incelemesi veya dengeleme yapmadan, bir ihlal olmadığını bulgulamıştır.

Almanya'da memurlarla ilgili olarak FAYM tarafından dört başörtüsü kararı verilmiştir. Bu kararlardan ilkinde¹¹⁴, idarenin gerçekleştirdiği müdahalenin yasal dayanağa sahip olmaması sebebiyle ihlal kararı verilmiştir.¹¹⁵ Bu karardan sonra 2015 yılına kadar FAYM'ın esasa girmeden verdiği bir karar bulunmaktadır. Bu kararda, şikâyetçi, sınıfta başörtüsünü çıkarmak zorunda kalmadan okul hazırlık hizmetine kabul edilmek istemektedir. Şikâyetçi, öğretmenlik diplomasını aldıktan sonra, stajyerliğe kabul edilmek için okul idaresine başvurmuştur. Ancak şikâyetçinin İncil tarihi/din bilgisi derslerinde başörtüsü takmaktan kaçınmayı reddetmesi üzerine bu başvurusu kabul edilmemiştir. Şikâyetçinin itirazı sonrası, idare mahkemesi 19 Mayıs 2005 tarihli geçici tedbir kararıyla şikâyetçinin hazırlık hizmetine kabul edilmesine karar vermiştir. Bu dönemde, şikâyetçinin stajyerlikten dışlanması için bir yasal dayanak yoktu. 23 Haziran 2005 tarihinde yapılan ve 9 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren eyalet yasa değişikliği ile bu yasal dayanak oluşturulmuştur. Buna göre, devlet okullarında dini ve ideolojik tarafsızlık korunmalıdır. Öğretmenlerin ve destek personelinin okuldaki dış görünüşleri, öğrencilerin ve velilerin dini ve ideolojik hassasiyetlerini rahatsız edecek veya dini ve ideolojik tarafsızlığı ihlal ederek okuldaki huzuru tehlikeye atabilecek gerilimleri okula taşıyacak şekilde olmamalıdır. Bu hüküm, stajyer öğretmenler için yalnızca ders vermeleri halinde geçerlidir. Bu yasa değişikliğinden sonra idarenin

¹¹² BVerfG, *NJW*, 1991, pp. 1477-1478, s. 1477-1478 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung.

¹¹³ BVerfG, *NJW*, 1991, pp. 1477-1478, s. 1478 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung.

¹¹⁴ Bkz. BVerfGE 108, 282 - Kopftuch [2003].

¹¹⁵ Bkz. BVerfGE 108, 282 (297 vd.) - Kopftuch [2003].

temyizi sonucunda Bremen Yüksek İdare Mahkemesi, yerel mahkemenin kararını bozmuş ve geçici tedbir kararını reddetmiştir.¹¹⁶

Alman Anayasası Madde 12'de güvence altına alınan meslek özgürlüğü bakımından iç hukuk yollarının tüketilmediğini bulgulayan¹¹⁷ FAYM, öngörülebilirlik değerlendirmesinde, yasa hükmünde korunan menfaatlere yönelik soyut bir tehdidin yeterli olduğunu açıkça ortaya koymuştur.¹¹⁸ Mahkeme'ye göre, devlet çeşitli dini ve ideolojik topluluklara hem bu resmi görevlerin gerekçelendirilmesinde hem de uygulanmasında eşitlik ilkesine uygun olarak muamele edilmesini sağladığı ve kendisini belirli bir dini toplulukla özdeşleştirmede sürece, devlet okullarında öğretmenlerin dini veya ideolojik duyguları rahatsız edebilecek veya okuldaki huzuru tehlikeye atabilecek dini semboller takmalarının yasaklanması, herhangi bir anayasal endişeye yol açmamaktadır.¹¹⁹ Nitekim mevcut yasa değişikliği de bu şartları sağlamaktadır. Yasada korunan menfaatlere soyut bir tehdit teşkil eden her türlü dış görünüşü yasaklayan standart, her türlü inancın dışavurumunu kapsamaktadır. Somut bir tehlikenin bulunmaması, dış görünüşün yasa ile korunan menfaatleri zedelemeye soyut olarak uygun olduğunu kanıtlamaz. Bugüne kadar itiraz edilmemiş olan dini veya ideolojik sembol, devletin tarafsızlık içinde yerine getirilmesi gereken eğitim görevini, velilerin eğitim hakkını ve öğrencilerin negatif inanç özgürlüğünü zedelemeye uygunluğunu korumaktadır.¹²⁰ Sonuç olarak FAYM, bu gerekçelere dayanarak müdahalenin eşitlik hakkıyla veyahut din özgürlüğü ile çatışmadığına karar vermiştir.

*Başörtüsü II*¹²¹ kararının konusunu kamu okullarında çalışan, Müslüman olan ve biri sosyal pedagog/hizmet görevlisi, diğeri öğretmen olarak görev yapan iki memurun görev sırasında başörtülerini çıkarmayı reddetmeleri dolayısıyla Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti tarafından uygulanan iş hukuku yaptırımlarına ilişkin mahkeme kararları oluşturmaktadır.¹²² Söz konusu yasal hükümler yürürlüğe girdikten sonra, okul

¹¹⁶ BVerfG, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006, para. 1 vd.

¹¹⁷ BVerfG, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006, para. 12-15.

¹¹⁸ BVerfG, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006, para. 18-19.

¹¹⁹ BVerfG, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006, para. 21.

¹²⁰ BVerfG, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006, para. 22-23.

¹²¹ BVerfGE 138, 296 - Kopftuch II [2015].

¹²² BVerfGE 138, 296 (299 vd.) - Kopftuch II [2015].

yetkilileri şikâyetçiden daha önce görev sırasında taktığı İslami başörtüsünü çıkarmasını istemiştir. Şikâyetçi bu talebe uymuş, ancak başörtüsünün yerine saçlarını, saç çizgisini ve kulaklarını tamamen örten pembe, piyasada satılan, örgü manşetli bir bere takmıştır. Bunu aynı renkte balıkçı yaka bir kazak gibi bir boyun örtüsü ile kombine etmiştir. Okul yetkilileri şikâyetçiye uyarılmış ve aynı şekilde davranmaya devam etmesi halinde iş akdinin feshedileceği ihtarında bulunmuştur. Bu ihtara göre, okulda dini motivasyonla başörtüsü benzeri bir başlığın takılması bir sembol etkisi yaratmakta ve dini bağlantıları dışarıdan gözlemciler için görünür kılmakta ve bu durum okulun huzurunu tehlikeye atmaktadır. Buna ek olarak, aynı ihtara göre, öğrenciler ve veliler arasında şikâyetçinin insan onuruna, Alman Anayasası Madde 3 uyarınca kadın ve erkek eşitliğine, anayasal haklara veya özgür-demokratik temel düzene aykırı davrandığı izlenimini yaratabilecek harici bir davranış teşkil etmektedir.¹²³ Öğretmen olan diğer şikâyetçi ise okul müdürü tarafından İslami uygulamalara göre başörtüsü takmanın artık yeni yasal hükümlerle uyumlu olmadığı konusunda bilgilendirilmiştir. Bunun üzerine, şikâyetçi yazılı bir açıklama yaparak on iki yaşından beri kendi isteği ve dini inançları doğrultusunda başörtüsü taktığını belirtmiştir. Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti, şikâyetçiye tekrar dinledikten sonra, yazılı bir uyarıda bulunmuştur. Bu yazıda şikâyetçinin başörtüsü takması görev ihlali olarak nitelendirilmiş ve okula sürekli olarak başörtüsü gelmemesi halinde işten çıkarılma da dâhil olmak üzere iş hukuku kapsamında tedbirler alınacağı bildirilmiştir. Buna göre, İslami başörtüsü takmak okuldaki huzuru tehlikeye atabilir ve şikâyetçinin insan onuruna, Alman Anayasası Madde 3 uyarınca kadın ve erkek için eşit haklara, anayasal haklara veya özgür ve demokratik temel düzene karşı hareket ettiği izlenimini verebilir.¹²⁴

Mahkeme bu vakada öncelikle, dini olmayan kamu okullarında eğitimcilerin örtünmeye ilişkin dini bir gereklilik doğrultusunda inançlarının kurallarına uyma özgürlüğünün Alman Anayasası Madde 4'te düzenlenen din ve inanç özgürlüğü hakkının kapsamında olduğunu belirlemiştir. Bu özgürlük sadece inanma ya da inanmama, yani bir inanca sahip olma, sessiz kalma, önceki inancından vazgeçme ve başka bir inanca yönelme iç özgürlüğünü (*forum internum*) değil, aynı zamanda inancı ikrar etme ve yayma ve başkalarını kendi inancına ikna etme dış özgürlüğünü (*forum externum*) de kapsar. Bu aynı zamanda bireylerin tüm davranışlarını inançlarının öğretileriyle uyumlu hale getirme ve bu inanç doğrultusunda hareket etme, yani inanca dayalı

¹²³ BVerfGE 138, 296 (302) - Kopftuch II [2015].

¹²⁴ BVerfGE 138, 296 (309) - Kopftuch II [2015].

hayatlar yaşama hakkını da içerir.¹²⁵ Din ve inanç özgürlüğünün bir gereği olarak, inançlarına özgü şekilde bağlanmış bir başörtüsü takan Müslüman kadınlar, kamu okullarında mesleklerini icra ederken ve aynı zamanda dini nedenlerle saçlarını ve boyunlarını örten diğer kıyafetleri giyerek örtünebilirler.¹²⁶ Bu aşamada, FAYM aynı zamanda anayasal hakların yorumunun topluma açıklığı ilkesi çerçevesinde, İslam dininin örtünme hususundaki kendi kaidelerini de incelemiştir. Bu incelemeye göre, kıyafet seçiminin dini temeli, manevi içeriğe ve dış görünüşe göre örtünme gerekliliği konusunda İslamiyet inancında temsil edilen farklı görüşler göz önüne alındığında da yeterince makuldür. Kadınlar için kıyafet kurallarının tam içeriğinin İslam alimleri arasında oldukça tartışmalı olması önemli değildir. Bu görüşün İslam'ın çeşitli yönleri arasında yaygın olduğunu ve özellikle Kuran'daki iki sureye dayandığını söylemek yeterlidir. İslam'da örtünme gerekliliği bazen mutlak bir zorunluluk olarak da sınıflandırılmaktadır. Bu koşullar altında, İslam inancının diğer kollarında kadınlar için örtünme zorunluluğunun bulunmaması önemli değildir.¹²⁷

Gerçekleştirilen sınırlama için yeterli yasal dayanağın bulunduğunu belirten¹²⁸ Mahkeme, öncelikle Madde 4'te düzenlenen din ve inanç özgürlüğü hakkının sınırlama kaydı olmayan bir anayasal hak olduğunu ve bu sebeple anayasanın kendisinden elde edilen üçüncü kişilerin hakları ve anayasal düzeydeki toplumsal değerler ile din ve inanç özgürlüğü hakkının sınırlanabileceğini tekrar eder. Mahkeme burada anayasal değerleri, Alman Anayasası Madde 7/1'den elde edilen devletin ideolojik-dini tarafsızlıkla eğitim verme yükümlülüğü, Madde 6/2'den elde edilen velilerin çocuklarını yetiştirme hakkı ve öğrencilerin negatif din özgürlüğü olarak belirler.¹²⁹ Mahkeme ayrıca bu anayasal değerler arasındaki normatif gerilimi, hoşgörü gerekliliğini göz önünde bulundurarak çözümlerin kamusal karar alma sürecinde herkes için makul olan bir uzlaşma aramak zorunda olan demokratik yasama organının sorumluluğunda olduğunu ifade eder.¹³⁰

FAYM, bu amaçların yerine getirilmesi için başörtüsü yasağının öngörülmesini elverişlilik ilkesi bakımından sorgulasa da, İslami başörtüsünün Alman toplumunda ne kadar yaygınlaştığı, önemine ilişkin mevcut anlayış ve takanların motivasyonları ve

¹²⁵ BVerfGE 138, 296 (328-329) - Kopftuch II [2015].

¹²⁶ BVerfGE 138, 296 (330) - Kopftuch II [2015].

¹²⁷ BVerfGE 138, 296 (330) - Kopftuch II [2015].

¹²⁸ BVerfGE 138, 296 (330 vd.) - Kopftuch II [2015].

¹²⁹ BVerfGE 138, 296 (333) - Kopftuch II [2015].

¹³⁰ BVerfGE 138, 296 (333) - Kopftuch II [2015].

çok farklı olan yorumları dikkate alındığında, bu sınırlamanın elverişsiz ve gereksiz olduğunun söylenemeyeceğine kanaat getirmiştir.¹³¹ Dış görünüş yoluyla dini teza-hürlerin, yani dini çağrışımları olan kıyafetlerin giyilmesinin, sadece soyut olarak okul barışını veya dini olmayan okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye atabileceği gerek-çesiyle eyalet çapında yasaklanması, bu davranışın zorunluluk içeren dini bir emir olarak anlaşılması halinde orantısız olduğunu gösterir. FAYM'a göre, dini bir gereklilik uyarınca örtünen eğitimcilerin din ve inanç özgürlüğü, sınırlamanın meşru amacı olan anayasal değerlere yönelik en azından somut bir tehlikenin var olması ile sınırlanabi-lir.¹³²

Eğitimciler tarafından okullarda ve derslerde dini veya ideolojik referansların kullanılması, devletin tarafsız bir şekilde yerine getirmesi gereken eğitim görevini, ve-lilerin çocuk yetiştirme hakkını ve öğrencilerin negatif din özgürlüğünü zedeleyebilir. En azından, öğrencilerini etkileme ve ebeveynlerle çatışma olasılığını ortaya çıkara-rak okul huzurunun bozulmasına yol açabilir ve okulun eğitim misyonunun yerine ge-tirilmesini tehlikeye atabilir. Ancak, diğer yandan, dini çağrışımları olan giysi veya sembollerin giyilmesinin zorunlu olduğu anlaşılan dini bir emre dayandırılabilmesi ha-linde, anayasada yer bulan bu karşıt pozisyonların hiçbirisi, soyut zarar verme riski ile bu yasağı meşrulaştıramaz.¹³³

Öncelikle eğitimcilerin pozitif din özgürlüğü ile öğrencilerin negatif din özgür-lüğü arasındaki çatışmayı inceleyen Mahkeme'ye göre, öğrencilerin negatif din özgür-lüğü, paylaşılmayan bir inancın kült eylemlerinden uzak durma özgürlüğünü güvence altına alır. Bu aynı zamanda bir inanç veya dinin temsil edildiği ayin ve semboller için de geçerlidir. Ancak, farklı inançlara yer veren bir toplumda, bireylerin kendilerine ya-bancı olan inanç ifadeleri, ritüel eylemler ve dini sembollerle karşı karşıya kalmaktan kurtulma hakları yoktur.¹³⁴ Bununla birlikte, bu durum, devlet tarafından yaratılan ve bireyin belirli bir inancın etkisine, bunun tezahür ettiği eylemlere ve kendini sunduğu sembollere herhangi bir kaçınma imkânı olmaksızın maruz kaldığı bir durumdan ayırt edilmelidir. Öğrenciler, zorunlu eğitimin bir sonucu olarak, ders sırasında İslami ba-şörtüsü takan ve devlet tarafından istihdam edilen bir öğretmenle karşı karşıya kal-dıklarında kendilerini kaçınılmaz bir durumda bulurlar. Öğrencilerin bu çatışmadan

¹³¹ BVerfGE 138, 296 (334) - Kopftuch II [2015].

¹³² BVerfGE 138, 296 (335) - Kopftuch II [2015].

¹³³ BVerfGE 138, 296 (335-336) - Kopftuch II [2015].

¹³⁴ BVerfGE 138, 296 (336) - Kopftuch II [2015].

kaçınmak için bir alternatifi yoktur. Mahkeme bu kaçınılmazlık ilişkisinde, bir ayırım daha yapar. Buna göre, söz konusu işaretin okul yetkililerinin teşvikiyle mi yoksa Madde 4'teki bireysel özgürlük hakkını kullanan bireysel eğitimciler tarafından kişisel bir karar temelinde mi kullanıldığı konusunda bir ayırım yapılmalıdır. Bireysel bir öğretmen veya eğitim çalışanı tarafından başörtüsü takılmasıyla bağlantılı olarak yapılan dini bir ifadeyi kabul eden devlet, böylece bu ifadeyi kendi ifadesi haline getirmemiş olur.¹³⁵

FAYM'a göre, İslami bir başörtüsü, benzer bir baş ve boyun örtüsü veya dini çağrışımları olan diğer kıyafetler giymek, öğrencilerin negatif din ve inanç özgürlüğüne dokunmak için *a priori* olarak tasarlanmamıştır. Sadece böyle bir dış görünüş sergileyen öğretmenler, konumlarını veya inançlarını sözlü olarak desteklemedikleri ve öğrencileri görünüşlerinin ötesinde etkilemeye çalışmadıkları sürece, öğrencilerin negatif din özgürlükleri esasen bir zarar görmez.¹³⁶ Öğrenciler, öğretmenler tarafından kullanılan pozitif din özgürlüğü ile sadece dini kıyafetler ile karşı karşıya kalmakta, bu da genellikle farklı inançlara veya farklı bir dünya görüşüne sahip diğer öğretmenlerin ortaya çıkmasıyla görelileştirilmekte ve dengelenmektedir. Bu itibarla, dini açıdan çoğulcu olan bir toplum, seküler kamu okullarına da yansımaktadır.¹³⁷

Bu aşamadan sonra FAYM, velilerin çocuklarını yetiştirme hakkı ile eğitimcilerin pozitif din özgürlüğü hakkı arasındaki çatışmayı incelemeye geçer. Alman Anayasası Madde 6/2 ile güvence altına alınan velilerin çocuklarını yetiştirme hakkı, Alman Anayasası Madde 4/1 ile birlikte yorumlandığında, çocukların dini ve ideolojik bakış açısıyla yetiştirilmesi hakkını da içerir. Bu nedenle, çocuklarına doğru olduğunu düşündükleri din, inanç ve kanaatleri aşılacak öncelikle velilerin hakkı ve görevidir. Ancak Madde 6/2, çocuk yetiştirme konusunda ebeveynlere münhasır bir hak tanıtmaktadır. Madde 7/1 uyarınca devlet de kendi eğitim yükümlülüğünü yerine getirir.¹³⁸ FAYM'a göre, öğrencileri, yaygın bir dini örtünme kuralını uygulayan eğitimcilerin etkisinden uzak tutmaya yönelik olası bir hak, öğrencilerin negatif din ve inanç özgürlüğüne zarar vermediği sürece, velilerin çocukları yetiştirme hakkından elde edilemez. Velilerin çocuklarını yetiştirme hakkı ile bağlantılı olarak velilerin negatif din özgürlüğü, eğitimcilerin sadece kişinin başka bir dine veya inanca mensup olduğu sonucuna

¹³⁵ BVerfGE 138, 296 (336-337) - Kopftuch II [2015].

¹³⁶ BVerfGE 138, 296 (337) - Kopftuch II [2015].

¹³⁷ BVerfGE 138, 296 (337) - Kopftuch II [2015].

¹³⁸ BVerfGE 138, 296 (337-338) - Kopftuch II [2015].

varılmasına izin veren, ancak bunun dışında amaçlanan bir etkisi olmayan dini çağrışım/ışaretleli kıyafetleri giymesini engelleme güvencesi vermez. Bu durum tam da mevcut vakalarda geçerlidir; çünkü söz konusu olan devlete atfedilebilecek inanç temelli bir davranış değil, anayasal hakların bariz bir bireysel kullanımıdır.¹³⁹

Buna ek olarak, ideolojik ve dini tarafsızlık görevini sürdürürken yerine getirilmesi gereken devletin eğitim verme yükümlülüğü, eğitimcilerin İslami başörtüsü takarak pozitif dini özgürlüklerini kullanmalarını kural olarak engellemez. Sadece, eğitim yükümlülüğünün yerine getirilmesi için gerekli olan okulun huzuruna veya devletin tarafsızlığına yönelik yeterince somut bir tehdit tespit edilebilirse, zorunlu olarak anlaşılan bir inanç emrine dayanan bu tür bir dış/pozitif davranış yasağını haklı gösterebilir.¹⁴⁰ Alman Anayasası, devlete ideolojik ve dini tarafsızlık yükümlülüğü yükler. Devlet, çeşitli dini ve ideolojik topluluklara eşitlik ilkesi temelinde muamele edilmesini sağlamalı ve belirli bir dini toplulukla özdeşleşmemelidir. Ancak, devletin sahip olması gereken ideolojik ve dini tarafsızlık, devlet ve kilisenin katı bir şekilde ayrılması anlamında mesafeli bir tutum olarak değil, tüm mezhepler için eşit şekilde inanç özgürlüğünü teşvik eden açık ve kapsayıcı bir tutum olarak anlaşılmalıdır.¹⁴¹ Bu bağlamda, FAYM, Alman Anayasası'nın karşılıklı anlaşmaya dayalı bir model¹⁴² benimsediğini kabul etmiştir. Dolayısıyla Madde 4/1, bireyler için kendi dini özgürlüklerini pozitif bir şekilde yerine getirebilecekleri bir alanı güvence altına alır. Devlet belirli bir siyasi, ideolojik ya da fikişsel yönelimin hizmetinde hedefe yönelik bir etki uygulayamaz ya da kendisinden kaynaklanan ya da kendisine atfedilebilecek tedbirler yoluyla kendisini açıkça ya da dolaylı olarak belirli bir inançla ya da belirli bir dünya görüşüyle özdeşleştiremez ve böylece bir toplumda dini barışı tehlikeye atamaz. İdeolojik ve dini tarafsızlık ilkesi, devletin bir dini topluluğun inanç ve öğretilerini bu şekilde değerlendirmesini de engeller.¹⁴³ Devlet okulunun tasarımında farklı dinlere ve ideolojilere atıfta bulunulması mümkün olduğundan ve eğitimcilerin dini ya da ideolojik aidiyetlerinin görünürlüğü sadece dış görünüşten anlaşılabilirdiğinden, bu vakada eğitimcilerin başörtüsü takmaları, devletin gerektirdiği ideolojik ve dini tarafsızlığı kolayca dışlamaz.

¹³⁹ BVerfGE 138, 296 (338) - Kopftuch II [2015].

¹⁴⁰ BVerfGE 138, 296 (338) - Kopftuch II [2015].

¹⁴¹ BVerfGE 138, 296 (338-339) - Kopftuch II [2015].

¹⁴² Ayrıca bkz. Saadet Yüksel, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, İstanbul, Alfa, 2015, s. 116 vd.

¹⁴³ BVerfGE 138, 296 (339) - Kopftuch II [2015].

Bu vakada devlet ideolojik ve dini tarafsızlığını halen korumaktadır.¹⁴⁴

FAYM'a göre, şikâyetçilerin zorunlu olduğu düşünülen bir inanç emrini yerine getirmeleri dolayısıyla şikâyetçilerin din ve inanç özgürlükleri, ideolojik ve dini açıdan tarafsız devletin okul sektöründe de koruması gereken öğrencilerin ve velilerin anayasal haklarına nazaran daha ağır basar.¹⁴⁵ Öğretmenlerin dışarıdan görünüşleri okul barışına veya devletin tarafsızlığına yönelik yeterince somut bir tehdide veya bozulmaya yol açıyorsa ya da buna önemli ölçüde katkıda bulunuyorsa durum farklıdır. Bu somut tehlike, sözgelimi, dini davranış konusunda çok tartışmalı pozisyonların vurgulu bir şekilde temsil edildiği ve okul süreçlerini ve devletin eğitim yükümlülüğünü yerine getirmesini etkileyecek şekilde okula taşındığı bir durumda, dini inançların ve kıyafet uygulamalarının görünürlüğü bu çatışmayı yarattığı veya körüklediği ölçüde düşünülebilir. Böyle haklı ve yeterince somut bir tehlike durumunda, anayasal haklara sahip eğitimcilerin, özellikle öğrencilerin ve velilerin anayasal haklarının yanı sıra devletin tarafsızlık gerekliliğine saygı göstererek devletin eğitim görevinin yerine getirilmesini sağlamak için, anlaşılır bir şekilde zorunlu olarak algılanan örtünme konusundaki dini bir gerekliliğe uymaktan kaçınmaları makuldür. FAYM bu durumda dahi, eğitimcilerin din ve inanç özgürlüğünü sınırlandırabilecek olan öğrencilerin ve velilerin haklarını ve devletin tarafsızlığını korumak için başka bir olası pedagojik kullanımın göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁶ Dini davranışla ilgili önemli çatışmalar nedeniyle okul barışının veya devletin tarafsızlığının yeterince somut bir şekilde tehlikeye atılması veya bozulması eşiğine önemli sayıda vakada ulaşırsa, sadece belirli münferit durumlarda değil, aynı zamanda belirli bir süre boyunca belirli okullar veya okul bölgeleri için daha genel olarak dış dini tezahürleri önlemeye yönelik, anayasal olarak tanınmış bir ihtiyaç olabilir. Bu bağlamda, yasama organı, alan odaklı çözümler yoluyla böyle bir durumu önlem olarak da dikkate alabilir. Bunu yaparken, özellikle büyük eyaletlerde, gerekirse yeterince spesifik bir yönetmelik çıkarma yetkisinin yardımıyla, farklılaştırılmış, örneğin yerel ve zamansal olarak sınırlı çözümler sağlama olanağına sahiptir. Böyle bir düzenleme durumunda bile, etkilenenlerin anayasal hakları açısından, öncelikle başka bir olası pedagojik kullanım düşünülmelidir.¹⁴⁷ Yasama organı bu konuda daha farklı bir düzenleme yapmadığı sürece, öğretmenlerin din ve inanç

¹⁴⁴ BVerfGE 138, 296 (340) - Kopftuch II [2015].

¹⁴⁵ BVerfGE 138, 296 (340-341) - Kopftuch II [2015].

¹⁴⁶ BVerfGE 138, 296 (341) - Kopftuch II [2015].

¹⁴⁷ BVerfGE 138, 296 (341-342) - Kopftuch II [2015].

özgürlüğünün sınırlanması, ancak devletin tarafsızlığına veya okul barışına yönelik yeterince somut bir tehdidin kanıtlandığı takdirde söz konusu anayasal değerler için uygun bir ölçü olarak kabul edilebilir.¹⁴⁸

Nihayetinde Mahkeme, yerel mahkemelerin bu kriterleri dikkate almadığına kanaat getirerek şikâyetçilerin Madde 4'te güvence altına alınan din ve inanç özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁹

Başörtüsü II kararının iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisine ilişkin dogmatikliği tam olarak yansıtmadığı görülmektedir. Bunun en temel sebeplerinden birisi, burada aslında iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan iki kişi grubunun karşı karşıya gelmesidir: öğretmenler ve öğrenciler. Bu vakada, temel olarak eğitimcilerin pozitif din özgürlüğü ile öğrencilerin negatif din özgürlüğü çatışmaktadır. Gerek velilerin çocuklarını yetiştirme hakkı, gerekse devletin ideolojik-dini tarafsızlıkla eğitim verme yükümlülüğü aslında bu çatışmaya ilişkindir. Eğitimcilerin normatif argümanları, devletin üstlendiği eğitim yükümlülüğü ile zayıflatılırken, öğrencilerin normatif argümanları hoşgörü ilkesini ve çoğulcu toplumu kapsayan eğitim fonksiyonu ile görelileştirilmiştir. Bunun yanı sıra, FAYM'ın bazı ifadeleri, Mahkeme'nin gerçekten meşrulaştırma aşamasına geçip geçmediği hususunda şüpheye düşürmektedir. Mahkeme'nin ifadesine göre, "velilerin çocuklarını yetiştirme hakkı ile bağlantılı olarak velilerin negatif din özgürlüğü, eğitimcilerin sadece kişinin başka bir dine veya inanca mensup olduğu sonucuna varılmasına izin veren, ancak bunun dışında amaçlanan bir etkisi olmayan dini çağrışımlı/işaretleli kıyafetleri giymesini engelleme güvencesi vermez."¹⁵⁰ Bu ifade en başından itibaren velilerin veya çocukların böyle bir hak talebi olamayacağı şeklinde anlaşılabilir. Ancak bu cümleye böyle bir anlam vermek yerinde değildir. Zira FAYM, bu ifadeleri dile getirirken artık meşrulaştırma aşamasındadır. Bu sebeple, FAYM'ın bu haklar ile şikâyetçilerin hakları arasında bir çatışmanın gerçekleştiğini kabul ettiğini varsaymak gerekir. Nitekim *prima facie* hak ve kesin/nihai hak arasındaki ayrım da dikkate alınarak FAYM'ın burada bir *prima facie* haktan değil kesin/nihai haktan bahsettiğini kabul etmek gerekir. Sonuç olarak Mahkeme, *Başörtüsü II* kararında, öncelikle eğitimcilerin başörtüsü takmasının inandıkları din ve inanç bakımından emredici olarak anlaşılıp anlaşılamayacağını belirlemiştir. Başörtüsü ve benzeri kıyafetleri takmanın emredici olarak anlaşılması halinde, aslında FAYM

¹⁴⁸ BVerfGE 138, 296 (342) - Kopftuch II [2015].

¹⁴⁹ BVerfGE 138, 296 (345 vd.) - Kopftuch II [2015].

¹⁵⁰ BVerfGE 138, 296 (338) - Kopftuch II [2015].

şikâyetçilere yapılan müdahalenin din ve inanç özgürlüğü hakkının çevresel değil merkezi bir konumuna isabet ettiğini bulgular. Bu durumda, din ve inanç özgürlüğü hakkını sınırlandırabilecek anayasal değerlerin başörtüsü takmak şeklinde gerçekleştirilen pozitif din özgürlüğüne üstün gelebilmesi için soyut bir tehlike yeterli değildir. Burada, birçok defa çatışma oluşturan vakanın meydana geldiği somut bir tehlikenin bulunmasının gerekli olduğu belirtilmiştir.¹⁵¹ Nitekim bu durumda dahi FAYM, yasama organının alternatif önlem alıp alamayacağını belirlemek gerektiğini dile getirmiştir. Bu kararda eksik olduğu göze çarpan bir husus da burada açığa çıkmaktadır: gereklilik testi. FAYM'ın bu vakada elverişlilik denetimi yapsa da gereklilik denetimi yaptığı söylenemez. FAYM alternatif önlemleri yalnızca ileriye dönük olarak, yasama organını nasıl bir düzenleme yapabileceği konusunda bilgilendirirken gündeme getirir. FAYM gereklilik testini geçemeyecek olan bu sınırlamayı orantılılık ilkesi bakımından değerlendirmek istemiştir. Kanaatimce, bunun belki de en önemli sebebi yukarıdaki üstünlük ilişkilerini belirleyerek ve dolayısıyla kategorik dengelemeleri yaparak, yasama ve yargı organlarının anayasaya uygun olarak kamu görevlilerinin (eğitimcilerin) pozitif din özgürlüğünü nasıl sınırlayabileceklerini göstermek istemesidir.

*Başörtüsü III*¹⁵² kararının konusunu ise şikâyetçinin Hessen Eyaleti'ndeki hukuk stajının (*Rechtsreferendariat*)¹⁵³ belirli aşamalarında başörtüsü takmasının yasaklanması oluşturur. Hessen eyaletinin Hukuki Mesleki Eğitim Kanunu (*Juristenausbildungsgesetz*) Madde 26/2'ye göre, kamu hukukuna tabi bir staj ilişkisi vardır. Burada oluşan temel çatışma, hukuk stajyerlerinin yargısal hazırlık hizmetini yerine getirmesinden kaynaklanmaktadır. Hessen Eyaleti'nin Devlet Memurları Kanunu'nun (*Hessisches Beamten-gesetz*) kamu görevlilerinin görünümüne ilişkin 45. maddesi¹⁵⁴

¹⁵¹ Aksi yönde bkz. *BVerfG*, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006, para. 18-19, 23.

¹⁵² *BVerfGE* 153, 1 - Kopftuch III [2020].

¹⁵³ Yapılan bu staj ile iki devlet sınavını geçme şartıyla hukuk mezunları, hâkim, savcı, noter veya avukat olabilmektedir. Bu bakımdan, avukatlık veya hakimlik stajı yerine hukuk stajı terimi tercih edilmiştir.

¹⁵⁴ Bu hüküm 23.11.2021 tarihinde yürürlükte kaldırılmıştır. Yeni hükümde ise federal düzeyde yürürlükte olan Eyaletlerdeki Devlet Memurlarının Statüsünü Düzenleyen Kanun (*Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz)*) Madde 34/2/2-4'e atıf yapılmıştır. Buna göre: "Özellikle, idarenin işlevselliği ya da saygılı ve güvenilir davranma yükümlülüğü gerektiriyorsa, belirli kıyafetlerin giyilmesi, takılar, semboller ve görünür bölgedeki dövmele ile saç ve sakal şekli kısıtlanabilir ya da yasaklanabilir. Bu durum, özellikle 2. cümlede belirtilen dış görünüş özelliklerinin, alışlagelmiş ötesine geçen ve özellikle bireyselleştirici nitelikleri nedeniyle memurun resmi işlevini arka plana itmeye uygun olması halinde geçerlidir. Cümle 2'ye göre dış görünüşün dini veya ideolojik özellikleri ancak memurun tarafsız davranışına olan güveni zedelemeye nesnel olarak uygunsa kısıtlanabilir veya yasaklanabilir."

şu şekilde düzenlenmişti:

“Devlet memurları görev sırasında siyasi, ideolojik ve dini açıdan tarafsız bir şekilde davranmalıdır. Özellikle, görevlerindeki davranışlarının tarafsızlığına olan güveni nesnel olarak zedeleyebilecek veya siyasi, dini veya ideolojik barışı tehlikeye atabilecek giysiler, semboller veya diğer işaretler giyemez veya kullanamazlar. Cümle 1 ve 2’deki gerekliliklerin varlığına karar verirken, Hessen Eyaleti’nin Hristiyan ve hümanist Batı geleneği uygun bir şekilde dikkate alınmalıdır.”

Şikâyetçi Hessen Eyaleti’nde 2 Ocak 2017’den beri hukuk stajyeri olarak görev yapmaktadır. Stajına başlamadan önce, Frankfurt am Main Eyalet Yüksek Mahkemesi’nden, başörtüsü takmasının hukuk stajı bakımından bir sakınca oluşturacağına yönelik bildirim almıştır. Şikâyetçi, 7 Aralık 2016 tarihinde kendisine teklif edilen eğitim pozisyonunu kabul etmiş ve bilgilendirmeyi not ettiğini belirtmiştir. Şikâyetçinin bu bildirime karşı gerçekleştirdiği başvurular, nihayetinde olumsuz sonuçlanmıştır.¹⁵⁵

Din/İnanç sahiplerinin kendi öz anlayışlarının din ve inanç özgürlüğünün kapsamını belirlemesini sağladığını ve şikâyetçinin hukuk stajında başörtüsü takmasının hakkın kapsamında olduğunu yineleyen¹⁵⁶ FAYM, Alman Anayasası Madde 4’te düzenlenen ve sınırlama kaydı olmayan bir anayasal hak olan din ve inanç özgürlüğü hakkının üçüncü kişilerin anayasal hakları ve anayasal değerdeki toplumsal değerlerle sınırlı olduğunu da tekrar belirtmiştir.¹⁵⁷ Yeterli bir yasal dayanağı da tespit eden¹⁵⁸ Mahkeme, bu vakada şikâyetçinin din ve inanç özgürlüğü hakkını sınırlandırabilecek anayasal değerleri belirlemiştir. Bu bakımdan FAYM, i) ideolojik-dinsel tarafsızlık ilkesinin, ii) yargının fonksiyonu ilkesinin ve iii) üçüncü tarafların negatif din özgürlüğünün, şikâyetçinin din ve inanç özgürlüğünü sınırlandırabileceğini kabul etmiştir. Ancak yargının tarafsızlığı ve ideolojik ve dini barışı sağlama değerlerinin bu vakada ilgili anayasal hakkı sınırlandıran anayasal değerler olarak değerlendirilemeyeceğini dile getirmiştir.¹⁵⁹

Alman Anayasası Madde 4/1, 3/3, 33/3 ve 140’tan ideolojik ve dini açıdan tarafsız olma yükümlülüğü elde edilir. Devlet, çeşitli dini ve ideolojik topluluklara eşitlik

¹⁵⁵ BVerfGE 153, 1 (2 vd.) - Kopftuch III [2020].

¹⁵⁶ BVerfGE 153, 1 (33-34) - Kopftuch III [2020].

¹⁵⁷ BVerfGE 153, 1 (35) - Kopftuch III [2020].

¹⁵⁸ BVerfGE 153, 1 (35-36) - Kopftuch III [2020].

¹⁵⁹ BVerfGE 153, 1 (36 vd.) - Kopftuch III [2020]. Yargının tarafsızlığı hususunda eleştiri için bkz. Ece Göztepe, “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararlarının Argümanlarına Kısa Bir Bakış”, **Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan**, C. II, Ed. by Engin Yıldırım - Yusuf Şevki Hakyemez - Murat Şen - Ömer Gedik, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1381-1383.

ilkesine uygun olarak muamele edilmesini sağlamalı ve kendisini belirli bir dini toplulukla özdeşleştirmemelidir. Anayasanın özgürlükçü devleti, ideolojik ve dini inançların çeşitliliğine açıklık ile karakterize edilir ve bunu, insan onuru ve kişiliğin kendi kaderini tayin etme ve kişisel sorumluluk içinde özgürce gelişmesi ile karakterize edilen bir insan imgesine dayandırır.¹⁶⁰ Din ile devlet arasında karşılıklı anlaşmaya dayalı bir model benimsediğini tekrar eden FAYM, devletin ancak kişiler aracılığıyla hareket edebileceğinden dolayı devletin tarafsızlık yükümlülüğünün, kamu görevlilerinin tarafsız kalma yükümlülüğünden başka bir şey olamayacağını ifade eder.¹⁶¹ Devletin kendi imgesi, yargılama makamının duruşmaya özel olarak girmesi, önemli süreç durumlarında ayağa kalkılması veya mahkeme salonunun tasarımı gibi geleneklerin yanı sıra kadın hakimlerin kılık-kıyafet zorunluluğunu da içermektedir. Bu durum, bireysel yetkililere dış görünüşlerinde bile mesafe ve dengeyi vurgulayan açıkça tanımlanmış bir rol veren mahkemedeki resmileştirilmiş durumu, devlet okullarında açıklık ve çoğulculuk için tasarlanan eğitim alanından ayırır. Tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından, bir hâkim veya savcının duruşma sırasında İslami bir başörtüsü takması, devlete ideolojik ve dini tarafsızlığın bozulması olarak atfedilebilir.¹⁶²

FAYM, yargının fonksiyonunu sürdürmesi değerini hukuk devleti ilkesinden elde eder. Yargı halihazırda anayasal hakların korunması görevini yerine getirdiğinden, yargının fonksiyonelliği anayasanın benimsediği değerler düzeni içerisinde yer alır. Fonksiyonellik, sadece bireysel olarak hâkime değil, bir bütün olarak yargıya toplumsal güvenin olmasını gerektirir. Bu güven, belirli bir uyuşmazlıktan bağımsız olarak gereklidir ve çeşitli koşullar ile güçlendirilebilir veya zarar görebilir.¹⁶³ Alınacak güçlendirme tedbirlerini seçerken devletin takdir marjı vardır. Ancak özellikle yargıya yönelik toplumsal kabulü artırma hedefini takip ederken, devlet tespit ettiği kabulün eksikliklerinin nesnel olarak anlaşılabilir koşullara dayandığından emin olmalıdır. Devlet, tarafsız bir üçüncü tarafın bakış açısından yargının tarafsızlığını vurgulamaya yönelik tedbirler alabilir. Eğer mahkeme salonundaki tüm ifadeler ve işaretlere adil bir şekilde atıfta bulunuyorsa, devlet ve görevlileri tarafından dini ifadelerin veya dini sembollerin kullanılmasının yasaklanması, bu ölçüde meşru olabilir. Bireysel görevlilerin dini ifadeleri tek başına görevlerini uygun bir şekilde yerine getirmelerine karşı bir şey

¹⁶⁰ BVerfGE 153, 1 (36-37) - Kopftuch III [2020].

¹⁶¹ BVerfGE 153, 1 (37-38) - Kopftuch III [2020].

¹⁶² BVerfGE 153, 1 (38-39) - Kopftuch III [2020].

¹⁶³ BVerfGE 153, 1 (39-40) - Kopftuch III [2020].

ifade etmese bile, bireysel hakimlerin görevlerini yerine getirirken bireysel dini, ideolojik ve siyasi kanaatlerinden fark edilebilir bir şekilde uzaklaşmaları, genel olarak yargının tarafsızlığına olan güvenin güçlendirilmesine katkıda bulunur. Dindarlığın alenen ilan edilmesinin, karar vermeye çağrılan görevlilerin özel ve kişisel olarak davalarından el çekmesiyle karakterize edilen yargının bir bütün olarak imajını zedelemesi muhtemeldir.¹⁶⁴

FAYM ayrıca başörtüsü yasağının, yargılamalara katılanların negatif dini özgürlükleri ile de sınırlanabileceğini belirtir. Farklı inançlara yer veren bir toplumda, bireylerin farklı dini beyanlardan, ritüellerden ve dini sembollerden uzak durma hakkı yoktur. FAYM'a göre, bu durum, devletin yarattığı ve bireyin herhangi bir kaçınma imkânı olmaksızın belli bir inancın, bu inancın tezahür ettiği eylemlerin ve temsil edildiği sembollerin etkisine maruz kaldığı durumdan ayırt edilmelidir.¹⁶⁵ Duruşma salonları, devlet tarafından yasaklanmadığı sürece, bu anlamda dini sembollerin görülmesinin kaçınılmaz olabileceği alanlardan biridir. Bu durum, yargılamada yer alan taraflar için, anayasal haklarla ilgili bir müdahaleye eşdeğer bir külfeti de beraberinde getirebilir. Mahkeme ayrıca dini sembolün yer aldığı kurum bakımından da bir ayırım yapmıştır: Okullardan farklı olarak, devletin yargıdaki görünümü klasik anlamda bir egemeni yansıtır ve bu sebeple burada kullanılan ve kaçınılmaz olan dini sembollerin negatif din özgürlükleri üzerinde daha fazla olumsuz etkisi olur.¹⁶⁶

FAYM, devletin, özellikle dini tezahürlere yönelik büyük ölçüde önleyici bir yasak söz konusu olduğunda, bir yandan din ve inanç özgürlüğü hakkının ağırlığı ve önemi ile sınırlamanın şiddeti/ciddiyeti, diğer yandan da bunu haklı gösteren gerekçelerin ağırlığı arasında makul bir ilişki kurması gerektiğini belirtir. Burada yasa koyucu, anayasal değerlerin yargı mensuplarını dini referanslı işaretlerin kullanımında aşırı kısıtlamaya gitmeye zorlayan bir düzenlemeyi haklı çıkarıp çıkarmadığına bağlı olan olguların ve gelişmelerin değerlendirilmesinde bir ayrıcalığa sahiptir.¹⁶⁷

FAYM değerlendirmesinde, başörtüsünü giyme zorunluluğuna da değinmiştir. Şikâyetçinin pozisyonu, başörtüsünün kendisi için sadece belirli bir dini gruba ait olduğunu gösteren ve kolyedeki haç gibi istenildiği zaman çıkarılabilecek bir işaret olmadığı gerçeğiyle desteklenmektedir. Bu kıyafeti giymek, bağlayıcı olduğu düşünülen

¹⁶⁴ BVerfGE 153, 1 (40-41) - Kopftuch III [2020].

¹⁶⁵ BVerfGE 153, 1 (41) - Kopftuch III [2020].

¹⁶⁶ BVerfGE 153, 1 (42) - Kopftuch III [2020].

¹⁶⁷ BVerfGE 153, 1 (46) - Kopftuch III [2020].

ve özellikle Hristiyanlıkta yaygın bir karşılığı bulunmayan bir göreve uymak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, dini ifadelerle/işaretlere yönelik genel yasak, şikâyetçiyi diğer dini eğilimli, özellikle de Hristiyan devlet memurlarından daha fazla etkilemektedir. Ayrıca, devlet memurları ve hakimler genellikle bilinçli ve gönüllü olarak, mevcut düzenlemeleri bilerek kamu sektöründe çalışmaya karar vermişlerdir. İkinci devlet sınavını hedefleyen avukatların ise bu hedefe ulaşmak için hukuk stajlarını tamamlamaktan başka yolları yoktur.¹⁶⁸

FAYM burada terazinin diğer tarafına da odaklanmıştır. FAYM, yasağın, devletin anayasal tarafsızlık gerekliliklerine öncelik verdiği birkaç bireysel faaliyetle sınırlı olmasının, söz konusu yasağın anayasaya uygunluğunu gösterdiğini ifade eder. Bu durum, hukuk stajyerlerine adli görevler verildiği ölçüde yargıya benzer işlevler üstlendiklerinde de geçerlidir. Hukuk stajyerlerinin eğitimde olmaları ve eğitimlerini tamamladıktan sonra söz konusu anayasal pozisyonlarla çatışmayan işlerde çalışmaları, farklı bir değerlendirmeye yol açmaz.¹⁶⁹

Vakada söz konusu olan yasağın özel şekli göz önünde bulundurulduğunda, çatışan hukuki pozisyonlardan hiçbirisi, şikâyetçinin mahkeme salonunda dini semboller takmasının yasaklanmasını veya buna izin verilmesini anayasal olarak zorunlu kılacak kadar ağır basmamaktadır. Bu nedenle, yasama organının hukuk stajı sırasında ideolojik ve dini açıdan tarafsız davranma yükümlülüğüne ilişkin kararına anayasal açıdan saygı gösterilmelidir.¹⁷⁰

Başörtüsü III kararında, özellikle yakın ilişkide bulunan kişinin çalıştığı/çalışacağı kurumun önceki kararlarda söz konusu olan okuldan farklılığına daha fazla vurgu bulunmaktadır. FAYM sınırlama kaydı olmayan bir anayasal hak olan din ve inanç özgürlüğü hakkını sınırlayan anayasal değerleri belirlerken çok dikkatli bir inceleme yapmıştır. Ancak kararda Mahkeme'nin tam olarak bir ölçülülük testi uyguladığını görmemekteyiz. Kararda ne elverişlilik ne de gereklilik testi uygulanmıştır. FAYM müdahalenin meşrulaştırılması aşamasında doğrudan orantılılık/dengeleme testine sığınmıştır. Bu bakımdan, FAYM'ın bu kararda, AİHM'in kullandığı esnek ölçülülük standardına oldukça yaklaştığını kabul etmek gerekir. Mahkeme'nin elverişlilik veya gereklilik testi yapmaması, müdahalenin bu testleri geçtiğini göstermez. Bilakis, vakada özellikle gereklilik testinin uygulanması kararın sonucunu değiştirebilirdi.¹⁷¹ Zira

¹⁶⁸ BVerfGE 153, 1 (47) - Kopftuch III [2020].

¹⁶⁹ BVerfGE 153, 1 (47-48) - Kopftuch III [2020].

¹⁷⁰ BVerfGE 153, 1 (47) - Kopftuch III [2020].

¹⁷¹ Benzer yönde bkz. BVerfGE 138, 296 (341) - Kopftuch II [2015]; BVerfGE 153, 1 (68-69) -

yargılama sürecine dahil olanlar ve kamuoyu arasında yukarıda bahsi geçen yanlış anlamayı güvenilir bir şekilde önlemek için daha hafif bir yöntem mevcuttur. Devletin Müslüman bir hukuk stajyerinin dini inançlarıyla olası bir özdeşleşmesi, her bir davada yargılamanın taraflarına veya kamuoyuna başörtülü stajyerin yargı alanındaki yasal statüsünün ve dolayısıyla mevcut eğitim ilişkisinin açıkça belirtilmesi ve gerekirse ilgili sorunların açıklanmasıyla zaten etkili bir şekilde önlenabilir. Bu tür bir açıklama, duruşmanın veya delil toplamanın gözetim altında yapılması ve stajyerin sadece kararı vermek üzere atanan yargıçlar heyetinin yanındaki kürsüde oturması durumunda eğitim tarafından yapılabilir. Aksi takdirde, bir stajyerin eğitmeni olmadan bağımsız olarak duruşmaya çıkması halinde, yargılamanın taraflarını veya kamuoyunu rolü hakkında bilgilendirmesi gerekir. Cumhuriyet savcısının bir duruşmadaki hizmeti bağlamında, Cumhuriyet savcısı; hazır bulunan Cumhuriyet savcılarının gözetimi öngörülmediği veya uygulanmadığı durumda, duruşmaya başkanlık eden hâkim bilgi verebilir. Buna ek olarak, eğitim ilişkisini açık bir şekilde tanınabilir hale getirmek için başka teknik olanaklar da bulunmaktadır.¹⁷² Böyle bir açıklama, yargılamanın taraflarının ve orada bulunan kamuoyunun, dini bağlılığını açıkça belirten bağımsız bir hâkim veya savcılık görevlisi ile değil, mahkeme ve savcılığın sorumluluğu ve gözetimi altında bir eğitim durumu ile karşı karşıya olduklarının açıkça farkında olmaları sonucunu doğurur.¹⁷³ Burada staj eğitimi imkanının elinden alınmasıyla, başörtülü stajyerin devletle özdeşleşmeyecek olan avukatlık mesleğini yerine getirmesi de engellenmektedir. Bu hem gereklilik hem de orantılılık ilkesinde dikkate alınması gereken ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak FAYM, açıkça “hukuk stajyerlerinin eğitimlerini tamamladıktan sonra söz konusu anayasal pozisyonlarla çatışmayan işlerde çalışmalarının, farklı bir değerlendirmeye” yol açmayacağını belirtmiştir.¹⁷⁴ Ayrıca, belirli bir nüfus grubunun bir memuriyetten kategorik olarak dışlanması ciddi bir sınırlama/müdahale olduğu ve burada yasama organının takdir alanının da tartışmalı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷⁵ Bunun yanı sıra Mahkeme her ne kadar sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkı sınırlayan anayasal değerleri dikkatli bir şekilde belirlese de, aynı dikkati

Kopftuch III [2020]: Hâkim Maidowski'nin karşı oy görüşü; Göztepe, “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararlarının Argümanlarına Kısa Bir Bakış”, s. 1370, 1377.

¹⁷² BVerfGE 153, 1 (68-69) - Kopftuch III [2020]: Hâkim Maidowski'nin karşı oy görüşü.

¹⁷³ BVerfGE 153, 1 (69) - Kopftuch III [2020]: Hâkim Maidowski'nin karşı oy görüşü.

¹⁷⁴ BVerfGE 153, 1 (48) - Kopftuch III [2020].

¹⁷⁵ Thorsten Kingreen - Ralf Poschger, **Grundrechte: Staatsrecht II**, 39. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2023, s. 193.

dengeleme aşamasında gösterdiğini söylemek oldukça güçtür. FAYM'ın yukarıda özetlenen dengeleme aşamasındaki beyanları, Mahkeme'nin dengelemeyi de üstün-körü yaptığını göstermektedir. Bu bakımdan FAYM'ın bu kararda kullandığı gerekçe-ler ikna edici değildir.

İncelenen bu vakaların dışında, özellikle kamu görevlilerinin anayasaya sada-katinin sorgulandığı vakalarda da iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler için öngö-rülen sınırlama/tahdit gerçekleşir. *Radikaller* kararında¹⁷⁶ ilk devlet sınavını kazandıktan sonra hukuk stajına atanmak için başvuran şikâyetçinin *Roten Zelle Jura* (Kırmızı Hücre Hukuk Çalışmaları) adlı sol örgütün eylemlerine katıldığı gerekçesiyle hukuk stajına yapılan başvurusunun reddedilmesi söz konusudur.¹⁷⁷ FAYM'a göre, siyasi bir görüş ifadesi olarak değerlendirilebilecek herhangi bir davranış, ancak Alman Anaya-sası'nın 33/5 maddesi uyarınca memurun siyasi sadakat yükümlülüğü ile bağdaştığı takdirde anayasal olarak ifade özgürlüğü hakkının kapsamındadır. Bu bağlamda, Mahkeme, memurların ve kamu görevlilerinin anayasal sadakat yükümlülüğünün ye-rine getirilmemesi ile anayasal hakları arasında bir tahdit ilişkisi kurmuştur.¹⁷⁸ Ancak aşırılığa ilişkin bu tip kararların mücadeleci demokrasi kaydında¹⁷⁹ incelenmesi daha yerinde olur.

3.1.2.4. Kurumsal Anayasal Haklar

FAYM'a göre, kurumsal anayasal hakların düzenlenmesinde (Madde 9/1), ya-sama organı, ilgili kurumun (dernekler ve şirketler hukukunun) geleneksel yasal form-ları ve norm kompleksleri ile bağlı değildir. Kurumlara ilişkin düzenlemelerin anayasal statüsü yoktur. Diğer taraftan, yasama organının düzenlemesi keyfi bir şekilde belir-lenemez. Düzenlemeler, kurumsal anayasal hak tarafından korunan kurumun menfa-atine dayanmalıdır. Yasama organının düzenlemesi bu bakımdan, kurumların fonksi-yonunu ve işlevselliğini garanti altına almalıdır. Bunun ötesinde nelerin erişilebilir ol-duğu ve yasal düzenlemeye ihtiyaç duyduğu kesin ve genel olarak belirlenemez. Bu bağlamda, gerekli bir düzenlemenin kapsamı ve yoğunluğu, ilgili konu alanına ve bun-dan kaynaklanan düzen ve koruma ihtiyacına göre belirlenir.¹⁸⁰ Ancak FAYM'ın karar-ları yakından incelendiğinde, Mahkeme'nin bir yandan düzenleme ile sınırlama

¹⁷⁶ BVerfGE 39, 334 - Extremistenbeschluss [1975].

¹⁷⁷ BVerfGE 39, 334 (336 vd.) - Extremistenbeschluss [1975].

¹⁷⁸ BVerfGE 39, 334 (366 vd.) - Extremistenbeschluss [1975].

¹⁷⁹ Bkz. **Bölüm 3.1.2.5.**

¹⁸⁰ BVerfG, *NJW*, 2001, pp. 2617-2619, s. 2617-2618 - Pflichtmitgliedschaft in genossensc-haftlichen Prüfungsverbänden.

arasında bir ayırım yaptığı, diğer taraftan da düzenleme söz konusu olsa da ölçülülük incelemesine başvurduğu görülmektedir.¹⁸¹ Bunun düzenleme-sınırlama ayrımı teorisine uydurmaya çalıştığımızda şu sonucu elde ederiz: bir yasa ile yalnızca ilgili kurum desteklenmeyip aynı zamanda çatışan menfaatler de birbirine uyumlulaştırılıyorsa, bu durumda geniş anlamda düzenleme söz konusudur. Geniş anlamda düzenleme ise bizim oluşturduğumuz teori çerçevesinde sınırlamayı ifade eder. Fakat eğer yasa yalnızca ilgili kurumu koruyorsa, bu durumda dar anlamda düzenlemenin mevcut olduğu kabul edilecektir. Dar anlamda düzenleme ise bizim oluşturduğumuz teori çerçevesinde düzenlemeyi ifade eder. Sözelimi bir tasarruf ve mevduat bankası olan şikâyetçinin zorunlu olarak bir denetim birliğine üye olmasını konu alan kararda, FAYM bu zorunlu üyeliğin bir sınırlama değil, bir düzenleme olduğuna kanaat getirmiştir. Bununla birlikte, bu düzenlemenin örgütlenme özgürlüğü ile üçüncü kişilerin hakları arasında bir denge oluşturduğunu belirterek, bir ölçülülük incelemesi yapmıştır.¹⁸²

Alman Anayasası'nda Madde 6'da düzenlenen evlilik ve aile hakkı (3.1.2.4.1.), Madde 9/1'de düzenlenen örgütlenme (dernek) hakkı (3.1.2.4.2.), Madde 9/3'te düzenlenen sendika hakkı (3.1.2.4.3.), Madde 14'te düzenlenen mülkiyet hakkı ve Madde 2/1'de genel fiil özgürlüğü çerçevesinde güvence altına alınan sözleşme hakkı kurumsal anayasal haklar olarak sayılmaktadır.¹⁸³ Bu başlık altında, özellikle FAYM'ın yaptığı düzenleme-sınırlama ayrımı¹⁸⁴ çerçevesinde kurumsal anayasal haklarda gerçekleşen içkin sınırlama gösterilmeye çalışılacaktır. Alman anayasa hukuk doktrininde, sınırlama ile düzenleme arasındaki ayrımı yapmanın oldukça zor olduğu¹⁸⁵ ve hatta bazı yazarlar tarafından bu ayrımın pratik bir değerinin kalmadığı¹⁸⁶ ileri sürülmüştür. Bu tezde, düzenleme ve sınırlama ayrımının yalnızca kurumsal anayasal haklar için uygulanabileceği ve bu kapsamda yalnızca ilgili kurumu koruyan yasaların bir düzenleme teşkil edeceği kabul edilecektir. Doktrinde bu hususta özellikle mülkiyet

¹⁸¹ BVerfG, NJW, 2001, pp. 2617-2619, s. 2618-2619 - Pflichtmitgliedschaft in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden.

¹⁸² BVerfG, NJW, 2001, pp. 2617-2619, s. 2618-2619 - Pflichtmitgliedschaft in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden.

¹⁸³ Epping - Lenz - Leydecker, Grundrechte, s. 248.

¹⁸⁴ Bkz. Bölüm 1.3.2.

¹⁸⁵ Epping - Lenz - Leydecker, Grundrechte, s. 250-251.

¹⁸⁶ Gertrude Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden, Nomos, 1988, s. 60; Klaus Stern, "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, Ed by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 793; Michael - Morlok, Grundrechte, s. 97.

hakkı¹⁸⁷ ve sözleşme özgürlüğü hakkı¹⁸⁸ bakımından FAYM'ın yasayı bir düzenleme olarak kabul etse bile düzenlemenin bir anayasal hak sınırlaması gibi meşrulaştırılması gereğini kabul ettiği ileri sürülür.¹⁸⁹

3.1.2.4.1. Madde 6: Evlilik ve Aile Hakkı

Alman Anayasası Madde 6/1'de düzenlenen evlilik ve aile hakkının bir sınırlama kaydı bulunmamaktadır. Sınırlama kaydı olmamasına rağmen, FAYM, evlilik ve aile hakkını FAYM'ın sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar için öngördüğü içkin sınırlama doktrinine tabi tutmaz.¹⁹⁰ Zira içtihatlarda ve doktrinde genel olarak sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar için öngörülen içkin sınırlama doktrini yalnızca savunma/negatif statü hakları (*Abwehrrechte*) için uygulanmaktadır. Evlilik ve aile hakkının sınırlanabilmesi, daha ziyade bu hakların kurumsal niteliğine ve hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Burada kurumsal haklar söz konusu olduğundan, devletin (yasama organının) düzenleme yapması ve bu kurumlar için bir hukuk düzeni oluşturması gerekmektedir.¹⁹¹ Nitekim bu husus da bizi düzenleme-sınırlama ayırımına geri

¹⁸⁷ Bkz. *BVerfGE* 58, 300 (338 vd.) - Naßauskiesung [1981].

¹⁸⁸ Bkz. *BVerfGE* 95, 267 (304) - Altschulden [1997].

¹⁸⁹ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 253.

¹⁹⁰ Krş. Klaus Stern, "Der Schutz von Ehe, Familie und Eltern/Kind-Beziehung", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/I, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006, s. 581-584; Markus Kotzur - Johann Justus Vassel, "Artikel 6", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 749-750; Bettina Heiderhoff, "Art. 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 532. Aksi yönde bkz. Gerhard Robbers, "Artikel 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 755; Frauke Brosius-Gersdorf, "Artikel 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 884-885, 900; Bodo Pieroth, "Art. 6", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 241; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 168; Arnd Uhle, "Art. 6", **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023, Rn. 21. Krş. Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 404-405; Arnulf Schmitt-Kammler, "Art. 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 354; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 148.

¹⁹¹ Bkz. *BVerfGE* 31, 58 (68-70) - Spanier-Beschluß [1971]; *BVerfGE* 36, 146 (161-162) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973]; *BVerfGE* 53, 224 (245 vd.) - Ehescheidung [1980]; Stern, "Der Schutz von Ehe, Familie und Eltern/Kind-Beziehung", s. 581-584; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 181-182; Heiderhoff, "Art. 6", s. 529-530; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 98; Jörn Ipsen, "Ehe und Familie", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 452; Hans Hofmann, "Art. 6", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 361. Krş. Hufen, **Staatsrecht II**, s. 274; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 404-405. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher ise Madde 6'da düzenlenen anayasal hakların sınırlanmasındaki yasal gerekliliği hukuk devleti ilkesine

getirmektedir. Bu bağlamda, düzenleme kapsamında yasama organının evlilik ve aile hukukuna ilişkin bir takdir alanı oluşmaktadır. Yasama organı bu takdir alanını aştığında ise bir sınırlama söz konusu olmaktadır. Burada özellikle ailenin ve evliliğin temel yapısal ilkelerine yönelen değişikliklerin, yasanın düzenlemenin sınırını aştığı kabul edilmektedir.¹⁹² Kanaatimce, doktrinde ve içtihatlarda benimsenen bu yaklaşım ile aslında aile ve evliliği koruyan düzenleme ile aile-dışı ve evlilik-dışı menfaatleri koruyan sınırlama arasında bir ayırım yapmak daha yerinde olur.¹⁹³

Sözgelimi *Veli Otoritesi* kararında¹⁹⁴, Alman Medeni Kanunu'nda velayete ilişkin yapılan değişikliklerin evlilik ve aile hakkını ihlal edip etmediği incelenmiştir. Buna göre, yapılan değişikliklerle reşit olmayan çocuğun anne ve babanın velayeti altında olduğu, baba ve anne, münferit hükümlerden aksine bir sonuç çıkmadıkça, velayet yetkileri nedeniyle çocuğun şahsına ve mallarına bakma hakkına ve yükümlülüğüne sahip olduğu, velilerin çocuğun refahı için kendi sorumlulukları altında ve karşılıklı anlaşmayla velayet yetkisini kullanmaları ve görüş ayrılıkları durumunda bir anlaşmaya varmaları gerekliliği öngörülmüştür.¹⁹⁵ Mahkeme, evliliğin, bir erkek ve bir kadının temelde ayrılmaz bir birliktelik oluşturması olduğunu ve ailenin velilerin çocuklarına bakma ve onları eğitme hak ve görevine sahip olduğunu, ebeveynler ve çocuklardan oluşan kapsamlı bir topluluk olduğunu dile getirmiştir. FAYM'a göre, evlilik ve aile kurumlarının bu yapısal çekirdeği, dokunulamaz. Mahkeme, burada bu yapısal çekirdeğe dokunulmadığını belirterek Madde 6/1 bakımından incelemesini sona erdirmiştir.¹⁹⁶

dayandırmaktadır. Bkz. Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 182. Ayrıca krş. *BVerfGE* 107, 104 (120) - Anwesenheit im JGG-Verfahren [2003].

¹⁹² *BVerfGE* 10, 59 (66) - Elterliche Gewalt [1959]; *BVerfGE* 31, 58 (68-69) - Spanier-Beschluß [1971]; *BVerfGE* 36, 146 (161-162) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973]; *BVerfGE* 53, 224 (245-246) - Ehescheidung [1980]; Stern, "Der Schutz von Ehe, Familie und Eltern/Kind-Beziehung", s. 584; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 181; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 167; Heiderhoff, "Art. 6", s. 530; Uhle, "Art. 6", Rn. 29 vd.; Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 404-405. Krş. Pieroth, "Art. 6", s. 241; Schmitt-Kammler, "Art. 6", s. 357-358; Peter Badura, "Art. 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 38, 80, 81-82.

¹⁹³ Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 181-182; Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 230; Thorsten Kingreen - Ralf Poscher, "Die Ausgestaltung von Grundrechten", **JuristenZeitung**, 77. Jahrg., No. 20, 21. Oktober 2022, pp. 961-970, s. 964. Benzer yönde bkz. Klopfer, **Verfassungsrecht II**, s. 404-405; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 167; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 146-147.

¹⁹⁴ *BVerfGE* 10, 59 - Elterliche Gewalt [1959].

¹⁹⁵ *BVerfGE* 10, 59 (60 vd.) - Elterliche Gewalt [1959].

¹⁹⁶ *BVerfGE* 10, 59 (66) - Elterliche Gewalt [1959].

İncelenmesi gereken bir diğer karar da *Evlilik için Birliktelik Yasağı* kararıdır.¹⁹⁷ Bu karara konu olan kanun, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Müttefik Devletler'in oluşturduğu Müttefik Kontrol Konseyi'nin (*Alliierter Kontrollrat*) 1945-1948 yılları arasında çıkardığı kanunlardan biri olan 1946 tarihli Evlilik Kanunu'dur (*Kontrollratsgesetz Nr. 16: Ehegesetz*). Bu Evlilik Kanunu'nun 4. maddesine göre:

Evlilik, alt-soy ve üst-soy akrabalar arasında, öz ve üvey kardeşler arasında ve kayın akrabaları arasında yapılamaz.

Ebeveynleri, üst-soyları ya da alt-soyları ile birliktelik/(cinsel) ilişki yaşayan kişiler arasında evlilik yapılamaz.

Velayet mahkemesi, evlilik veya cinsel birliktelik sebepleriyle getirilen evlilik yasasından muafiyet tanıyabilir. Evlenmeye karşı önemli gerekçeler varsa, muafiyet reddedilmelidir.

Şikâyetçi, ebeveynlerinin boşanmasından sonra annesinin birlikte yaşadığı ve annesi ile birlikte iki evlilik dışı çocukları olan inşaat işçisi ile bir ilişki yaşamaya başlamıştır. Annesi başlangıçta bunu engellemeye çalışmış, ancak sonunda o sırada henüz reşit olmayan şikâyetçi ile inşaat işçisi arasındaki evliliğe rıza göstermiştir. Şikâyetçi ve inşaat işçisi Evlilik Kanunu'nun 4. maddesindeki yasaklardan muafiyet için başvurursa da, başvuruları olumsuz sonuçlanmıştır.¹⁹⁸

FAYM'a göre, evlenme özgürlüğü, sadece evliliğin maddi gerekliliklerine ilişkin yasal kurallara izin vermekle kalmaz, aslında bunları gerekli kılar. Bu, anayasal hak ile zorunlu olarak yasal bir düzen gerektiren "evlilik" kurumunun güvence altına alınması arasındaki ayrılmaz bağlantıdan kaynaklanmaktadır. Madde 6/1, anayasanın korumasından yararlanan kadın ve erkek arasındaki birlikte yaşamayı, evlilik şeklinde yasal olarak tanımlayan ve sınırlandıran genel bir düzenleme gerektirir. Ancak bu düzenleme, Madde 6/1'in, güvence altına alınan anayasal hakkın özgürlük karakteri ve diğer anayasal normlarla bağlantılı olarak mevcut, geleneksel yaşam biçimleriyle ilişkilendirilmesinden kaynaklanan evlilik kurumunu belirleyen temel yapısal ilkeleri gözetmelidir. Medeni Kanunu'nun münferit hükümleri, kendisi de temel ilkeleri içeren, yönlendirici norm olarak Madde 6/1'e göre ölçülmelidir. Yasama organının bu konuda önemli bir takdir alanı vardır. Bununla birlikte, evlilik için öngörülen çok katı veya çok düşük maddi veya resmi gereklilikler, evlenme özgürlüğü veya evliliğin anayasadan kaynaklanan diğer yapısal ilkeleri ile bağdaşmayabilir.¹⁹⁹

¹⁹⁷ BVerfGE 36, 146 - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

¹⁹⁸ BVerfGE 36, 146 (147 vd.) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

¹⁹⁹ BVerfGE 36, 146 (161-162) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

Devlet, evlenme ehliyetine sahip bir erkek ile evlenme ehliyetine sahip bir kadının birbirleriyle evlenme isteğine, ancak evliliğin doğasından ve biçiminden kaynaklanan, mevcut anlayışa uygun ve dolayısıyla anayasayı belirleyen yapısal ilke ya da yapısal unsur anlamında evlilik kurumundan kaynaklanan makul olgusal nedenlerin bunu gerektirmesi halinde karşı çıkabilir. Evlilik Kanunu Madde 4/2 kapsamındaki ilişki yasağı, bu gereklilikleri karşılamamaktadır.²⁰⁰ Burada ayrıca, Mahkeme, anne ile inşaat işçisi arasındaki ilişkinin bir evlilik ilişkisi değil, evlilik dışı ilişki olmasını da ayrıca dikkate almıştır. Zira bu durumda, korunması gerekli olan bir evlilik birliği veya aile bulunmamaktadır.²⁰¹ Bunların yanı sıra, Mahkeme, akraba evliliği yasağı (Evlenme Kanunu Madde 4/1) ile ilişki yasağı (Evlenme Kanunu Madde 4/2) arasındaki ayrıma değinir. Akraba evliliği yasağının aksine, ilişkiye dayanarak evlenmenin yasaklanmasının tıbbi ya da kalıtsal yönleri en baştan göz ardı edilmektedir. Ailenin doğal ve yasal bağlara dayalı düzeni fikri, üvey aile içindeki tek yasal bağı da karakterize eder. Bu bağ fiilen ve hukuk sistemi tarafından tanınarak doğal ailenin işlevini büyük ölçüde yerine getirir. Ancak bu husus, sadece cinsel ilişki yoluyla ortaya çıkan ilişkilere aktarılamaz. Bu vakada, hukuki anlamda yeni bir ailenin kurulmasının önündeki yasal engel artık hukuken tanınmayan böyle bir ilişkiden kaynaklanmaktadır.²⁰² Bu gerekçelerle FAYM, Evlenme Kanunu Madde 4/2'nin Alman Anayasası Madde 6/1 ile bağdaşmadığına kanaat getirmiştir.²⁰³

Bu kararda dikkati çeken ilk husus, Mahkeme'nin ölçülülüğe veya dengelemeye başvurmadan, ilgili *düzenlemeyi* evlilik ve aile kurumlarının yapısı içerisinde değerlendirmesidir. Değerlendirilmesi gerekli ikinci husus ise Mahkeme'nin düzenlemeyi inceleme yöntemidir. Burada anne ile inşaat işçisi arasında bir evlilik birliğinin bulunmaması veya bir aile kurulmaması, düzenlemeyi meşrulaştıracak hususu ortadan kaldırır: aileyi veya evliliği koruma. Aynı şekilde akraba evliliği yasağı ile yapılan karşılaştırma da aynı değerlendirmeye hizmet eder. Akraba evliliklerinde alt-soyda yaşanan tıbbi ya da kalıtsal zararlar, aile ve evlilik kurumuna zarar verir. Aile ve evlilik kurumunu koruma gerekçesi, akraba evliliği yasaklarını meşrulaştırarak evlenme ve aile hakkını tahdit eder.²⁰⁴

²⁰⁰ BVerfGE 36, 146 (163) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

²⁰¹ BVerfGE 36, 146 (165-166, 167-168) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

²⁰² BVerfGE 36, 146 (166-167) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

²⁰³ Her ne kadar FAYM, ilgili kanun maddesini anayasaya aykırı bulsa da, söz konusu kanun Müttefik Kontrol Konseyi tarafından çıkarıldığından, Mahkeme ilgili hükmü iptal edememiştir. Bkz. BVerfGE 36, 146 (169 vd.) - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

²⁰⁴ Bununla birlikte, FAYM'ın ensest yasağı bakımından farklı bir değerlendirme yaparak, bir

3.1.2.4.2. Madde 9/1: Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı

Alman Anayasası Madde 9/1’de her Almanın dernek ve şirket kurma hakkı olduğu düzenlenmiştir. Örgütlenme özgürlüğü bir yandan örgüt üyelerinin bireysel özgürlüğünü, bir yandan örgütün kolektif özgürlüğünü içerir. Bireysel özgürlük, örgüt kurma, örgüte üye olma, (özel) örgütlere üye olmama ve üyelikten çıkma gibi hakları, kolektif özgürlük ise örgütün kendi idaresini ve kendi niteliklerini belirleme gibi hakları güvence altına alır.²⁰⁵ Madde 9/2’de ise amaçları ve faaliyetleri ceza hukukuna aykırı olan veya anayasal düzene ya da uluslararası barış/anlaşma fikrine karşı olan derneklerin yasak olduğu belirtilmiştir. Madde 9/2’nin bir sınırlama kaydı olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, Madde 9/2’deki kayıtları, anayasal sınır olarak kabul etmektedir.²⁰⁶ Ancak, Madde 9/2’nin özellikle “anayasal düzene ya da uluslararası barış/anlaşma fikrine karşı olma” ibareleri doğrudan uygulanamayacak soyutluktaki ibarelerdir. Bu sebeple, Madde 9/2’yi örgütlenme özgürlüğü hakkını sınırlandırmaya imkân veren bir sınırlama kaydı olarak değerlendirmek daha yerindedir.²⁰⁷

ölçülülük incelemesi ile bunu belirlediği görülmektedir. Krş. *BVerfGE* 120, 224 (249 vd.) - Geschwisterbeischlaf [2008].

²⁰⁵ *BVerfGE* 50, 290 (354) - Mitbestimmung [1979]; *BVerfGE* 80, 244 (252-253) - Vereinsverbot [1989]; *BVerfGE* 149, 160 (192-193) - Vereinsverbote [2018].

²⁰⁶ Walter Krebs, **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte: Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, s. 42; Sebastian Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, s. 42 vd.; Detlef Merten, “Grundrechtlicher Schutzbereich”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009, s. 15-16, 66; Detlef Merten, “Vereinsfreiheit”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 1069-1071; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 520-521. Krş. Klaus Stern, “Die Freiheit der Versammlung und der Vereinigung”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik**, Bd. IV/I, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006, s. 1337 vd. Stern, örgütlenme özgürlüğünün aynı zamanda anayasanın diğer maddeleri ile sınırlı olduğunu ve bu durumda, örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasında hukukilik ve ölçülülük gibi anayasal gerekliliklerin geçerli olacağını belirtir. Bkz. Stern, “Die Freiheit der Versammlung und der Vereinigung”, s. 1358 vd.

²⁰⁷ Wolfram Höfling, “Art. 9”, **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 450-451; Matthias Cornils, “Art. 9”, **Beck’sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023, Rn. 23; Daniela Winkler, “Art. 9”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 779-780; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 208-209; Hans D. Jarass, “Art. 9”, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 291; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 490-491; Ipsen, **Staatsrecht II**, s. 168-169; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 348-349; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 175; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 185-186; Michael Kemper, “Art. 9”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 957 vd., 964; Rupert Scholz, “Art. 9”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog -

Her halükârda, örgütlenme özgürlüğü hakkı bir kurumsal hak olduğundan, burada sınırlama ile düzenleme arasında bir ayırım yapmak gerekir.²⁰⁸ Derneklerin ve şirketlerin kuruluş şartlarını, yapılarını ve faaliyet şekillerini düzenleyen yasaların bir sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁰⁹ Öte yandan, derneklerin önleyici kontrolü, bir derneğe katılmanın veya dernekte kalmanın devlet tarafından engellenmesi veya bir derneğin yasaklanması sınırlama olarak değerlendirilmelidir.²¹⁰ Bu bağlamda, düzenlemenin derneğin ve şirketlerini kuruluşunu ve devamını tehlikeye atması gerekir.²¹¹

Sigara Kulübü kararında²¹², şikâyetçi G-Verein'in kurucu üyesi ve derneğe kiralanen tesislerde G-Bar'ı işleten limitet şirketin müdürüdür. Yapılan denetimde barda nargile ve sigara içildiği tespit edilmesi üzerine Bavyera Sağlık Koruma Kanunu (*Bayerische Gesetz zum Schutz der Gesundheit*) uyarınca, şikâyetçi 750 Avro para cezasına mahkûm edilmiştir.²¹³ FAYM'a göre, burada uygulanan sigara yasağı, derneğin kurulmasını, varlığını veya devamını yasaklamamakta, derneğe üye olunmasını veya üye alınmasını engellememektedir. Dolayısıyla sigara yasağı ile uygulanan para cezası, Alman Anayasası Madde 9/1'in kapsamında yer alan menfaatleri, hukuki pozisyonları, davranışları ve durumları etkilemez/sınırlamaz.²¹⁴ Mahkeme'nin bu kararda

Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 111; Jan Ziekow, "Vereinigungsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1241; Christoph Kannengießer, "Art. 9", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 479; Hartmut Bauer, "Artikel 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1115-1116; Stephan Rixen, "Artikel 9", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 919. Bununla birlikte Rixen, Madde 9/2'nin kapsamını aşan diğer sınırlamaları için sınırlar doktrinine tabi tutar. Bkz. Rixen, "Artikel 9", s. 918-919. Benzer yönde bkz. Bauer, "Artikel 9", s. 1115-1116; Ziekow, "Vereinigungsfreiheit", s. 1243; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 210; Papier - Krönke, **Grundkurs Öffentliches Recht 2**, s. 185-186.

²⁰⁸ Aksi yönde bkz. Kemper, "Art. 9", s. 927, 928-929; Stern, "Die Freiheit der Versammlung und der Vereinigung", s. 1365. Krş. Bauer, "Artikel 9", s. 1113-1115.

²⁰⁹ Höfling, "Art. 9", s. 450; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 348; Kannengießer, "Art. 9", s. 478-479; Winkler, "Art. 9", s. 774-775; Ziekow, "Vereinigungsfreiheit", s. 1236; Pieroth - Schlink - Kingreen - Poscher, **Grundrechte**, s. 207.

²¹⁰ Höfling, "Art. 9", s. 449; Kloepfer, **Verfassungsrecht II**, s. 348; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 520; Kannengießer, "Art. 9", s. 478-479; Ziekow, "Vereinigungsfreiheit", s. 1236.

²¹¹ *BVerfGE 50, 290 (355)* - Mitbestimmung [1979]; Hufen, **Staatsrecht II**, s. 520; Kannengießer, "Art. 9", s. 478-479.

²¹² *BVerfG, NJW, 2015*, pp. 612-613 - Raucherclub.

²¹³ *BVerfG, NJW, 2015*, pp. 612-613, s. 612 - Raucherclub.

²¹⁴ *BVerfG, NJW, 2015*, pp. 612-613, s. 613 - Raucherclub.

açıkça, örgütlerin varlığını veya devamını engellemeyen -ve dolayısıyla ilgili kurumu koruyan- her türlü yasanın ve yaptırımın bir sınırlama değil bir düzenleme teşkil ettiği ve bu bağlamda ilgili anayasal hakkın kapsamının tahdit edildiği görülmektedir.

Kurumsal anayasal haklarda oluşan bu içkin sınırlama kategorisini en iyi gösteren kararlardan birisi de *Çalışanların Yönetime Katılması*²¹⁵ kararıdır. Bu kararda, işçilerin çalıştıkları işletmelerde/teşebbüslerde yönetime katılmasını düzenleyen Çalışanların Yönetime Katılması Kanunu'nun (*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer*) -diğer anayasal hakların yanı sıra- Alman Anayasası Madde 9/1'de düzenlenen örgütlenme (dernek) özgürlüğü hakkına uygun olup olmadığı incelenir. Yasa, anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, limitet şirket, kendi tüzel kişiliğine sahip maden sendikası veya işveren kooperatifi ve ekonomik kooperatif şeklinde işletilen ve genellikle 2.000'den fazla kişiyi istihdam eden şirketleri kapsamaktadır. Yasa çalışanların şirketin sosyal, personel ve ekonomik konularına katılımını ve birlikte karar vermesini düzenleyen ve bilgi edinme hakları, danışma hakları ve istişare haklarına ek olarak, çalışma konseyi için bir dizi uygulanabilir birlikte karar verme hakkı sağlar. Çalışanlar ise işçiler ve maaşlı çalışanlardır. Yine bu yasada şirketlerin denetim kurulunun yarısının pay sahiplerinden, diğer yarısının da çalışan üyelerden oluşacağı düzenlenir.²¹⁶

FAYM'a göre, örgütlenme özgürlüğü hakkı, hem üyeler hem de örgütler için kendi örgütlenmelerini, karar alma süreçlerini ve işlerini yürütme biçimlerini kendilerinin belirlemesini içerir. Ancak bu, örgütlenme ve karar alma süreçlerine ilişkin herhangi bir devlet düzenlemesinin Alman Anayasası Madde 9/1 tarafından hariç tutulduğu anlamına gelmez. Örgütlenme özgürlüğü, az ya da çok, özgür dernekleri ve onların mevcudiyetini genel hukuk sistemine entegre eden, hukuki işlemlerin güvenliğini sağlayan, üyelerin haklarını güvence altına alan ve korunmaya muhtaç üçüncü tarafların çıkarlarını ya da kamu çıkarlarını dikkate alan düzenlemelere bağlıdır. Buna göre, örgütlenme özgürlüğünün anayasal olarak güvence altına alınması, her zaman bu özgürlüğe yasal düzeyde bir şekil verilmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Düzenleme olmadan örgütlenme özgürlüğünün pratikte etkililik kazanması mümkün değildir. Bu gereklilik, en başından beri Madde 9/1'in içeriğinin bir parçasıdır ve burada esas olan bakış açısıyla ancak yasama organının tabi olduğu yükümlülüklerin açıklığına

²¹⁵ BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung [1979].

²¹⁶ BVerfGE 50, 290 (294 vd.) - Mitbestimmung [1979].

kavuşturulmasıyla belirlenebilir.²¹⁷

Kapsanan şirketler ve üyeleri için yasa, kuruluş ve katılma/üye olma özgürlüğünü, ayrılma ve üye olmama özgürlüğünü etkilememektedir. Yasa, zorunlu birleşme unsurları da içermemektedir. Denetim Kurulundaki çalışan temsilcileri şirkete üye olmadıkları için, onlara herhangi bir üye dayatılmamaktadır. Bu bakımdan, Çalışanların Yönetime Katılması Kanunu, şirketler hukuku kapsamında denetim kurulunun geleneksel yapısını bile değiştirmemektedir, çünkü - kooperatif hariç - buna üyelik, önceki yasa kapsamında bile şirket üyeliğini gerektirmiyordu.²¹⁸ Çalışanların Yönetime Katılması Kanunu, aynı zamanda şirketin işleyişini tehlikeye atmaz ve bu nedenle Anayasa'nın 9/1 maddesini ihlal ettiği de varsayılmaz.²¹⁹ Son olarak, şirket üyeleri tarafından seçilmeyen kişilerin denetim kurulunda şirket iradesinin oluşumuna katılması ve bu organın temsile yetkili yönetim organının seçiminden sorumlu olması halinde, bu durum Madde 9/1 ile bağdaşmayan bir "dışarıdan belirleme" teşkil etmez. FAYM burada özellikle, ticari şirketlere olan üyeliğin şekli bir karakterde kalması dolayısıyla, büyük şirketlerin örgütlenme özgürlüğünün temellerine pek uymadığını dile getirmiştir. Diğer taraftan bu örgütlerin örgütlenme ve karar alma biçimleri, üyelerin, alacaklılar gibi üçüncü tarafların ve özellikle de çalışanların yanı sıra kamu menfaatlerini de ilgilendiren çok sayıda hususu etkilemektedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun korunmaya değer çeşitli menfaatler arasında dengeleyici düzenlemeler yapma işlevi burada özellikle büyük ölçüde ön plana çıkmaktadır. Bunun dışında bu durum, emredici hukukun çeşitli düzenlemelerini gerektirmektedir.²²⁰ FAYM'a göre, çalışanların yönetime katılması, Madde 9/1'in merkezini değil, sadece çevresini etkiliyorsa ve şirketlerin örgütlenme özgürlüğü, yukarıda sayılan sebeplerle en başından itibaren kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenleme gerektiriyorsa, Madde 9/1, şirketler hukukunun düzenlenmesinde, organların atanmasında ve şirket iradesinin oluşumunda herhangi bir dış belirlemeyi önleme hususunda yasama organını yükümlü kılmaz.²²¹ Mahkeme, yasa ile birlikte denetim kuruluna üye seçme hususunda pay sahiplerinin yetkileri kısıtlansa da, pay sahiplerinin bu konuda halen büyük bir etkiye sahip olduğunu dile getirir. Mahkeme'ye göre, yasama organı bu yasa ile düzenleme yetkisinin sınırlarını

²¹⁷ BVerfGE 50, 290 (354-355) - Mitbestimmung [1979].

²¹⁸ BVerfGE 50, 290 (356-357) - Mitbestimmung [1979].

²¹⁹ BVerfGE 50, 290 (357) - Mitbestimmung [1979].

²²⁰ BVerfGE 50, 290 (357-359) - Mitbestimmung [1979].

²²¹ BVerfGE 50, 290 (359) - Mitbestimmung [1979].

aşmamıştır.²²²

Korunan menfaatin ve Madde 9'un içeriğinin, çalışanların yönetime katılması-
nın büyük şirketlere uygulanmasına izin verip vermediği şüpheli görünebilir. Ancak
Madde 9/1 uygulanabilir olsa bile, Çalışanların Yönetime Katılması Kanunu'nun tar-
tışmalı hükümleri bu anayasal hakla uyumludur. Bu hükümler, serbest örgütlenme il-
kesi ile çatışmamaktadır. Anayasal hakları ihlal edecek şekilde toplulukların işlevsel-
liğine zarar vermez. Toplulukların kendi iç örgütlenmeleri ve karar alma süreçlerine
ilişkin kendi kaderlerini tayin etmelerine kabul edilemez bir şekilde müdahale et-
mez.²²³

Bu karardan anlaşılabilceği üzere yasama organı, çalışanları da örgütün yö-
netimine dahil ederek, burada açık bir şekilde örgütlenmeyi koruyan bir düzenleme
yapmıştır. Nitekim FAYM yaptığı incelemede, örgütlenme özgürlüğüne müdahale bu-
lunmadığını tespit etmiştir. Diğer taraftan FAYM yasama organının gerçekleştirdiği
düzenleme yetkisini, örgütlenme özgürlüğünün merkezine müdahale ile kısıtlamıştır.
Dolayısıyla FAYM, yasama organının yaptığı düzenleme ile örgütlenme özgürlüğü
hakkının tahdit edilmesini kabul etmiştir.

3.1.2.4.3. Madde 9/3: Sendika Hakkı

Alman Anayasası Madde 9/3'te, çalışma ve ekonomik koşulları korumak için
örgütlenme/dernek kurma hakkı (sendika hakkı) herkes ve bütün meslekler için gü-
vence altına alınmıştır. Örgütlenme hakkına benzer şekilde sendika hakkı da bireysel
ve kolektif olarak ikiye ayrılır. Sendika hakkının bireysel yönü, bireyin böyle bir sen-
dika kurma, katılma veya dernekten uzak durma özgürlüğünü, kolektif yönü ise sen-
dikanın varlığını örgütsel yapısını, çalışma ve ekonomik koşulları korumayı ve geliş-
tirmeyi amaçlayan faaliyetleri korur.²²⁴ FAYM'ın ilk dönem kararlarında benimsediği²²⁵
merkezi alan formülünden (*Kernbereichsformel*) dönme eğilimi²²⁶, bu hakkın kurumsal
niteliğini sorgulamaktadır. Ancak bu hakkın düzenlemeye/yasamaya/yasama

²²² BVerfGE 50, 290 (360-361) - Mitbestimmung [1979].

²²³ BVerfGE 50, 290 (356) - Mitbestimmung [1979].

²²⁴ BVerfGE 93, 352 (357) - Mitgliederwerbung II [1995].

²²⁵ BVerfGE 17, 319 (333-334) - Bayerische Bereitschaftspolizei [1964]; BVerfGE 19, 303 (321
vd.) - Dortmunder Hauptbahnhof [1965]; BVerfGE 28, 295 (304) - Mitgliederwerbung I [1970];
BVerfGE 38, 281 (305) - Arbeitnehmerkammern [1974]; BVerfGE 38, 386 (393) - Aussperrung
von Betriebsratsmitgliedern [1975]; BVerfGE 50, 290 (368) - Mitbestimmung [1979]; BVerfGE
57, 220 (145-146) - Bethel [1981].

²²⁶ BVerfGE 93, 352 (359-360) - Mitgliederwerbung II [1995]; BVerfGE 100, 214 (222) -
Gewerkschaftsausschluß [1999].

organına olan ihtiyacı, bu hakkın nesneyle şekillenen bir hak değil, hukuk tarafından geliştirilen hak olduğunu gösterir. Bu bağlamda kurumsal bir hak olarak sendika hakkı, sınırlama ile düzenleme arasında bir ayrım yapılır.²²⁷ Sendika hakkı, en başından itibaren düzenlemeye ihtiyaç duyar. Sendika hakkının kullanılabilmesi için bu hukuk kurumlarının ve anayasa altı normatif alt yapının oluşturulması gerekir.²²⁸ Bu bakımdan, bir düzenleme sınırlamayı ifade etmez.²²⁹ Bununla birlikte, sınırlama ile düzenleme arasında keskin bir ayrım olduğu söylenemez.²³⁰ Özellikle sendika hakkının bireysel yönü ile kolektif yönü çatıştığında, düzenleme gerekliliği ortaya çıkar.²³¹ Yapısal eşitsizliklerin/dengesizliklerin, çalışma ve ekonomik koşullardaki pazarlıklarda oluşan dengesizliğe yol açması durumunda, yasama organının düzenleme yapma yükümlülüğü doğar.²³² Sözgelimi bir şirkette toplu pazarlık birliğini sağlamak için bir azınlık sendikasının toplu sözleşmesinin, çoğunluk sendikasının toplu sözleşmesiyle değiştirilmesi²³³ ve toplu sözleşme tarafları arasında pazarlık eşitliğinin sağlanması amacıyla lokavtların kısıtlanması²³⁴ bir düzenlemedir.²³⁵

Bir düzenleme ancak sendika hakkının etkili olabilmesi için bunu gerektirmesi halinde ve gerektirdiği ölçüde mevcuttur.²³⁶ Bir yasa sadece örgütlenme özgürlüğünün etkin bir şekilde geliştirilmesine hizmet etmiyorsa, gerçek bir sınırlama söz konusudur.²³⁷ Sendika hakkı bakımından, bir düzenleme, Alman Anayasası Madde 9/3'ün

²²⁷ BVerfGE 88, 103 (115) - Streikeinsatz von Beamten [1993]; BVerfGE 94, 268 (284) - Wissenschaftliches Personal [1996]; Hans-Jürgen Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 399; Johannes Dietlein, "Die arbeits- und wirtschaftsrechtliche Vereinigungsfreiheit", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006, s. 2082-2083; Cornils, "Art. 9", Rn. 62. Krş. Rixen, "Artikel 9", s. 914-915.

²²⁸ BVerfGE 50, 290 (368) - Mitbestimmung [1979]; BVerfGE 58, 233 (247) - Deutscher Arbeitnehmerverband [1981]; BVerfGE 88, 103 (115) - Streikeinsatz von Beamten [1993].

²²⁹ Dietlein, "Die arbeits- und wirtschaftsrechtliche Vereinigungsfreiheit", s. 2082; Jarass, "Art. 9", s. 298; Höfling, "Art. 9", s. 467; Winkler, "Art. 9", s. 815.

²³⁰ Bauer, "Artikel 9", s. 1137; Thomas von Danwitz, "Koalitionsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, s. 360.

²³¹ BVerfGE 84, 212 (228) - Aussperrung [1991]; BVerfGE 94, 268 (284) - Wissenschaftliches Personal [1996].

²³² BVerfGE 92, 365 (397) - Kurzarbeitergeld [1995].

²³³ BVerfGE 146, 71 (116 vd.) - Tarifeinheitgesetz [2017].

²³⁴ BVerfGE 84, 212 (223-224) - Aussperrung [1991].

²³⁵ Kingreen - Poshcer, **Grundrechte**, s. 257.

²³⁶ BVerfGE 88, 103 (115) - Streikeinsatz von Beamten [1993]; BVerfGE 94, 268 (284) - Wissenschaftliches Personal [1996].

²³⁷ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 399.

normatif amacına hizmet ettiği ve toplu sözleşme pazarlığındaki dengeye zarar vermediği ölçüde mevcuttur.²³⁸ Madde 9/3'ten kaynaklanan koruma yükümlülüğü gerekçe olarak kullanıldığı ölçüde, içtihat hukuku²³⁹, etkisi ve yoğunluğu ne ölçüde olursa olsun yasayı düzenleme olarak görme eğilimindedir.²⁴⁰

FAYM'ın merkezi alan formülünden dönmesi, kurumsal anayasal haklar için öngörülen hak dogmatikini dikkate almadığını ve anayasal hak incelemelerini tek tipleştirmek istendiğini göstermektedir.²⁴¹ Halbuki bu durum, kurumsal anayasal hakların kendine özgü niteliklerini göz ardı eder. Kurumsal anayasal haklarda sınırlama ile düzenlemenin birbirinden ayrılması, merkezi alan formülünün uygulanmasını gerektirir. Zira yasama organı, kurumsal anayasal haklarda ölçüsüz müdahalelerle değil, merkezi alana, diğer bir deyişle kurumun yapısal gerekliliklerine müdahale ile kısıtlıdır. Nitekim FAYM merkez alanı formülünden dönse de, aslında FAYM'ın bu formülü zımni olarak sürdürdüğü görülmektedir. FAYM'a göre, Madde 9/3'ün koruması merkezi alanı ile sınırlı olmasa da, "sendikaya özgü davranışlarla" sınırlıdır.²⁴² Özellikle Madde 9/3'ün koruması, sendikaların amaçlarını yerine getirmesi bakımından sendika hakkının merkezinde yer alan toplu pazarlık özerkliğini korur. "Toplu sözleşme pazarlığı, sendikaların temel amaçları içerisinde yer alır." Bu bağlamda, "çalışma ücreti ve diğer çalışma koşulları, sendikaların düzenleme yetkilerine ait konulardır."²⁴³ FAYM'ın burada sendikaların toplu sözleşme pazarlığını sendika hakkının merkezine yerleştirme ısrarı ve ihtiyacı, kanaatimce burada bir sınırlamanın olduğunu göstermeye çalışmasına ve dolayısıyla merkezi alan formülümü zımni olarak olsa da sürdürmesine dayanmaktadır. Nitekim sendikaya ilişkin her türlü davranışın değil, yalnızca sendikaya özgü davranışların korunduğunun belirtilmesi de bu yaklaşımı teyit eder.²⁴⁴ Bu bağlamda, FAYM, merkezi alan formülünden aslında vazgeçmemiştir.

Yukarıda da anlatılan²⁴⁵ *Çalışanların Yönetime Katılması*²⁴⁶ vakası,

²³⁸ BVerfGE 92, 26 (41) - Zweitregister [1995]; BVerfGE 92, 365 (394-395) - Kurzarbeitergeld [1995].

²³⁹ BVerfGE 92, 365 (394-395) - Kurzarbeitergeld [1995].

²⁴⁰ von Danwitz, "Koalitionsfreiheit", s. 360.

²⁴¹ Aksi yönde bkz. Kemper, "Art. 9", s. 979.

²⁴² BVerfGE 100, 271 (282) - Lohnabstandsklausel [1999].

²⁴³ BVerfGE 100, 271 (282) - Lohnabstandsklausel [1999].

²⁴⁴ Benzer yönde bkz. ve krş. Höfling, "Art. 9", s. 473; Kannengießer, "Art. 9", s. 485 vd. Nitekim Höfling de düzenlemelerin ölçülülük gerekliliğine olan bağlılığının yalnızca toplu sözleşme özerkliği bakımından geçerli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Höfling, "Art. 9", s. 470.

²⁴⁵ Bkz. **Bölüm 3.1.2.4.2.**

²⁴⁶ BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung [1979].

Çalışanların Yönetime Katılması Kanunu'nun Alman Anayasası Madde 9/3'te düzenlenen sendika hakkı bakımından da denetlendiği bir vakadır. FAYM'a göre, Çalışanların Yönetime Katılması Kanunu, sendika hakkının merkezine/temeline müdahale etmemektedir. Bu Kanun, sendika kurma, sendikaya katılma ya da devletten bağımsız sendika faaliyeti güvencesini etkilemez. Kanun, anayasaya aykırı bir şekilde çalışma ve ekonomik koşulların teşvik edilmesinden başka toplu pazarlık sistemini etkilemez. Sendikaların toplu pazarlık yapma özerkliğinin işlevsiz kalmasına yol açmaz.²⁴⁷ Dolarısıyla yasama organı, Madde 9/3 uyarınca, çalışanların ve şirketteki sendikalarının yönetime katılmalarını öngören düzenlemeler yapmaktan alıkonulmamıştır.²⁴⁸

Buradan sonra FAYM, toplu pazarlık sisteminin zarar görüp görmediğini inceler. Buna göre, her şeyden önce, yönetime katılma ve toplu pazarlık sisteminin bir arada var olduğu düşünüldüğünde, toplu pazarlık taraflarının bağımsızlığının, genel yapılarının, üyelerinin iş hukuku ve sosyal hukuk alanlarındaki menfaatlerini etkili ve sürdürülebilir bir şekilde temsil edecek kadar rakiplerinden bağımsız olmaları bakımından yeterince korunup korunmadığı önemlidir.²⁴⁹ FAYM burada özellikle Kanun'un işveren sendikasına olan etkisini incelemiştir. Buna göre, çalışanların işveren sendikaları üzerindeki etkisi dikkate alındığında, bu etkinin çalışanların şirketlerdeki etkisinin gerisinde kalması gerekir. Bu durum, işveren sendikalarının organlarında çalışan tarafına ya da açıklanan anlamda sendika tarafına atanacak olan şirket temsilcilerinin sayısına bağlıdır. Şirkette genellikle bu tür kişilerin yürütme organlarının üyeleri olarak atanacağı varsayılamayacağından, bu en iyi ihtimalle yönetime katılmanın gerçekleştiği tüm şirketlerin temsilcilerinin bir kısmı olabilir ve bu sayı işveren sendikalarında düşer. Çalışanlarının yönetime katılmasının gerçekleştiği şirketlerin işveren sendikalarındaki ağırlığı dikkate alınsa bile, çalışan ve sendika tarafının işveren sendikaları üzerindeki üye şirketlerden kaynaklanan herhangi bir etkisi bu nedenle önemli ölçüde zayıflayacaktır. Son olarak, işveren sendikalarının çalışanların yönetime katılmasının gerçekleştirilmediği birlikler/dernekler olduğu göz ardı edilemez. Bu durumda, çalışanların işveren sendikaları ve onların dernekleri üzerindeki olası etkisinin derecesi, çalışan kesimin, yönetime katılmanın gerçekleştirildiği şirketler üzerinde sahip olduğu etkinin derecesinden çok daha az olur. Ana sözleşme ile çalışan kesimin ve sendika tarafının etkisini zayıflatmanın veya ortadan kaldırmanın işveren sendikasının elinde

²⁴⁷ BVerfGE 50, 290 (369-370) - Mitbestimmung [1979].

²⁴⁸ BVerfGE 50, 290 (372) - Mitbestimmung [1979].

²⁴⁹ BVerfGE 50, 290 (373) - Mitbestimmung [1979].

olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.²⁵⁰ FAYM bu Kanun'un kalıcı fonksiyonel kayıplara ve hatta toplu pazarlık sisteminin işlemez hale gelmesine yol açmayacağını da kabul etmiştir.²⁵¹ Bu bakımdan, Kanun'un sendika hakkının gerekliliklerine uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Nihayetinde FAYM, sendika hakkı bakımından hakkın temeline/merkezine, diğer bir deyişle sendikaya özgü davranışlara müdahale etmedikçe, yapılan düzenlemeleri hakkın kapsamının bir tahdidi, daha doğru bir deyişle hakkın kapsamının belirlenmesi olarak kabul eder.

3.1.2.5. Mücadeleci Demokrasi Kaydı

Alman Anayasası Madde 9/2'de düzenlenen sınırlama kaydı²⁵², Madde 18'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı²⁵³ ve Madde 21/2'de düzenlenen siyasi parti yasağı²⁵⁴, mücadeleci demokrasinin anayasa koyucular tarafından verilmiş temel kararlardan birisi olduğunu göstermektedir. Literatürde, Klein, mücadeleci demokrasi ilkesinin, anayasal hakların yorumunda kaçınılmaz bir şekilde dikkate alınması gerektiğini ifade eder. Bu düşünce, anayasal normlar ve ilkeler arasındaki gerilimi pratik uyuşuma zorlayan anayasanın bütünlüğü ilkesine dayanır.²⁵⁵ Bettermann, temel hak ve özgürlüklerin, devlet içinde muhafaza edilen ve geliştirilen siyasal ve yurttaş özgürlüğü olduğunu ve fakat bunların yok edilmesi özgürlüğü olmadığını belirtir.²⁵⁶

Alman anayasal sisteminde Madde 18/2'den kaynaklanan hakkın kötüye kullanılması dolayısıyla anayasal hakkın etkisizleştirilmesi için anayasa şikâyetinden ayrı

²⁵⁰ BVerfGE 50, 290 (375) - Mitbestimmung [1979].

²⁵¹ BVerfGE 50, 290 (376-378) - Mitbestimmung [1979].

²⁵² Alman Anayasası Madde 9/2: "Amaçları veya faaliyetleri ceza hukukuna aykırı olan veya anayasal düzene veya uluslararası anlaşma/barış düşüncesine aykırı olan örgütlenmeler yasaktır."

²⁵³ Alman Anayasası Madde 18: "Özgür demokratik temel düzene karşı savaşmak için ifade özgürlüğü hakkını, özellikle basın özgürlüğünü (Madde 5/1), öğretme özgürlüğünü (Madde 5/3), toplanma özgürlüğünü (Madde 8), örgütlenme özgürlüğünü (Madde 9), mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği hakkını (Madde 10), mülkiyet hakkını (Madde 14) veya iltica özgürlüğünü (Madde 16a) kötüye kullanan kimse, bu temel hakları kaybeder. Bu hak kaybı ve hak kaybının kapsamı, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanır."

²⁵⁴ Alman Anayasası Madde 21/2: "Amaçlarına veya destekçilerinin davranışlarına dayanarak, özgür demokratik temel düzeni bozmaya veya ortadan kaldırmaya veya Federal Almanya Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye atmaya çalışan partiler anayasaya aykırıdır."

²⁵⁵ Hans Hugo Klein, "Verfassungstreue und Schutz der Verfassung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 37, Berlin, Walter de Gruyter, 1979, s. 67 vd.

²⁵⁶ Karl August Bettermann, **Grenzen der Grundrechte**, Berlin, Walter de Gruyter, 1968, s. 12.

bir usule sahip başvuru yöntemi ve uygulama öngörülmüştür. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*/FAYMK) Madde 36-42 arasında düzenlenen bu başvuru usulünde, Madde 36 uyarınca anayasal hakların etkisizleştirilmesini tetikleyebilecek olan organlar *Bundestag* (Federal Meclis), Federal Hükümet veya herhangi bir Eyalet Hükümeti'dir. Bu başvuruyu incelemeye yetkili organ ise Alman Anayasası Madde 18/2'de açıkça belirtildiği üzere FAYM'dır. Başvuru gerçekleşikten sonra, ilk olarak ön inceleme (*Vorverfahren*) aşamasına geçilir. FAYMK Madde 37 uyarınca davalıya belirlenecek bir süre içinde beyanda bulunma fırsatı verilir ve başvurunun kabul edilemez veya yeterince gerekçelendirilmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilmesine veya duruşma yapılmasına karar verilir. El koyma, arama ve ön soruşturma ancak duruşma yapılmasına karar verildikten sonra emredilebilir.²⁵⁷ Başvurunun alınmasından sonra FAYM, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine uygun olarak el koyma veya arama kararı verebilir. FAYM ayrıca sözlü duruşmaya hazırlık amacıyla bir ön soruşturma yapılmasına karar verebilir (FAYMK Madde 38). Bu başvuruda davalı tarafın aleyhine olan bir karar için üyelerin üçte ikisinin çoğunluğu gerekir (FAYMK Madde 15/4). Bu ise 8 üyeden oluşan bir senatonun 6'sının bu yönde oy kullanmasını gerektirmektedir. Anayasal hakkın etkisizleştirilmesi kararının hukuki sonucu, Alman anayasa doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada tam bir hak kaybı söz konusudur.²⁵⁸ Diğer görüşe göre, burada tamamen bir hak kaybı olmaz, yalnızca kişi artık hakkın korumasını tetikleyemez.²⁵⁹ Burada tartışmasız olan

²⁵⁷ Günter Dürig - Hans H. Klein, "Art. 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 36; Walter Schmitt Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 766; Klaus Stern, "Die Grundrechtsverwirkung", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 974-975; Michael Brenner, "Artikel 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 1779; Fabian Wittreck, "Artikel 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1694-1695; Martin Pagenkopf, "Art. 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 718-719.

²⁵⁸ Christian von Coelln, "Artikel 18", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 1434-1435.

²⁵⁹ Dürig - Klein, "Art. 18", s. 33-34; Schmitt Glaeser, "Grundrechtsverwirkung", s. 767; Stern, "Die Grundrechtsverwirkung", s. 965 vd; Walter Krebs - Markus Kotzur, "Art. 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 1329; Brenner, "Artikel 18", s. 1776; Wittreck, "Artikel 18", s. 1696-1697; Herbert Bethge, "Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 1198-1199; Philipp Birkenmaier, "Art. 19", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s.

husus, anayasal hakkın etkisizleştirilmesi kararıyla, *en azından* anayasal hakkın sübjektif boyutunun etkisini yitirmesi ve dolayısıyla kişinin anayasal hakkının korumasını tetikleyememesidir.²⁶⁰ Ancak bu iki hukuki sonuç arasındaki ayrım, ne gerekçe bakımından ne de sonuç bakımından ikna edicidir.²⁶¹ Bu zamana kadar, anayasal hakkın etkisizleştirilmesi usulüne radikal olarak görülen dört kişi için başvurulmuştur.²⁶² Ancak hiçbir başvuru olumlu sonuçlanmamıştır.²⁶³

Mücadeleci demokrasinin anayasal haklar üzerinde oluşturduğu kayıt, Alman Anayasası Madde 18/2’de özel bir usul olarak düzenlenen anayasal hakkın etkisizleştirilmesi başvurusunu aşmaktadır. Gerçekten de Mahkeme, bireylerin radikal söylemleri ile ifade özgürlüğü hakkı arasında tahdit/sınırlama ilişkisi kurmaktadır.²⁶⁴ FAYM’ın içtihatlarında, mücadeleci demokrasi açıkça hakkın kapsamını tahdit eden veyahut şikâyetçilerin normatif argümanlarını zayıflatan bir unsur olarak görülmektedir. *Radikaller* kararı²⁶⁵, anayasa şikâyetine başvuran şikâyetçinin üniversite yıllarında *Roten Zelle Jura* (Kırmızı Hücre Hukuk Çalışmaları) adlı sol örgütün eylemlerine katıldığı gerekçesiyle idare tarafından kamu görevine kabul edilmemesini konu alır.²⁶⁶ Mahkeme, siyasi görüşünden dolayı dezavantajlı ve avantajlı konumda bulunmama gerekliliğini ifade eden Alman Anayasası Madde 3/3 bakımından inceleme yapmıştır. Mahkeme, Madde 3/3’ün izole bir şekilde değil anayasa bağlamında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, Federal Almanya Cumhuriyeti’nin Weimar demokrasisinin acı deneyiminden dolayı bir mücadeleci demokrasi oluşturan Alman Anayasası’nın, Madde 3/3’ün yardımıyla, devletin, demokrasinin düşmanlarına teslim

828; Hans D. Jarass, “Art. 18”, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 456; Pagenkopf, “Art. 18”, s. 718.

²⁶⁰ von Coelln, “Artikel 18”, s. 1434; Krebs - Kotzur, “Art. 18”, s. 1329; Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 209.

²⁶¹ von Coelln, “Artikel 18”, s. 1434-1435.

²⁶² Gereon Flümann, **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten: Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich**, Wiesbaden, Springer, 2015, s. 230 vd.; von Coelln, “Artikel 18”, s. 1426; Brenner, “Artikel 18”, s. 1763-1764; Wittreck, “Artikel 18”, s. 1687; Schmitt Glaeser, “Grundrechtsverwirkung”, s. 775-776; Pagenkopf, “Art. 18”, s. 719.

²⁶³ Bkz. *BVerfGE* 11, 282 - Zweiter Vorsitzender der SRP [1960]; *BVerfGE* 38, 23 - Herausgeber der Deutschen National-Zeitung [1974]; *BVerfGE*, **NJW**, 1998, p. 598, s. 598 - Notwendige Auslagen im verfassungsgerichtlichen Verfahren.

²⁶⁴ Bkz. Johannes Lameyer, **Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung**, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, s. 17; *BVerfGE* 25, 44 (58) - Durchsetzung von Parteiverboten [1969].

²⁶⁵ *BVerfGE* 39, 334 - Extremistenbeschuß [1975].

²⁶⁶ *BVerfGE* 39, 334 (336 vd.) - Extremistenbeschuß [1975].

edilmesini dışladığını belirtmiştir.²⁶⁷ Mahkeme, hakkın sınırlandırılması aşamasına girmeden, hakkın kapsamını tahdit ederek, Madde 3/3 bakımından yaptığı incelemeyi sona erdirmiştir.

İncelenmesi gereken diğer bir karar da *Atıf Gerekliliği* kararıdır.²⁶⁸ Alman ordusuna geçici bir asker olarak katılan şikâyetçi, Almanya'da ve Alman ordusunda kimsenin ifade özgürlüğünün olmadığını, öğrenci gösterilerinde göstericilerin polis tarafından dövüldüğünü, Almanya'da sosyal adaletin olmadığını, mektup ve telefon dinlemelerine karşı başvurulacak hukuk yolunun bulunmadığını ve Alman ordusunun iç angajmanı kapsamında, yasal emirlere uymayacağını içeren ifadeler dolayısıyla üç günlük gözaltında tutulma disiplin cezasına mahkûm olmuştur.²⁶⁹ Mahkeme, mücadeleci demokrasi ilkesinin, Alman ordusunun iç düzeni için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Buna göre, memurların hizmetleri sırasında özgür anayasal düzeni sorgulayan ifadeleri kısıtlanabilecektir.²⁷⁰ Anayasa'da benimsenen demokrasinin vatandaşlarından özgür düzeni savunmaları beklenen ve anayasal hakların kötüye kullanılmasına müsamaha göstermeyen bir demokrasi olduğu belirtilmiştir. Buna göre mücadeleci demokrasi ilkesi, Alman ordusunun iç düzeni için de geçerlidir. Bu nedenle askerlerin tüm davranışlarıyla bu özgür düzeni korumaları ve desteklemeleri temel bir görevdir.²⁷¹ Mahkeme, burada mücadeleci demokrasinin somut vakadaki içerdiği menfaat ile ifade özgürlüğünün somut vakadaki içerdiği değer arasında bir dengeleme yapmıştır. FAYM'a göre, şikâyetçinin gösterilerle ilgili ifadeleri, polisin masum vatandaşları sistematik ve yasa dışı bir şekilde hedef aldığını göstermeyi amaçlamıştır ve bunun yanı sıra şikâyetçinin Almanya'da kimsenin ifade özgürlüğünün olmadığı ifadesi ile özgür demokratik düzeni karalamıştır. Bu bağlamda, Mahkeme, uygulanan cezanın ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁷² Burada da FAYM'ın mücadeleci demokrasiye dayanarak şikâyetçinin normatif argümanlarını zayıflatığı görülmektedir.

Somit norm denetimi ile FAYM'ın önüne gelen bir vaka olan *Sansür* kararında²⁷³, özgür demokratik temel düzene veya uluslararası barış/anlaşma düşüncesine karşı propaganda yapan filmlerin ithal edilmesini yasaklayan yasa hükmünün

²⁶⁷ BVerfGE 39, 334 (368-369) - Extremistenbeschuß [1975].

²⁶⁸ BVerfGE 28, 36 - Zitiergebot [1970].

²⁶⁹ BVerfGE 28, 36 (37 vd.) - Zitiergebot [1970].

²⁷⁰ BVerfGE 28, 36 (48-49) - Zitiergebot [1970].

²⁷¹ BVerfGE 28, 36 (48-49) - Zitiergebot [1970].

²⁷² BVerfGE 28, 36 (48-50) - Zitiergebot [1970].

²⁷³ BVerfGE 33, 52 - Zensur [1972].

Alman Anayasası Madde 5/1 ve Madde 5/3'e uygunluğu incelenmiştir.²⁷⁴ Mahkeme, yasa kaydı bulunmayan sanat özgürlüğü hakkı bakımından yaptığı incelemede, sanat özgürlüğü hakkını sınırlayan anayasal değeri, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin ve özgür demokratik temel düzeninin varlığı olarak belirlemiştir. Mahkemeye göre, filmin Federal Cumhuriyetin ve temel düzeninin varlığı için doğrudan ve yakın bir tehlike oluşturması durumunda, sanat özgürlüğü tarafından korunan menfaat dengelemede ağır basamaz. Bu bağlamda, ilgili yasa hükmü Alman Anayasası Madde 5/3'e bir aykırılık teşkil etmez.²⁷⁵

*Gizli Dinleme*²⁷⁶ kararı, Alman Anayasası Madde 10'da yapılan anayasa değişikliği ile ilgilidir. Buna göre, mektup, posta ve haberleşmenin gizliliği hakkının sınırlandırılması, özgür demokratik temel düzeni korumaya veya Federal veya federe yönetimlerin varlığına ve güvenliğine hizmet ediyorsa, dinlenen kişilerin yapılan müdahaleden haberdar edilmemeleri düzenlenmiş ve bu müdahaleye karşı herhangi bir hukuk yolu düzenlenmemiş ve fakat uygulanan bu önlemlerden 6 ayda bir bilgilendirilecek ve hukuki denetimi yapacak olan 5 parlamento üyesinden oluşan bir Komisyon belirlenmiştir.²⁷⁷ FAYM'ın yapılan anayasa değişikliğini anayasaya uygun bulmasındaki en önemli gerekçe mücadeleci demokrasidir. Anayasa maddelerinin izole bir şekilde yorumlanamayacağını belirten Mahkeme, Madde 10'un Alman Anayasası'nın ve onun oluşturduğu değerler düzeninin temel ilkelerinden birisi olan mücadeleci demokrasi ilkesi ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, mücadeleci demokrasi, anayasal hakların özgür düzene karşı kötüye kullanılmasına izin vermez. Mahkeme, anayasa tarafından tanınan özgürlüklere atıf yapılarak, anayasanın düşmanlarının anayasal düzeni ve devletin varlığını tehlikeye atmalarına ve yok etmelerine izin verilemeyeceğini dile getirmiştir. Netice itibarıyla, Mahkeme, Alman Anayasası Madde 10'u, mücadeleci demokrasi ilkesi ile birlikte yorumlayarak, yapılan değişikliği anayasaya aykırı bulmamıştır.²⁷⁸

Mücadeleci demokrasinin etkileri başka şekillerde de ortaya çıkmaktadır. Alman Anayasası Madde 5/1'de düzenlenen ifade özgürlüğü hakkını sınırlayan sınırlama ölçütlerinden birisi de "genel yasa"dır. FAYM'a göre, "hukuki menfaatlerin korunmasına yönelik kanunlar, ancak gerekli genel bakış açısıyla hukuki menfaatler

²⁷⁴ BVerfGE 33, 52 (53 vd.) - Zensur [1972].

²⁷⁵ BVerfGE 33, 52 (70-71) - Zensur [1972].

²⁷⁶ BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil [1970].

²⁷⁷ BVerfGE 30, 1 (4 vd.) - Abhörurteil [1970].

²⁷⁸ BVerfGE 30, 1 (19-24) - Abhörurteil [1970].

açısından tutarlı ve soyut olduklarını kanıtladıkları ve mevcut somut görüşleri dikkate almadan düzenlendikleri takdirde geneldir.”²⁷⁹ Bu, normun siyasi güçler alanındaki çeşitli gruplara uygulanabileceğini ve cezalandırılan veya yasaklanan görüşün ilke olarak farklı temel siyasi, dini veya ideolojik konulardan kaynaklanabilmesini sağlayan ihlal eyleminin ve korunan yasal çıkarların yeterince genel bir şekilde formüle edilmesini içerir.²⁸⁰ Bir yasanın genel yasa sayılabilmesi için ilk olarak²⁸¹, bu yasa bir hukuki menfaati genel olarak ve görüş açıklamaları yoluyla veya başka bir şekilde ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın korumalıdır; ikinci olarak²⁸² ise genel bir yasa, farklı görüşlere karşı gerçekten tarafsız olacak şekilde düzenlenmeli ve yasal menfaatlerin istenen şekilde korunmasına ilişkin olarak belirli bir görüşe karşı ayrımcılık yapmamalıdır.²⁸³ Dolayısıyla ifade özgürlüğünü sınırlandırabilecek yasaların, belirli bir siyasi, dini veya ideolojik görüşe özgü bir sınırlama getirmemesi gerekir.

Rudolf Heß’i Anma kararında²⁸⁴, şikâyetçi, anayasa şikâyetiyle, 20 Ağustos 2005 tarihinde Wunsiedel’de düzenlenen Rudolf Heß’i anma mitinginin yasaklanmasına ilişkin Federal İdare Mahkemesi’nin kararını gündeme getirmiştir. Federal İdare Mahkemesi’nin kararı, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun (*Gesetzes über Versammlungen und Aufzüge*) 15. maddesinin 1. fıkrası ile Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 4. fıkrasına dayanmaktadır. Şikâyetçi hem Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 4. fıkrasına hem de bu fıkranın somut olaydaki yorumuna itiraz etmektedir. Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir:

“Nasyonal Sosyalist şiddet ve despotizm yönetimini onaylayarak, yücelterek veya haklı göstererek mağdurların onurunu zedeleyecek şekilde alenen veya bir toplantıda kamu barışını bozan herkes üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.”

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 15. maddesinin 1. fıkrası ise şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yetkili makam, emrin verildiği tarihte kabul edilebilir olan koşullara göre, toplantı veya yürüyüşün gerçekleştirilmesi halinde kamu güvenliği veya düzeninin

²⁷⁹ BVerfGE 124, 300 (323-324) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸⁰ BVerfGE 124, 300 (324) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸¹ BVerfGE 97, 125 (146) - Caroline von Monaco I [1998]; BVerfGE 113, 63 (78) - Junge Freiheit [2005].

²⁸² BVerfGE 111, 147 (155) - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]; BVerfGE 117, 244 (260) - CICERO [2007]; BVerfGE 124, 300 (322) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸³ Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 146-147.

²⁸⁴ BVerfGE 124, 300 - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

doğrudan tehlikeye girmesi halinde, toplantıyı veya yürüyüşü yasaklayabilir veya belirli koşullara tabi kılabilir.”

Sonuç itibarıyla, şikâyetçinin toplanma ve gösteri yürüyüşü, bu kanun maddelerine dayanarak yasaklanmıştır.²⁸⁵

FAYM yapılan sınırlamanın genel yasa sınırlama ölçütü ile gerçekleştirildiğini belirledikten sonra²⁸⁶, genel yasayı yukarıdaki ifadelerle belirler.²⁸⁷ Mahkeme, burada Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 4. fıkrasının açık bir şekilde genel yasaya ilişkin kriterleri sağlamadığını belirtir. Bununla birlikte FAYM, Nasyonal Sosyalist yönetimin Avrupa’ya ve dünyanın büyük bölümüne getirdiği dehşet ve buna bir alternatif olarak anlaşılan Federal Almanya Cumhuriyeti’nin ortaya çıkışını göz önünde bulundurarak, özel olarak nasyonal sosyalist düşünceye yönelen sınırlamaların genel yasa sınırlama ölçütüne bir istisna teşkil ettiğini ve bu istisnanın genel yasa kavramına içkin olduğunu ifade eder.²⁸⁸ FAYM’a göre, Madde 5/1 ve 5/2’nin nasyonal sosyalistlere yönelik ayrı hükümlere açık olması, nasyonal sosyalistlerin ifade özgürlüğünü engellemez. Alman Anayasası aşırı sağcı veya nasyonal sosyalistlerin düşüncelerinin yayılmasının yasaklanmasına izin veren genel bir nasyonal sosyalist karşıtlığını benimsemez. Aksine Alman Anayasası, özgür kamusal tartışmanın gücüne güvenerek özgürlüğün düşmanlarına fikir özgürlüğü tanımaktadır. Alman Anayasası Madde 9/2, Madde 18 ve Madde 21/2’de, anayasa karşıtı fikirlerin yayılmasının özgür siyasi tartışmanın sınırını oluşturmadığı ve fakat özgür demokratik temel düzene karşı aktif bir şekilde mücadele eden ve saldırgan bir tutum sergileyen aşırı fikirler bu tartışma alanının dışında yer aldığı belirlenmiştir. Madde 5/1 ve 5/2, yalnızca bu görüşler yasal çıkarların ihlaline veya tanınabilir tehlikeli durumlara dönüştüğünde ifade edilen bu tür görüşlere müdahaleye izin verir.²⁸⁹

Tarihsel nasyonal sosyalist şiddet ve keyfi yönetimin suçlarının benzersizliği ve Federal Almanya Cumhuriyeti’nin bundan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle, Alman Anayasası 5/1 ve 5/2 uyarınca tanınması gereken, fikirleri kısıtlayan yasaların genel gerekliliğine ilişkin istisna, buna herhangi bir kapı açmamakta, ancak bu tür tehlikeli eleştiri fikirlerinin gerekli şekilde bastırılması sorumluluğunu serbest tartışmaya bırakmaktadır. Yasama organına sadece, Nasyonal Sosyalist rejimin tarihsel

²⁸⁵ BVerfGE 124, 300 (301 vd.) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸⁶ BVerfGE 124, 300 (321-322) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸⁷ BVerfGE 124, 300 (323-324) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸⁸ BVerfGE 124, 300 (327-328) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁸⁹ BVerfGE 124, 300 (330) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

gerçekliği içinde olumlu bir değerlendirmesini amaçlayan, sadece bu tür ifadelerin özel etkileriyle bağlantılı olan ve bunları dikkate alan görüş ifadeleri için ayrı hükümler koyma yetkisi vermektedir.²⁹⁰

Bu açıklamalardan FAYM'ın genel olarak ifade özgürlüğü hakkını özgürlüğün düşmanlarına tanısı da *somut bir tehlike* söz konusu olduğunda mücadeleci demokrasinin bu özgürlüğe bir tehdit oluşturduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Mahkeme, Nasyonal Sosyalist rejimin tarihsel gerçekliğini ve onun oluşturabileceği somut tehlikeyi dikkate alarak açıkça nasyonal sosyalist düşünceye ilişkin özel hükümler düzenlenebileceği istisnasının genel yasa kavramında "içkin" olduğunu kabul etmiştir.²⁹¹ Her ne kadar FAYM bu belirlemeyi yaptıktan sonra ölçülülük incelemesi yaparak müdahalenin ihlal teşkil etmediğini tespit etse de²⁹², aslında en başından bir "genel yasa" sınırlama ölçütünün kapsamına girmeyen bir sınırlamayı mücadeleci demokrasiye dayanarak tehdit etmiştir. FAYM'a göre, -nasyonal sosyalist geçmişin arka planında- bu görüş ifadeleri "diğer görüş ifadeleriyle karşılaştırılmaz" ve "yurtdışında derin endişeye neden olabilir". FAYM, bunlar için yazılı olmayan bir istisna yapılmasını ve özel bir yasaya izin verilmesini gerekli görmektedir; çünkü "Anayasa'nın oluşturulması ve yürürlüğe girmesinde yer alan tüm güçlerin tarihsel olarak merkezi bir kaygısı bunu gerektirmektedir."²⁹³

Mahkeme benzer sonuçlara "Auschwitz Yalanı" gibi revizyonist söylemlerde de ulaşmıştır. Şikâyetçi, revizyon söylem/inkar söylemi içeren birçok makale yayınlaması sebebiyle 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Revizyonist veyahut inkâr söylemleri nasyonal sosyalistlerin gerçekleştirdiği suçların kamuoyu önünde onaylanmasını ifade eder. Bu, kamusal tartışmalarda barışçılık sınırlarını aşan ve kamu huzurunun bozulmasına işaret eden nasyonal sosyalist şiddetin ve keyfi yönetimin bir onaylanma biçimidir. Burada barışçılığın ihlali, Alman tarihinin arka planında Nasyonal Sosyalizm döneminde işlenen ve genel olarak bilinen soykırımın inkârı olarak inkârın,

²⁹⁰ BVerfGE 124, 300 (331) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁹¹ FAYM'ın bu yorumunun bir içkin sınırlama teşkil ettiği yönünde bkz. Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 149-150.

²⁹² BVerfGE 124, 300 (331 vd.) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009].

²⁹³ BVerfGE 124, 300 (328-329) - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009]. FAYM'ın bu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Wolfram Höfling - Steffen Augsburg, "Grundrechtsdogmatik im Schatten der Vergangenheit — zugleich zum Wunsiedel Beschluß des BVerfG", **JuristenZeitung**, 65. Jahrg., Nr. 22, 19. November 2010, pp. 1088-1098, s. 1090 vd.; Matthias Jestaedt, "Meinungsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2011, s. 928-930; Manssen, **Staatsrecht II**, s. 128-129.

ancak bu suçların örtbas edilerek meşrulaştırılması ve onaylanması şeklinde anlaşılabilir. Dolayısıyla inkâr fiilleri Alman Ceza Kanunu Madde 140'ın (suç teşkil eden fiilleri övme ve onaylama) kapsamındadır. Alman tarihinin arka planına bakıldığında, Nasyonal Sosyalist soykırım suçlarının inkârı, konuşmacıya meyilli dinleyicilerin saldırganlaşmasına ve inkâr tarafından örtük olarak ileri sürülen sözde tarihsel gerçeğin çarpıtılmasının yazarları veya sorumluları olarak görülenlere karşı harekete geçmesine neden olabilir. Dolayısıyla siyasi tartışmayı düşmanca ve barışçıl olmayan bir tartışmaya dönüştürme tehlikesi taşımaktadır. Nasyonal sosyalistlerin soykırım suçlarının inkârı, özellikle bu suçların belirli insan gruplarına veya nüfusa karşı işlenmiş olması ve bu olayların inkârının açık veya gizli bir şekilde bu insan gruplarına karşı hedefli bir ajitasyonun şifresi olarak kullanılabilmesi nedeniyle, siyasi tartışmanın barışçılığını tehlikeye atmaktadır.²⁹⁴ Bu sebeple, FAYM revizyonist söylemin genel yasaya uymadan ayrımcı bir şekilde cezalandırılmasında bir sorun görmemiş ve ayrıca 2 yıllık hapis cezasını da ölçülü bulmuştur.²⁹⁵

Sonuç olarak mücadeleci demokrasi, Alman Anayasası tarafından tartışmasız bir şekilde benimsenmiş ve anayasal hakların kapsamının ve somut vakadaki şikâyetçinin normatif argümanlarının yorumlanmasında dikkate alınmıştır. Özellikle sağ veya sol radikal görüşlerin özgür demokratik temel düzen için somut bir tehlike arz ettiği durumlarda, ilgili anayasal hakkın kapsamının tahdit edildiği; diğer durumlarda ise şikâyetçinin normatif argümanlarının zayıfladığı görülmüştür.

3.1.2.6. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar

FAYM sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların nasıl sınırlandırılacağına ilişkin formülü/dogmatığı 1970 senesinde ortaya koymuştur. Buna göre, anayasanın bütünlüğü ve anayasa tarafından korunan değerler düzeni çerçevesinde, sadece üçüncü kişilerin çatışan anayasal hakları ve anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırılabilir. Bu şekilde ortaya çıkan çatışmalar, ancak hangi anayasal hükmün karar verilecek spesifik sorunda daha büyük ağırlığa sahip olduğunun belirlenmesiyle çözülebilir.²⁹⁶ FAYM, Alman Anayasası Madde 2/1 ve Madde 5/2 gibi diğer sınırlama kayıtlarından devşirilen sınırlama

²⁹⁴ BVerfG, *NJW*, 2018, pp. 2858-2860, s. 2860 - Verurteilung wegen Leugnung des national-sozialistischen Völkermords.

²⁹⁵ BVerfG, *NJW*, 2018, pp. 2858-2860, s. 2860 - Verurteilung wegen Leugnung des national-sozialistischen Völkermords.

²⁹⁶ BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

çözümlerini²⁹⁷ veyahut Alman Federal İdare Mahkemesi'nin çözümü olan toplumsallık kaydını²⁹⁸ açık bir şekilde reddetmiştir.²⁹⁹ Tüm anayasal haklar gibi sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar da Alman Anayasası'nın benimsediği, sosyal topluluk içinde özgürce gelişebilen sorumluluk sahibi kişiliği ifade eden insan imgesine dayanmaktadır. Sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların bu kayıtsız niteliği, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sağladığı güvencelerin sınırının yalnızca anayasanın kendisi tarafından belirlenebileceğini ifade eder.³⁰⁰

Alman anayasa hukuk doktrini ve uygulamasında, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar için öngörülen sınırlama formülü, genel olarak negatif statü haklarında (*Abwehrrechte*) veyahut diğer bir deyişle negatif statü hak taleplerinde uygulanabileceği kabul edilmektedir.³⁰¹ Bu bakımdan, sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar, Alman Anayasası Madde 4'te düzenlenen din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı, Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkı ve bilim özgürlüğü hakkı ve Madde 8/1'de düzenlenen kapalı alanda toplanma hakkı olarak sayılabilir.³⁰² Kapalı

²⁹⁷ Bkz. **Bölüm 2.1.2.1.1.1.** ve **Bölüm 2.1.2.1.1.2.**

²⁹⁸ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.1.**

²⁹⁹ BVerfGE 30, 173 (191-193) - Mephisto [1970].

³⁰⁰ BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1970].

³⁰¹ Bkz. Michael Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994, s. 515 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 7; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 65 vd.

³⁰² Krş. Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 379 vd.; Sachs, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", s. 515 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 53-54; Pecher, **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, s. 33 vd.; Lenz, **Vorbehaltlose Freiheitsrechte**, s. 14 vd.; Annette Guckelberger, "Verfassungsimmanente Schranken", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022, Rn. 13. Lenz, burada sayılanlardan farklı olarak Alman Anayasası Madde 6/1'de düzenlenen evlilik ve aile hakkı, Madde 9/1'de düzenlenen örgütlenme özgürlüğü hakkı, Madde 12/1'de düzenlenen meslek seçme özgürlüğü hakkı, Madde 16/1'de düzenlenen vatandaşlık güvencesi ve Madde 17'de düzenlenen dilekçe hakkını sınırlama kaydı olmayan anayasal hak olarak saymıştır. Ancak yukarıda da görüldüğü üzere (Bkz. **Bölüm 3.1.2.4.1.**), evlilik ve aile hakkı, kurumsal anayasal hak olmaları dolayısıyla farklı bir sınırlama dogmatikğine sahiptir. Örgütlenme özgürlüğü hakkının kurumsal bir hak olmasının yanı sıra, Madde 9/2'nin ise örgütlenme özgürlüğü için bir sınırlama kaydı niteliğinde olduğu yine yukarıda belirtilmiştir (Bkz. **Bölüm 3.1.2.4.2.**). Her ne kadar meslek özgürlüğü hakkı için Madde 12/2'de öngörülen sınırlama klozu, meslek seçme özgürlüğünü kapsamasa da FAYM istikrarlı bir şekilde meslek seçme özgürlüğünün de Madde 12/2'de öngörülen sınırlama kaydına tabi olduğuna karar vermiştir (Örnek olarak bkz. BVerfGE 7, 377 (400-401) - Apotheken-Urteil [1958]). Vatandaşlık güvencesi bakımından ise Madde 16/1'in ikinci cümlesinde vatandaşlık kaybının yasayla düzenleneceği belirtilerek bu güvence basit yasa kaydına tabi tutulmuştur. Madde 17'de düzenlenen dilekçe hakkı ise büyük ölçüde yargısal hakların kapsamı içerisinde yer alır ve bu sebeple negatif statü hakkı niteliği şüphelidir. Lenz'in listesinde daha kapsamlı olan bir liste için bkz. Sachs, "Die

alandanda toplanma hakkı ve negatif yükümlölük doğuran bilim özgürlüğü uygulamada fazla yer bulamadığından, bu kapsamda sırasıyla din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı (3.1.2.6.1.) ve sanat özgürlüğü hakkı (3.1.2.6.2.) incelenenecektir.

3.1.2.6.1. Madde 4: Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü Hakkı

Alman Anayasası Madde 4, inanç ve vicdan özgürlüğünün (1. fıkra) yanı sıra ibadet özgürlüğünü de (2. fıkra) güvence altına almaktadır.³⁰³ Madde 4/1 ve Madde 4/2, (dini veya ideolojik) bir inanç oluşturma (*forum internum*) ve bu inancı yaşama (*forum externum*) özgürlüğünün tamamını koruyan tek tip bir inanç veya din özgürlüğü hakkını temsil etmektedir.³⁰⁴ Buna ek olarak, Madde 4/3 vicdani ret hakkını korumaktadır. Ne Madde 4/1 ne de 4/2, bu anayasal haklara yasa kaydı şeklinde açık bir

verfassungsunmittelbaren Begrenzungen”, s. 515 vd.

³⁰³ BVerfGE 24, 236 (245) - (Aktion) Rumpelkammer [1968]; BVerfGE 83, 341 (354) - Bahá'í [1991]; BVerfGE 108, 282 (297) - Kopftuch [2003]; Klaus Stern, “Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und des weltanschaulichen Bekenntnisses, die ungestörte Religionsausübung sowie das Recht, den Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/II, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011, s. 925 vd.; Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 379; Hans D. Jarass, “Art. 4”, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 157; Martin Morlok, “Artikel 4”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 565; Ute Mager, “Art. 4”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 324 vd., 343 vd. Axel Freiherr von Campenhausen, “Religionsfreiheit”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 620; Udo Di Fabio, “Art. 4”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023, s. 41 vd.; Juliane Kokott, “Art. 4”, **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 239; Hans Michael Heinig - Martin Morlok, “Von Schafen und Kopftüchern: Das Grundrecht auf Religionsfreiheit in Deutschland vor den Herausforderungen religiöser Pluralisierung”, **JuristenZeitung**, 58. Jahrg., Nr. 15/16, 8. August 2003, pp. 777-785, s. 779-780; Karl-Hermann Kästner - Michael Droege, “Artikel 4”, **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 408 vd.; Hans Hofmann, “Art. 4”, **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 284; Michael Germann, “Art. 4”, **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023, Rn. 13-14. Farklı yönde bkz. Stefan Muckel, **Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung: Die verfassungsrechtlichen Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen**, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, s. 125 vd. Bu yaklaşımı eleştirenler için bkz. Kloepper, **Verfassungsrecht II**, s. 241; Epping - Lenz - Leydecker, **Grundrechte**, s. 180-181.

³⁰⁴ Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 379; Morlok, “Artikel 4”, s. 566-568; Mager, “Art. 4”, s. 324 vd., 343 vd. Aksi yönde bkz. Stern, “Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und des weltanschaulichen Bekenntnisses, die ungestörte Religionsausübung sowie das Recht, den Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern”, s. 918-919.

sınırlama getirmektedir.³⁰⁵ 1949 tarihli Alman Anayasası'na Madde 140³⁰⁶ ile eklenen Weimar Anayasası 136³⁰⁷, 137³⁰⁸, 138³⁰⁹, 139³¹⁰ ve 141³¹¹. maddeleri, din özgürlüğü hakkı bakımından sınırlama teşkil edecek mahiyete sahip olsa da, doktrindeki hâkim

³⁰⁵ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 379; Mager, "Art. 4", s. 338-339; Stern, "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und des weltanschaulichen Bekenntnisses, die ungestörte Religionsausübung sowie das Recht, den Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern", s. 1058.

³⁰⁶ Alman Anayasası Madde 140: "11 Ağustos 1919 tarihli Alman Anayasası'nın 136, 137, 138, 139 ve 141. maddelerinin hükümleri bu Anayasa'nın bir parçasıdır."

³⁰⁷ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 136: Medeni ve sivil haklar ve görevler, dini özgürlüğün kullanılması ile ne koşullandırılır ne de kısıtlanır.

Medeni ve vatandaşlık haklarından yararlanma ve kamu görevlerine kabul edilme dini inançtan bağımsızdır.

Hiç kimse dini inançlarını açıklamak zorunda değildir. Yetkili makamlar, ancak hak ve yükümlülükler buna bağlıysa veya kanunla emredilen bir istatistiksel araştırma bunu gerektiriyorsa, bir dini topluluğa üyeliği sorma hakkına sahiptir.

Hiç kimse dini bir ayin ya da töreni yerine getirmeye, dini törenlere katılmaya ya da dini yemin etmeye zorlanamaz.

³⁰⁸ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 137: Devlet kilisesi yoktur.

Dini topluluklarda örgütlenme özgürlüğü güvence altındadır. İmparatorluk toprakları içinde dini toplulukların birleşmesi herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir.

Her dini cemaat, herkes için geçerli olan yasaların sınırları dahilinde kendi işlerini bağımsız olarak düzenler ve yönetir. Görevlerini devletin ya da sivil toplumun müdahalesi olmaksızın yerine getirir.

Dini topluluklar medeni hukukun genel hükümlerine uygun olarak hukuki ehliyet kazanır.

Dini topluluklar, şimdiye kadar olduğu gibi, kamu hukukuna tabi tüzel kişiler olarak kalırlar. Diğer dini topluluklara, anayasaları ve üye sayıları süreklilik garantisi veriyorsa, talepleri üzerine aynı haklar tanınacaktır. Kamu hukukuna tabi bu tür birkaç dini topluluğun bir araya gelerek bir birlik oluşturması halinde, bu birlik de kamu hukukuna tabi bir tüzel kişilik olur.

Kamu hukuku tüzel kişisi olan dini cemaatler, eyalet hukuku hükümlerine uygun olarak vatandaş vergi listeleri temelinde vergi alma hakkına sahiptir.

Bir dünya görüşünü ortaklaşa geliştirmeyi görev edinen örgütlere dini topluluklarla eşit statü verilir.

Bu hükümlerin uygulanması başka bir düzenleme gerektiriyorsa, bu eyalet yasama organının sorumluluğundadır.

³⁰⁹ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 138: Devletin dini cemaatlere yasa, sözleşme ya da özel yasal unvanlar temelinde yaptığı hizmetler, yerini eyalet mevzuatına bırakır. İmparatorluk bunun ilkelerini belirler.

Dini cemaatlerin ve dini derneklerin, dini, eğitimsel ve hayır amaçlı kurumları, vakıfları ve diğer varlıkları üzerindeki mülkiyet ve diğer hakları güvence altına alınır.

³¹⁰ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 139: Pazar günleri ve devlet tarafından tanınan tatil günleri, dinlenme ve manevi gelişim/(terbiye) günleri olarak yasal olarak korunmaya devam edilir.

³¹¹ 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 141: Orduda, hastanelerde, ceza infaz kurumlarında veya diğer kamu kurumlarında ibadet ve manevi destek ve bakıma ihtiyaç duyulduğu ölçüde, dini cemaatlerin dini faaliyetlerini yerine getirmelerine izin verilmeli ve her türlü zorlamadan kaçınılmalıdır.

görüş³¹² ve FAYM³¹³ bu hükümlerin Alman Anayasası Madde 4 ile üst üste bindiğini belirterek din özgürlüğünün sınırlama kaydı olmadan güvence altına alındığını kabul etmiştir.³¹⁴

Din, vicdan ve kanaat özgürlüğü özellikle kamusal alanda negatif din özgürlüğü ve devletin tarafsızlık yükümlülüğü ile çatışmaktadır. Çoğulcu bir toplumda, bireylerin kamusal alanda başka din, inanç ve ibadetlerle karşılaşmaya tahammül etmesi ve tolerans göstermesi gerekir. Ancak farklı din ve inançların devletin oluşturduğu bir kamusal alanda karşılaşmasında devletin tarafsızlık yükümlülüğü devreye girmektedir. Bu durum, negatif din özgürlüğü hakkı sahiplerine bir kaçınma alanı verilmesini gerektirir. Pozitif din özgürlüğü ile negatif din özgürlüğü/devletin tarafsızlık yükümlülüğü devletin oluşturduğu bir kamusal alanda memurlardan birisinin pozitif din özgürlüğünü kullanması sebebiyle çatıştığında ise bu normatif standartlar değişmektedir. Burada hakkın koruma standardı büyük ölçüde bireye/bireyin inançlarına bırakılmaktadır. Pozitif din özgürlüğünün kullanımını teşkil eden ilgili davranış, bireyin inancı uyarınca dini bir zorunluluk/farz teşkil ediyorsa, ilgili davranışın sınırlanması için korunan yasal menfaatlere (negatif din özgürlüğü/devletin tarafsızlığı) yönelen somut tehlikenin söz konusu olması gerekir. Ancak bu davranış dini bir zorunluluktan/farzdan kaynaklanmıyorsa, soyut tehlike ile bu davranış sınırlanabilir. Dini bir zorunluluktan/farzdan kaynaklanan davranışta, kaçınılabilirlik kriterinin uygulanması da söz konusu olmamaktadır.

³¹² Morlok, "Artikel 4", s. 587 vd.; Misera-Lang, **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, s. 46 vd.; Michael Brenner, "Staat und Religion", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 59, Berlin, Walter de Gruyter, 2000, s. 290-291; Kloepper, **Verfassungsrecht II**, s. 252; Heinig - Morlok, "Von Schafen und Kopftüchern", s. 780-781. Farklı yönde bkz. Jarass, "Art. 4", s. 166; Kokott, "Art. 4", s. 239; Christian Starck, "Artikel 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 509 vd.; Karl-Hermann Kästner, "Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit? Über das Verhältnis der Religions und Weltanschauungsfreiheit zum Geltungsanspruch des allgemeinen Rechts", **JuristenZeitung**, 53. Jahrg., Nr. 20, 16. Oktober 1998, pp. 974-982, s. 982; Kästner - Droege, "Artikel 4", s. 408; Sachs, **Verfassungsrecht II**, s. 348; Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 379-380; Di Fabio, "Art. 4", s. 42-43. Aksi yönde bkz. Stern, "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und des weltanschaulichen Bekenntnisses, die ungestörte Religionsausübung sowie das Recht, den Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern", s. 1063.

³¹³ BVerfGE 32, 98 (107-108) - Gesundheitsbeter [1971]; BVerfGE 33, 23 (30-31) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³¹⁴ Papier, "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", s. 379; Mager, "Art. 4", s. 319; Stern, "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und des weltanschaulichen Bekenntnisses, die ungestörte Religionsausübung sowie das Recht, den Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern", s. 1061 vd. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Kingreen - Poshcer, **Grundrechte**, s. 181.

Burada, çatışan anayasal haklar (3.1.2.6.1.2.) ile çatışan anayasal değerler (3.1.2.6.1.1.) arasında ayırım yaparak vakaları incelemek daha yerinde olacaktır.

3.1.2.6.1.1. Çatışan Diğer Anayasal Değerler

Çatışan diğer anayasal değerlere ilişkin temel kararlardan olan *Vicdani Ret* vakası (3.1.2.6.1.1.1.) ve *Dini Sebeplerle Yemini Reddetme* vakası (3.1.2.6.1.1.2.) incelenecektir.

3.1.2.6.1.1.1. Vicdani Ret Kararı

Vicdani Ret kararında³¹⁵, şikâyetçiler, askerlik hizmeti için çağrıldıktan sonra, vicdani retçi olarak tanınmak için başvuruda bulunmuş ve bu konuda henüz bir karar verilmediği sırada şikâyetçilerin silahlı hizmet yapmaları gerekmiş ve bunu reddettikleri için şikâyetçiler disiplin cezası almıştır.³¹⁶ FAYM yukarıda belirtilen formülü oluşturduktan sonra³¹⁷, sınırlama kaydı bulunmayan bir anayasal hak olan vicdani ret hakkının (Madde 4/3) sınırını anayasal bir değer olan ordunun fonksiyonelliği ile sınırlamıştır. Henüz tanınmamış olan vicdani retçinin menfaati, tanınma ile ilgili nihai karara kadar orduda hizmet verme ihtiyacı ve disiplini koruma ihtiyacı ile karşı karşıyadır. Bu koşullar altında, askeri görevlerini yerine getirebilmesi gereken silahlı kuvvetlerin iç yapısının güvenliği, vicdani retçinin vicdani kararıyla ilgili olarak herhangi bir baskıya maruz kalmama menfaati karşısında tartılmalıdır. FAYM, ordunun kuruluşu ve fonksiyonelliği değerini, Alman Anayasası'ndaki 12a, 73, 87a maddelerine dayanarak bir anayasal değer olarak belirlemiştir.³¹⁸

Askerlerin izinsiz olarak görev yapmayı reddetmesi önemli bir belirsizlik ve dolayısıyla silahlı kuvvetlerin her zaman ve tam olarak operasyonel hazırlığına yönelik bir tehlike anlamına gelmektedir. Operasyonel hazırlığın zayıflamasıyla birlikte devletin güvenliği de tehlikeye girebilir. Nitekim bu vakada şikâyetçilerin henüz vicdani retçi olarak tanınmamış olmaları kararın sonucunu belirleyen temel etken olarak ele alınmıştır. Zira vicdani retçi olarak tanınan kişiler ile vicdani retçi olarak tanınmayan kişilerin ordunun fonksiyonelliğine etkileri farklıdır. İlk durumda, birlik komutanlığı buna önceden hazırlanabilir ve hazırlanmalıdır. Ancak ikinci durumda bu mümkün değildir.³¹⁹ Kişilerin vicdani retçi olarak tanınmaları sürecinde, kişilerden kısa bir geçiş dönemi için şimdiye kadar verdiği hizmeti sürdürmesini beklemek makuldür. Her

³¹⁵ BVerfGE 28, 243 - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³¹⁶ BVerfGE 28, 243 (244 vd.) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³¹⁷ BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³¹⁸ BVerfGE 28, 243 (261) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³¹⁹ BVerfGE 28, 243 (261-262) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

halükârda ise henüz tanınmamış olsa bile vicdan ret prosedürüne başvuran kişi, bu süreç içerisinde yasal olarak bağlayıcı bir tanınmaya kadar, vicdani kanaatine aykırı bir savaş eyleminde başka bir kişiyi öldürmek için zorlanmaz.³²⁰

FAYM'a göre, şikâyetçilerin davranışlarının kabahat olarak değerlendirilmesi Alman Anayasası Madde 4/3'ü ihlal etmemektedir. Çünkü şikâyetçilerin her ikisi de hizmet etmeyi reddettikleri veya disiplin cezası aldıkları sırada yasal olarak vicdani retçi olarak tanınmamışlardır. Disiplin cezasının en ağırı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi, Alman Anayasası Madde 4/3 için bir sorun teşkil etmez.³²¹

3.1.2.6.1.1.2. Dini Sebeplerle Yemin Reddi Kararı

Dini Sebeplerle Yemin Reddi vakasında³²², bir Protestan papazın tanık olarak dinlendiği duruşmada, Matta incilindeki Mesih'in sözlerine³²³ dayanarak yemin etmeyi reddetmesi dolayısıyla hakkında para cezasına hükmedilmesi konu edinilir.³²⁴ FAYM bu vakada anayasal hakların yorumunda topluma açıklık ilkesini de benimseyerek dini sebeplerle yemini reddetmeyi Alman Anayasası Madde 4/1'de düzenlenen din ve inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirdikten sonra³²⁵, sınırlama kaydı bulunmayan bu anayasal hakkı sınırlayabilecek bir anayasal değer olarak yargının fonksiyonelliği değerini tespit etmiştir. Yemin etmeyi reddetmesi ile şikâyetçi, ilke olarak devletin müdahalesine kapalı olan *forum internum*'u terk eder ve devlet topluluğunun adaletin etkili bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla tüm vatandaşlara temelde yüklediği bir görevle çatışır.³²⁶ FAYM, bu anayasal değeri, Alman Anayasası Madde 92'ye dayandırır.³²⁷

Bireysel durumlarda yasal yemin etme yükümlülüğünden muafiyet,

³²⁰ BVerfGE 28, 243 (262) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³²¹ BVerfGE 28, 243 (263) - Dienstpflichtverweigerung [1970].

³²² BVerfGE 33, 23 - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³²³ Matthäus 5, 33-37: "Oysa ben size diyorum ki, hiç ant içmeyin: Ne gök üzerine, çünkü orası Tanrı'nın tahtıdır; ne yer üzerine, çünkü orası O'nun ayak taburesidir; ne de Yeruşalim üzerine, çünkü orası Büyük Kral'ın kentidir... 'Evet'iniz evet, 'hayır'ınız hayır olsun. Bundan fazlası Şeytan'dandır." (*Ich aber sage euch: Schwöret überhaupt nicht! Weder bei dem Himmel, denn er ist Gottes Thron; noch bei der Erde, denn sie ist seiner Füße Schemel; noch bei Jerusalem, denn sie ist des großen Königs Stadt... Es sei aber eure Rede: Ja, ja! Nein, nein! Was aber mehr ist als dieses, ist aus dem Bösen.*) Ayrıca bkz. Fritz Rienecker, "Das Evangelium des Matthäus", *Wuppertaler Studienbibel*, Ed. by Fritz Rienecker - Werner de Boor, Witten, R. Brockhaus, 2005, s. 93-94.

³²⁴ BVerfGE 33, 23 (24 vd.) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³²⁵ BVerfGE 33, 23 (28-30) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³²⁶ BVerfGE 33, 23 (30-31) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³²⁷ BVerfGE 33, 23 (32) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

yükümlülüğün dayandığı standardın genel geçerliliğini ortadan kaldırmaz. Devlet, temel hakkın güvencesini yerine getirirken, devletin emri ile inancın emri arasında kaçınılmaz bir çatışmayı çözmek için sadece bir istisnaya izin verir ve bu da ilgili kişinin özerk bir kişilik olarak entelektüel ve ahlaki varoluşunu etkiler. İnanç ve dünya görüşü konularında devletin hoşgörülü olması gerekliliği, sayı bakımından önemli olmayan azınlıklar ve mezhepler için geçerlidir.³²⁸ Anayasa'nın değerler sisteminde yeri olan yargının/adaletin etkin bir şekilde yerine getirilmesine yönelik toplumsal menfaat, münferit bir davada yeminin kabul edilebilirliğine karşı olan inanca dayalı bir kararın kabul edilmesiyle zedelenmez. Yasa koyucunun gerçeği bulmanın bir aracı olarak vazgeçilmez gördüğü bir tanık beyanının doğruluğunun teyidi, mutlaka "yemin" kelimesinin kullanıldığı bir yemin şeklinde olmak zorunda değildir. Yasama organının amacına göre, Tanrıyı açıkça zikretmeden yapılan yeminin, aşkın referanslarında tanıklara hitap eden herhangi bir dini anlamı kalmadığı için, kişiler veya kişi grupları için aynı derecede önemli başka bir onaylama onun yerini alabilir.³²⁹

Yasama organı, Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 66e ve Medeni Usul Kanunu Madde 484 ve diğer normlarda, özel kanunla yemin yerine belirli onaylama formlerini kullanmalarına izin verilen belirli dini toplulukların üyelerinin, bu tür bir onaylamayı, aynı ceza tehdidiyle, kendi başına öngörülen yeminin yerine eşdeğer olarak savunmalarına izin vermektedir. Bununla, dini çatışmaların sadece "seküler" yeminle ilgili olarak düşünülebileceğini değil, aynı zamanda adaletin idaresine zarar vermeden de kabul edilebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Ancak, münferit mezhepler lehine belirtilen bu hükümler, Alman Anayasası Madde 4/1'in gerekliliklerine tam olarak uymamaktadır. Anayasa'ya göre, "mezhep ayrıcalığı" artık daha yüksek bir makam tarafından dini bir topluluğa tanınan bir ayrıcalık olarak gerekçelendirilemez. Aksine, inanç özgürlüğü hakkı, ne dini topluluklara üyeliğe ne de yasal olarak tanınmaya bağlı olduğundan, bireysel olarak verilen dini bir karar nedeniyle yemin edemeyeceğini düşünen tüm vatandaşlar yemin etme yükümlülüğünden muaf tutulmalıdır.³³⁰ FAYM bu gerekçelere dayanarak yargı makamlarının şikâyetçinin Alman Anayasası Madde 4/1'den kaynaklanan din ve inanç özgürlüğü tanımada başarısız olduğunu kabul etmiş ve ihlal kararı vermiştir.³³¹

³²⁸ BVerfGE 33, 23 (32) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³²⁹ BVerfGE 33, 23 (32-33) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³³⁰ BVerfGE 33, 23 (33) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

³³¹ BVerfGE 33, 23 (33-35) - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972].

3.1.2.6.1.2. Çatışan Anayasal Haklar

Madde 4'te düzenlenen din ve inanç (vicdan) özgürlüğünü, çatışan anayasal haklar da sınırlar. İçtihat hukukunda, din özgürlüğü ile çatışan anayasal hak genel olarak yine din özgürlüğü olmuştur. Burada çoğu vakada pozitif din özgürlüğü ile negatif din özgürlüğü çatışmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle *Okul Duacısı* vakası (3.1.2.6.1.2.1.) sonra ise *İsa'lı Haç* vakası (3.1.2.6.1.2.2.) incelenecektir.

3.1.2.6.1.2.1. Okul Duacısı Kararı

*Okul Duacısı*³³² vakası, zorunlu devlet okullarında din dersi dışında okul duasının kabul edilebilirliği sorunuyla ilgilidir. Bu vakada, şikâyetçilerden birisi, okul duasının yasaklanmasına karşı anayasa şikâyetinde bulunurken, diğer şikâyetçi başvuruları sonrasında okul duasının yasaklanmamasına karşı anayasa şikâyetinde bulunmuştur.³³³ Alman Anayasası Madde 4/1, ebeveynlerin çocuklarına doğru olduğunu düşündükleri dini veya ideolojik inançları aktarma hakkını da içermektedir.³³⁴ Mevcut anayasa şikâyetine konu olan okul duası, yerleşik inançlar çerçevesinde belirli bir mezhepsel inancı savunan Hristiyan inancına dayalı mezhepler arası (ekümenik) bir Tanrı yakarışını temsil eder. Bu bağlamda dua, Anayasa Madde 4/1 ve 1919 tarihli Weimar Anayasası Madde 136/4 ile bağlantılı olarak Alman Anayasası Madde 140 uyarınca, hiç kimsenin katılmak zorunda olmadığı dini bir ibadettir.³³⁵

FAYM ayrıca okul duasının hangi ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilebileceğini belirlemiştir. Buna göre, okul duası, okul eğitimi anlamında dersin bir parçası olmadığından, zorunlu bir müfredatın parçası olamaz. Alman Anayasası Madde 4'ün ve Madde 140 ile bağlantılı olarak Weimar Anayasası Madde 136/4'ün bir gereği olarak tamamen gönüllülük esasına dayanarak uygulanması zorunludur. Bu sadece öğrenciler için değil, aynı zamanda okul duasının gerçekleştirildiği her sınıfın öğretmeni için de geçerlidir. Bu nedenle, okul duası emirlere dayanarak yapılamaz, ancak okul idaresi, okul yönetimi, ilgili sınıfın öğretmeni, öğrencilerin kendileri veya yasal velilerinden gelen -nihayetinde bağlayıcı olmayan- önerilere dayanabilir. Okul duası, ders için ayrılan süre içinde, örneğin ilk dersin başlangıcından hemen sonra veya son dersin bitiminden hemen önce yapılabileceği gibi, ders süresinin dışında da yapılabilir. Sınıfta veya birkaç sınıf ya da tüm okul için birlikte yapılabilir; öğretmen duayı başlatabilir,

³³² BVerfGE 52, 223 - Schulgebet [1979].

³³³ BVerfGE 52, 223 (224 vd.) - Schulgebet [1979].

³³⁴ BVerfGE 52, 223 (236) - Schulgebet [1979].

³³⁵ BVerfGE 52, 223 (238) - Schulgebet [1979].

söyleyebilir veya tamamen öğrencilerin yapmasına izin verebilir.³³⁶

FAYM, burada devletin okullarda din dersleri dışında belirtilen anlamda dini bir uygulama ve bir “okul etkinliği” olarak dua edilmesine izin vermesini pozitif din özgürlüğü, diğer bir deyişle kişinin inancını kamuya açık bir şekilde ifade etme özgürlüğü olarak belirlemiştir.³³⁷ Ancak en başından itibaren devlet, okul duasını reddeden diğer veli ve öğrencilerin negatif din özgürlüğüne karşı pozitif din özgürlüğünü dengelemektedir. İlke olarak bu denge, öğrencilerin ve öğretmenlerin gönüllü olarak katılımını garanti altına alarak sağlanır. Bir okulun bir bütün olarak karakterini belirleyen ve eğitim hedeflerine ve dolayısıyla dersin bir parçasını temsil ettikleri için tüm öğrenciler için bağlayıcı olan müfredata dahil edilen Hristiyan-dinsel referansların aksine, okul duası bağlayıcı talimatın bir parçası değil, buna ek olarak gönüllü bir okul etkinliğidir. Katılımın tamamen gönüllü olması koşuluyla, federe yönetimlerin zorunlu bir seküler okulda dini unsur olan “okul duasına” izin vermeleri, herhangi bir anayasal itiraza yol açmamaktadır.³³⁸ Dolayısıyla FAYM, burada dengeyi sağlayacak temel kriteri, okulda gerçekleştirilen dua uygulamasına gönüllü olarak katılma veya katılmama olarak belirlemiştir.

Farklı düşünen bir öğrencinin veya yasal vasisinin itirazı, ancak karşı çıkan öğrencinin okul duasına katılımı konusunda özgürce ve zorlama olmaksızın karar verme hakkı güvence altına alınmadığı takdirde okul duasının kabul edilemezliğine yol açabilir. Bununla birlikte, kural olarak, bir öğrenci makul bir şekilde katılımdan kaçınabilir, böylece duaya katılmamaya özgürce karar verebilir. Bu vakada, öğrenci dua edilirken sınıftan uzak durabilir, örneğin sadece dua bittikten sonra sınıfa girebilir veya dersin sonunda kapanış duasını söylemeden önce sınıftan çıkabilir. Farklı düşünen öğrenci dua sırasında sınıfta kalabilir, ancak dua etmeyebilir; dua eden sınıf arkadaşlarının aksine, yerinde oturmaya devam edebilir.³³⁹ Kabul etmek gerekir ki, bu alternatiflerin her biri, okulda dua edildiğinde, ilgili öğrencinin davranışını dua eden diğer öğrencilerden farklılaştırmaktadır. Bu durum, özellikle de farklı düşünen tek bir öğrenci söz konusu olduğunda geçerlidir: bu öğrenci tüm sınıf arkadaşlarından gözle görülür bir şekilde farklı davranmaktadır. Bu vurgu, söz konusu kişiyi kaçınılmaz olarak dışarıda bırakacak ve sınıf topluluğu karşısında ayrımcılığa uğramasına neden

³³⁶ BVerfGE 52, 223 (239-240) - Schulgebet [1979].

³³⁷ BVerfGE 52, 223 (240-241) - Schulgebet [1979].

³³⁸ BVerfGE 52, 223 (241) - Schulgebet [1979].

³³⁹ BVerfGE 52, 223 (248) - Schulgebet [1979].

olacaksa, alternatif alanlar bu kişi için mantıksız olabilir. Aslında sınıftaki öğrencinin konumu, belirli etkinliklere katılmayarak muhalif inançlarını alenen ortaya koyan yetişkin vatandaşından çok daha farklı ve zordur. Bu durum özellikle, etrafındakilerle olan ilişkisinde kendi konumunu eleştirel bir şekilde ortaya koyma yetisine pek sahip olmayan küçük yaştaki okul çocuğu için geçerlidir; genel olarak, okuldaki dua meslesinde, kendisi tarafından değil, bir yandan yasal vasileri, diğer yandan diğer öğrencilerin ebeveynleri veya öğretmenler tarafından karşılanan bir çatışmanın içine yerleştirilir.³⁴⁰

Bununla birlikte, okul duasından kaçınmanın, kural olarak ya da sadece önemli sayıda vakada bile, farklı düşünen öğrenciyi tasvir edilen mantıksız yabancı konumuna ittiği varsayılmaz. Duanın hangi genel koşullar altında edilmesi gerektiği, öğretmene bu konuda düşen görevler ve okul alanındaki gerçek koşullar göz önünde bulundurulduğunda, duaya katılmayan bir öğrenciye karşı ayrımcılık yapılmasından korkmak için hiçbir neden yoktur.³⁴¹ Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kural olarak, okul duasına katılmayan öğrenci için tehdit edici, ayrımcı ve dışlayıcı bir konum göz ardı edilebilir. Her halükârda, okul duasından kaçınmanın farklı düşünen öğrenci için mantıksız ve ayrımcı olduğu varsayılmaz. Aksine, farklı düşünen öğrenci için temel hakların ihlaline yol açacak makul olmayan bir durumun ortaya çıkmayacağı varsayılabilir.³⁴² Öte yandan, farklı düşünen bir öğrencinin psikolojisinde hiç de azımsanmayacak bir bozulmanın meydana gelebilecek istisnai durumların olabileceği de tamamen göz ardı edilemez. Zihinsel olarak özellikle dengesiz bir öğrencinin, öğretmenlerin hoşgörü anlamında gevşetebilecek durumda olmadığı, sertleşmiş cephelele karakterize edilen hoşgörüsüz bir okul atmosferinde, istisnai bir duruma zorlandığı ve bu özel durumda, istisnai durumun nedenini ortadan kaldırmaktan, yani okul duasından tamamen vazgeçmekten başka bir seçenek bırakmadığı düşünülebilir. Okul duasının kabul edilmeye devam edilmesi yoluyla anayasal hakların ihlaline yol açan böyle bir durumun gerçek ön koşullarının mevcut olup olmadığı, münferit davada verilecek karara bırakılmalıdır.³⁴³ Bu sebeplerle FAYM, okul duasına itiraz eden şikâyetle ihlal bulmamıştır. FAYM'ın bu sonuca ulaşmasını sağlayan temel kriter ise negatif din özgürlüğüne müdahalede bireyin sahip olduğu kaçınılabilirlik alanıdır. Her

³⁴⁰ BVerfGE 52, 223 (248-249) - Schulgebet [1979].

³⁴¹ BVerfGE 52, 223 (249 vd.) - Schulgebet [1979].

³⁴² BVerfGE 52, 223 (252-253) - Schulgebet [1979].

³⁴³ BVerfGE 52, 223 (253) - Schulgebet [1979].

ne kadar çocuğun bu çatışmadan kaçınmayı kullanması ile belirli ölçüde negatif din özgürlüğü zarar görse de, bunun pozitif din özgürlüğüne ağır basacak nitelikte olduğu kabul edilmemiştir.

3.1.2.6.1.2.2. İsa'lı Haç Kararı

Diğer bir karar da *İsa'lı Haç*³⁴⁴ kararıdır. Bu vaka, Bavyera eyaletindeki ilkokul sınıflarına haç ya da İsa'lı haç işaretlerinin asılmasıyla ilgilidir. Beş şikâyetçiden dördü, Rudolf Steiner'in öğretileri doğrultusunda antroposofik dünya görüşünü³⁴⁵ benimsemekte ve çocuklarını bu doğrultuda eğitmektedirler. Üçüncü şikâyetçi en büyük kızları okula başladığından beri, çocuklarının devam ettiği sınıflara haçların ve daha sonra vücutsuz haçların yerleştirilmesine itiraz etmişlerdir. Bu sembollerin, özellikle de "ölmekte olan bir erkek bedeni" tasvirinin, çocukları üzerinde Hristiyanlık anlamında bir etki yarattığını ve bunun eğitim fikirlerine, özellikle de dünya görüşlerine ters düştüğünü iddia etmektedir.³⁴⁶

FAYM öncelikle din özgürlüğü hakkının kapsamına ve sağladığı korumaya ilişkin temel ilkeleri belirlemiştir. Alman Anayasası Madde 4/1 inanç özgürlüğünü korumaktadır. Buna göre, bir inancın lehinde ya da aleyhinde karar vermek devletin değil bireyin meselesidir. Devletin herhangi bir inanca ya da dine ilişkin emirleri veya yasakları bulunamaz. Bununla birlikte, inanç özgürlüğü sadece bir inanca sahip olma özgürlüğünü değil, aynı zamanda kişinin kendi inançlarına göre yaşama ve hareket etme özgürlüğünü de içerir. Özellikle inanç özgürlüğü, bir inancın öngördüğü veya ifadesini bulduğu ritüellere/ibadetlere katılımı güvence altına alır. Aynı zamanda, paylaşılmayan bir inancın ritüellerinden/ibadetlerinden uzak durma özgürlüğünü de güvence altına alır. Bu özgürlük, bir inanç veya dinin temsil edildiği semboller için de geçerlidir. Madde 4/1, hangi dini sembollerini tanıyıp tapınacağına ve hangilerini

³⁴⁴ BVerfGE 93, 1 - Kruzifix [1995].

³⁴⁵ Antroposofik dünya görüşü, insan aklının ruhani dünyalarla temas kurma yeteneğine sahip olduğu önermesine dayanan felsefedir. Steiner, saf düşünce tarafından kavranabilen ancak yalnızca tüm insanlarda gizil olarak bulunan bilgi yetileri tarafından tamamen erişilebilen ruhani bir dünyanın varlığını varsaymıştır. İnsanoğlunun başlangıçta rüya benzeri bir bilinç aracılığıyla dünyanın ruhani süreçlerine katıldığını ileri sürmüştür. Steiner, gelişmiş bir bilincin ruhani dünyaları yeniden algılayabileceğini iddia ettiği için, duylardan bağımsız bir ruhani algılama yetisi geliştirmeye çalışmıştır. Bu amaçla 1912 yılında Antroposofi Derneği'ni kurmuştur. Şu anda merkezi İsviçre'nin Dornach kentinde bulunan cemiyetin dünya çapında şubeleri bulunmaktadır. Bkz. Amy Tikkanen, "Anthroposophy", **Britannica Encyclopedia of World Religions**, Ed. by Jacob E. Safra - Jorge Aguilar-Cauz, Chicago, Encyclopedia Britannica, 2006, s. 61. Ayrıca bkz. Peter Staudenmaier, "Between Occultism and Fascism: Anthroposophy and the Politics of Race and Nation in Germany and Italy, 1900-1945", **Cornell University**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

³⁴⁶ BVerfGE 93, 1 (2 vd.) - Kruzifix [1995].

reddedeceğine karar verme yetkisini bireye bırakmaktadır. Farklı inançlara yer veren bir toplumda, yabancı inanç beyanlarından, ritüellerden ve dini sembollerden kaçınma hakkı yoktur. Ancak bu, bireyin belirli bir inancın, bu inancın tezahür ettiği eylemlerin ve temsil edildiği sembollerin etkisinden kaçınma imkânı olmaksızın maruz kaldığı, devlet tarafından yaratılan bir durumdan ayırt edilmelidir.³⁴⁷

Bununla birlikte, Madde 4/1, devletin bireylerin veya dini toplulukların inançlarına, eylemlerine ve temsillerine müdahale etmesini engellemekle sınırlı değildir. Aksine, aynı zamanda, ideoloji ve din alanında kişiliklerini geliştirebilecekleri bir faaliyet alanına sahip olmalarını sağlama ve onları diğer inançların taraftarlarının saldırılarına veya engellemelerine karşı koruma veya rakip dini grupları koruma görevini de yükler. Madde 4/1, bireylere ve dini topluluklara inançlarını devlet desteğiyle ifade etme hakkı vermez. Aksine, devletin farklı din ve mezheplere karşı tarafsızlığı ilkesi Madde 4/1'deki inanç özgürlüğünden kaynaklanmaktadır. Farklı ve hatta karşıt dini ve ideolojik inançlara sahip kişilerin bir arada yaşadığı bir devlet, ancak kendisi de inanç meselelerinde tarafsızlığını koruduğu takdirde barış içinde bir arada yaşamayı garanti edebilir. Bu nedenle, kendi isteğiyle bir toplumdaki dini barışı tehlikeye atmamalıdır. Dini grupların üye sayısı veya sosyal uygunluğu önemsizdir. Devlet daha ziyade çeşitli dini ve ideolojik topluluklara eşitlik ilkesi temelinde muamele edilmesini sağlamalıdır. Onlarla birlikte çalıştığı veya onları teşvik ettiği durumlarda bile, bu durum belirli dini cemaatlerle özdeşleşmeye yol açmamalıdır.³⁴⁸ Bu bağlamda, çocukların dini ve ideolojik bir bakış açısıyla yetiştirilmesi hakkı, Madde 6/2 ile bağlantılı olarak Madde 4/1'in kapsamında yer alır.³⁴⁹

FAYM burada, Alman Anayasası Madde 7/1'den kaynaklanan devletin eğitim yükümlülüğünün sınırlama kaydı olmayan negatif din özgürlüğünü sınırlayabileceğini belirtir. Bununla birlikte bu başlık altında büyük ölçüde çatışan negatif din özgürlüğü ile pozitif din özgürlüğü kapsamında bir değerlendirme yapar. FAYM'a göre, bir anayasal hakkın farklı özneleri arasındaki ve bu anayasal hak ile anayasal olarak korunan diğer menfaatler arasındaki bu çatışma, çatışan hukuki konumlardan birinin tercih edilmemesini ve azami ölçüde savunulmamasını, ancak hepsinin pratik uyum (praktische Konkordanz)³⁵⁰ ya da olabildiğince dikkatli/ölçülü bir uyumlulaştırma

³⁴⁷ BVerfGE 93, 1 (15-16) - Kruzifix [1995].

³⁴⁸ BVerfGE 93, 1 (16-17) - Kruzifix [1995].

³⁴⁹ BVerfGE 93, 1 (17) - Kruzifix [1995].

³⁵⁰ Konrad Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, s. 27, 127 vd.

(*möglichst schonenden/angemessenen Ausgleich*)³⁵¹ ile çözülmesini gerektirir.³⁵²

Böyle bir denge, devletin Alman Anayasası Madde 7/1 ile verilen eğitim görevini yerine getirirken dini ve ideolojik referanslardan tamamen vazgeçmesini gerektirmez. İnanç özgürlüğünü kapsamlı bir şekilde güvence altına alan ve böylece dini ve ideolojik tarafsızlık taahhüdünde bulunan bir devlet, toplumsal uyumun dayandığı ve kendi görevlerini yerine getirmesinin de bağlı olduğu kültürel olarak temellenmiş ve tarihsel olarak kökleşmiş değer inançlarını ve tutumlarını bir kenara bırakamaz. Hristiyan inancı ve Hristiyan kiliseleri, bugünkü mirasları nasıl değerlendirilirse değerlendirilsin, olağanüstü bir etkileme gücüne sahip olmuştur. Devlet, kendisine kadar uzanan düşünce geleneklerine ve davranış kalıplarına kayıtsız kalamaz. Bu durum özellikle, toplumun kültürel temellerinin öncelikle aktarıldığı ve yenilendiği okullar için geçerlidir. Buna ek olarak, ebeveynleri çocuklarını devlet okullarına göndermekle yükümlü kılan devlet, dini eğitim almak isteyen ebeveynlerin dini özgürlüklerini de göz önünde bulundurabilir. Alman Anayasası Madde 7/5'te devlet ideolojik veya mezhepsel okullarına izin vererek, din dersini düzenli bir ders olarak sağlayarak ve aynı zamanda dini inancın aktif bir şekilde uygulanmasına alan bırakarak bunu kabul etmiştir.³⁵³

Ancak çoğulcu bir toplumda zorunlu devlet okulları tasarlanırken tüm eğitim fikirlerinin tam olarak dikkate alınması mümkün değildir. Özellikle, din özgürlüğünün negatif ve pozitif boyutları, tek ve aynı devlet kurumunda kolayca gerçekleştirilemez.³⁵⁴ Buradan, bireyin Alman Anayasası Madde 4/1'i okul çerçevesinde kısıtlama olmaksızın kullanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Negatif ve pozitif din özgürlüğü arasındaki kaçınılmaz gerilimi hoşgörü gerekliliğini göz önünde bulundurarak çözmek, kamusal karar alma sürecinde herkes için makul olan bir uzlaşma aramak zorunda olan yasama organının sorumluluğundadır. Yasama organı kendi düzenlemesinde, bir yandan Madde 7'nin okul sisteminde dini ve ideolojik etkilere izin verdiği, diğer yandan da Madde 4'ün belirli bir okul türüne karar verirken dini ve ideolojik kısıtlamaların mümkün olduğunca ortadan kaldırılmasını gerektirdiği gerçeğine dayanabilir. Her iki hüküm birlikte ele alınmalı ve yorumlanmaları eşgüdümlü olmalıdır çünkü

³⁵¹ Peter Lerche, **Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit**, Köln, Heymann, 1961, s. 125 vd., 153.

³⁵² BVerfGE 93, 1 (21) - Kruzifix [1995].

³⁵³ BVerfGE 93, 1 (21-22) - Kruzifix [1995].

³⁵⁴ BVerfGE 93, 1 (22) - Kruzifix [1995].

ancak iki maddede korunan yasal çıkarların uyumu ile anayasaya uygunluk sağlanabilir.³⁵⁵

FAYM, dini bir eğitim istemeseler bile çocuklarını yetiştirirken bu okuldan kaçınamayacak olan veliler için yasama organının devlet ilkokullarının organizasyonuna Hristiyan referanslar getirmesinin kesinlikle yasak olmadığı sonucuna varmıştır. Hristiyanlığın onaylanması, inancın belirli gerçeklerine değil, biçimlendirici kültürel ve eğitsel faktörün tanınmasına işaret eder. Kültürel bir faktör olarak Hristiyanlık, farklı düşünenlere karşı hoşgörü fikrini de içerir. Her halükârda, Hristiyanlıktan etkilenmiş bir dünya görüşüyle karşı karşıya kalmaları, bir inanç endokrinasyonu değildir. Madde 4'ün gereklilikleri uyarınca dini-dünya görüşü alanında özerk kişiliğin gerçekleştirilmesi için çaba sarf etmek olduğu sürece, Hristiyan olmayan dünya görüşlerinin ayrımcı bir şekilde değersizleştirilmesine yol açmaz.³⁵⁶

Sınıflara haç takılması, okulun dini ve ideolojik yöneliminin sınırlarını aşmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi haç, Hristiyanlık inançlarına olan özel referansından arındırılamaz ve Batı kültürel geleneğinin genel bir işaretine indirgenemez. Bu sembolün zorunlu devlet okullarında sınıflara yerleştirilmesi, Hristiyan mezhebine bağlı okulların söz konusu olmadığı sürece, Alman Anayasası Madde 4/1 ile bağdaşmamaktadır.³⁵⁷ Sınıflara haç yerleştirilmesi, Hristiyan inancına mensup veli ve öğrencilerin pozitif din özgürlüğü ile de gerekçelendirilemez. Pozitif din özgürlüğü, sadece Hristiyan olanlar için değil, tüm ebeveynler ve öğrenciler için geçerlidir. Ortaya çıkan çatışma çoğunluk ilkesine göre çözülemez, çünkü inanç özgürlüğü hakkı özellikle azınlıkları korumayı amaçlamaktadır. Ayrıca, Alman Anayasası Madde 4/1, anayasal hak sahiplerine inançlarını devlet kurumları çerçevesinde sınırsız bir şekilde uygulamaya hakkı vermemektedir. Okul, anayasaya uygun olarak din dersi, okul duası ve diğer dini etkinlikler gibi uygulamalara yer verdiği sürece, bunlar gönüllülük ilkesine dayanmalı ve farklı düşünenlere makul, ayrımcı olmayan kaçınma alanları sunmalıdır. Farklı düşünenlerin varlığından ve gerekliliğinden kaçınamayacağı haçların sınıflara asılması için durum böyle değildir. Sonuçta, farklı düşünenlerin duygularını/düşüncelerini tamamen bastırmak pratik uyum gerekliliğiyle bağdaşmaz.³⁵⁸ FAYM, bu sebeple müdahaleye dayanak teşkil eden yasa ve düzenlemeleri iptal etmiştir.³⁵⁹

³⁵⁵ BVerfGE 93, 1 (22-23) - Kruzifix [1995].

³⁵⁶ BVerfGE 93, 1 (23) - Kruzifix [1995].

³⁵⁷ BVerfGE 93, 1 (23-24) - Kruzifix [1995].

³⁵⁸ BVerfGE 93, 1 (24) - Kruzifix [1995].

³⁵⁹ BVerfGE 93, 1 (25) - Kruzifix [1995].

FAYM'ın bu konuda özellikle müdahale edilen negatif din özgürlüğü hak sahiplerine tanınan kaçınma alanına göre karar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte bu karar, pratik uyum ilkesini yerine getiremediği için eleştirilmiştir.³⁶⁰ Nitekim kaçınabilirlik ilkesi, özellikle dini sembollerin memurlar ve kamu görevlileri tarafından kullanılması halinde de bir rol oynamıştır. Ancak bu kararlar büyük ölçüde yukarıda iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisi çerçevesinde ele alındığından³⁶¹, burada tekrara gerek görülmemiştir.

3.1.2.6.2. Madde 5/3: Sanat Özgürlüğü Hakkı

Alman Anayasası Madde 5/3, sanat özgürlüğü hakkını ve bilim özgürlüğü hakkını güvence altına alır. Sanat özgürlüğünün kapsamı, hem sanat alanı olarak adlandırılan bir sanat eserinin fiilen yaratılmasını, hem de etki alanı olarak adlandırılan sanat eserinin umuma arzını/üçüncü kişilere ulaştırılmasını içerir.³⁶² Bu her iki alan özellikle performans sanatlarında çakışır.³⁶³ Bir sanat eserinin tanıtımı koruma altındadır.³⁶⁴ Bir sanat eserinden ekonomik olarak faydalanılması, yani gelir elde edilmesi ise kural

³⁶⁰ Winkler, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen**, s. 367.

³⁶¹ Bkz. **Bölüm 3.1.2.3.**

³⁶² *BVerfGE* 30, 173 (189) - Mephisto [1970]; *BVerfGE* 67, 213 (224) - Anachronistischer Zug [1984]; *BVerfGE* 119, 1 (21-22) - Roman Esra [2007]. Ayrıca bkz. Friedrich Müller, **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, s. 97 vd., 103 vd.

³⁶³ *BVerfGE* 77, 240 (254) - Herrnburger Bericht [1987]; Christian Starck - Andreas L. Paulus, "Artikel 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018, s. 694; Klaus Stern, "Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011, s. 632-633; Rupert Scholz, "Art. 5 Abs. 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig, 87. EL, München, C. H. Beck, 2019, s. 131; Hans D. Jarass, "Art. 5", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011, s. 220; Fabian Wittreck, "Artikel 5 III", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 775; Andreas von Arnould, "Freiheit der Kunst", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, s. 1132; Friedhelm Hufen, "Kunstfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, s. 817-818.

³⁶⁴ *BVerfGE* 77, 240 (251) - Herrnburger Bericht [1987]; Stern, "Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft", s. 635; Scholz, "Art. 5 Abs. 3", s. 116-117; Herbert Bethge, "Art. 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, s. 331; Jarass, "Art. 5", s. 220; Kerstin von der Decken, "Art. 5", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, s. 349; Rudolf Wendt, "Art. 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 482; Hufen, "Kunstfreiheit", s. 818; von Arnould, "Freiheit der Kunst", s. 1132; Bernhard Kempen, "Art. 5 Abs. 3", **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023, Rn. 171.

olarak korunmaz.³⁶⁵ Sanatı genel olarak tanımlamanın imkansızlığına rağmen, her bir özel durumda korumanın kapsamını belirlemek gerekir. Nitekim FAYM'ın kararlarında sanat için kapsayıcı/çerçeve bir tanıma rastlanmaktadır:³⁶⁶

“Sanatsal faaliyetin özü, sanatçının izlenimlerinin ve deneyimlerinin belirli bir biçimsel dil aracılığıyla doğrudan hayata geçirildiği özgür yaratıcı tasarımdır. Tüm sanatsal faaliyetler, rasyonel olarak çözümlenemeyen bilinçli ve bilinçdışı süreçlerin iç içe geçmesidir. Sanatsal yaratımda sezgi, hayal gücü ve sanatsal anlayış birlikte çalışır; bu öncelikle bir iletişim değil, sanatçının bireysel kişiliğinin bir ifadesi ve hatta en doğrudan ifadesidir.”³⁶⁷

Bununla birlikte, FAYM'ın sanat ile ilgili tek tanımı bu değildir. FAYM'ın biçimsel sanat tanımı, biçimsel ve tipolojik açıdan belirli bir eser türünün gerekliliklerini yerine getiren, sözgelimi resim, heykel veya şiir yazma faaliyeti ve sonuçlarıyla bağlantılı olan eserler de sanat olarak değerlendirilebilir.³⁶⁸ FAYM, üçüncü olarak açık uçlu bir sanat tanımı yapmıştır. Buna göre, sanatsal bir ifadenin karakteristik özelliği, ifade içeriğinin çeşitliliği nedeniyle, sürekli yorumlama yoluyla temsilden giderek daha geniş kapsamlı anlamlar çıkarmanın mümkün olması ve böylece pratik olarak tükenmemesidir.³⁶⁹

“Yüksek seviyedeki” sanat ve “düşük seviyedeki” sanat veya “iyi” ve “kötü” sanat arasında bir ayırım yapılması, devletin anayasal olarak kabul edilemez içerik kontrolünü ifade eder.³⁷⁰ Ancak FAYM, daha önce de incelenen³⁷¹ *Zürich Spreycisi* kararında³⁷², sanat özgürlüğü hakkının kapsamını, diğer anayasal haklar (mülkiyet hakkı)

³⁶⁵ BVerfGE 31, 229 (239) - Schulbuchprivileg [1971]; Jarass, “Art. 5”, s. 220; Kempen, “Art. 5 Abs. 3”, Rn. 171; Scholz, “Art. 5 Abs. 3”, s. 116-117.

³⁶⁶ Bu yönde bkz. Starck - Paulus, “Artikel 5”, s. 692; Stern, “Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft”, s. 626 vd.; Jarass, “Art. 5”, s. 220; Bethge, “Art. 5”, s. 331; Scholz, “Art. 5 Abs. 3”, s. 111 vd.; Wittreck, “Artikel 5 III”, s. 771-772; Frank Fechner, “Artikel 5”, **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019, s. 634-635; Wendt, “Art. 5”, s. 478-479; Hufen, “Kunstfreiheit”, s. 814 vd.; von der Decken, “Art. 5”, s. 349; Kempen, “Art. 5 Abs. 3”, Rn. 157 vd.; Hafize Tunçay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul, Legal, 2019, s. 21-23. Aksi yönde bkz. von Arnould, “Freiheit der Kunst”, s. 1116-1118; Korkut Kanadoğlu, “Sanat Özgürlüğü”, **Hukuk ve Sanat**, Ed. by Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 185; Bilge Bingöl, “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sayı 2, 2011, pp. 92-139, s. 114.

³⁶⁷ BVerfGE 30, 173 (188-189) - Mephisto [1970]. Aynı yönde bkz. BVerfGE 67, 213 (226) - Anachronistischer Zug [1984]; BVerfGE 119, 1 (20-21) - Roman Esra [2007].

³⁶⁸ BVerfGE 67, 213 (226-227) - Anachronistischer Zug [1984].

³⁶⁹ BVerfGE 67, 213 (227) - Anachronistischer Zug [1984].

³⁷⁰ BVerfGE 75, 369 (377) - Strauß-Karikatur [1987].

³⁷¹ Bkz. **Bölüm 1.3.1.1.2.1. ve Bölüm 1.3.1.1.2.**

³⁷² BVerfG, NJW, 1984, pp. 1293-1295 - Auslieferung des “Sprayers von Zürich” an die Schweiz.

üzerinde tasarrufta bulunmama gerekliliği ile tahdit etmiştir.³⁷³ Yine de din özgürlüğünde olduğu gibi sanat özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde de topluma açıklık ilkesi geçerlidir.³⁷⁴ Nitekim FAYM'ın son dönem kararlarında³⁷⁵, *Zürich Spreycisi* kararındaki içtihadını terk ettiği görülmektedir.

Eser alanı ile etki alanı arasında net bir sınır çizilemediğinden, sınırlanabilirlik alanı bakımından keskin bir kademelendirme teorisi uygulanabilir gözükmemektedir.³⁷⁶ Ancak her halükârda, bir müdahaleden eser alanı ne kadar çok etkilenirse, sanat özgürlüğü hakkını sınırlama olanağı da o kadar dar olur.³⁷⁷ Her durumda, somut olayda hangi yasal menfaatin öncelikli olduğunu belirlemek için münferit bir değerlendirilmenin yapılması gerekmektedir. Pratik uyuşumun yaratılması, söz konusu engellerin her zaman sanat özgürlüğü ışığında yorumlanmasını gerektirir, böylece çatışan anayasal değerler arasında olabildiğince dikkatli/ölçülü olan bir uyuşum bulunabilir.³⁷⁸ Söz konusu dengeleme bağlamında, sanatsal özgürlüğün mümkün olan en iyi şekilde gelişmesine yardımcı olmak için her şeyden önce sanat eserinin “esere uygun bir şekilde yorumlanması” gerekmektedir.³⁷⁹

FAYM'ın sanat özgürlüğü hakkı bakımından verdiği kararlarda, sanata özgü koruma standartlarına, özellikle kurgu ve hicive ilişkin önemli belirlemeler yer almaktadır. Gerçek olaylardan esinlenen kurgusal bir eser söz konusu olduğunda, karakterlerin tanınabilirliği/yabancılaştırılma derecesi, tasvir ve betimlemelerin zarar verici niteliği ve yazar ile rol model alınan kişi arasındaki ilişkinin niteliği ve yazarın deneyimlerinin etkisi belirleyici olmaktadır. Hiciv söz konusu olduğunda ise sanatsal eserin hiciv üslubu ile gerçek ifadesi arasında bir ayırım yapılması gerekir. Hiciv üslubunun

³⁷³ BVerfG, *NJW*, 1984, pp. 1293-1295, s. 1294 - Auslieferung des “Sprayers von Zürich” an die Schweiz.

³⁷⁴ Wolfram Höfling, **Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, s. 127 vd.

³⁷⁵ BVerfGE 142, 74 (104) - Sampling [2016]; BVerfG, *NJW*, 2021, pp. 1939-1941, s. 1940 - Kein Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit bei Veränderung eines Grabmals.

³⁷⁶ BVerfGE 77, 240 (254) - Herrnburger Bericht [1987]; Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 385.

³⁷⁷ BVerfGE 77, 240 (253 vd.) - Herrnburger Bericht [1987]; Bethge, “Art. 5”, s. 331-332; Scholz, “Art. 5 Abs. 3”, s. 130-131; Jarass, “Art. 5”, s. 223; Starck - Paulus, “Artikel 5”, s. 701; von Arnould, “Freiheit der Kunst”, s. 1138 vd. Krş. Stern, “Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft”, s. 693-694. Aksi yönde bkz. Hufen, “Kunstfreiheit”, s. 817-818.

³⁷⁸ BVerfGE 30, 173 (191) - Mephisto [1970]; Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 385.

³⁷⁹ BVerfGE 83, 130 (148) - Josefine Mutzenbacher [1990]; Papier, “Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte”, s. 385-386.

sertliği önemli bir etken teşkil etmemektedir. Burada esas önemli olan husus, hiciv kisvesinin kaldırılmasından sonra elde edilen gerçek ifadenin kişilik hakkını ihlal edip etmediğidir.

Burada önce sanat özgürlüğü hakkını sınırlandırabilecek diğer anayasal değerler (3.1.2.6.2.1.) ve akabinde çatışan anayasal haklar (3.1.2.6.2.2.) ele alınacaktır.

3.1.2.6.2.1. Çatışan Diğer Anayasal Değerler

Çatışan diğer anayasal değerler ile ilgili olarak *Herrnburg Raporu* vakası (3.1.2.6.2.1.1.) ve *Federal Bayrak* vakası (3.1.2.6.2.1.2.) incelenecektir.

3.1.2.6.2.1.1. Herrnburg Raporu Kararı

Herrnburg Raporu kararında³⁸⁰, şikâyetçiler, Bertolt Brecht tarafından yazılan ve Paul Dessau tarafından müziği yapılan ve yasaklı Özgür Alman Gençliği'ne (*Freien Deutschen Jugend*/FDJ) ithaf edilen "Herrnburg Raporu" (*Herrnburger Bericht*) adlı oyunun, üzerinde FDJ üniformalı bir adamın gösterildiği reklam/tanıtım afişlerini astıktan sonra, anayasaya aykırı bir örgütün işaretlerini kullanmaktan (Ceza Kanunu Madde 86a) mahkûm edilmiştir. Şikâyetçiler oyun öncesinde de FDJ tişörtleri giyerek bir nöbet tutmuşlardır.³⁸¹

"Herrnburg Raporu" adlı oyunun ve reklam/tanıtım afişlerinin Alman Anayasası Madde 5/3 tarafından güvence altına alınan sanat özgürlüğü hakkının kapsamında olduğuna karar verdikten sonra³⁸², FAYM, buradaki afişle gerçekleştirilen tanıtım/reklam faaliyetinin etki alanı içerisinde yer aldığını belirlemiştir.³⁸³ FAYM, öncelikle eser alanı-etki alanı kademelendirmesini gerçekleştirmiştir. Buna göre, eser alanına düşen menfaatler, etki alanının kapsamındaki menfaatlere göre daha az sınırlandırılabilir. Buna ek olarak, sanatın fiilen yaratılması, doğası gereği (*Natur der Sache*), üçüncü kişilerin haklarını veya diğer önemli hukuki menfaatleri zedelemeye, dış etkiler talep eden sanat eserinin umuma arzına göre genellikle daha az elverişlidir.³⁸⁴ Ancak buradan hareketle, sanat özgürlüğünün kısıtlanmasında eser alanı ile etki alanını birbirinden ayıran, eser alanı için yalnızca anayasal olarak korunan hukuki menfaatlerin bir sınır teşkil edebileceğini ve etki alanı için ise Anayasa tarafından korunan yasal menfaatlere dayandırılması gerekmeyen genel hukuk düzeni kaydını öngören bir teori geliştirmek mümkün değildir. Nitekim bazı sanatsal ifadelerde eser ve etki alanların çakışması,

³⁸⁰ BVerfGE 77, 240 - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸¹ BVerfGE 77, 240 (241 vd.) - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸² BVerfGE 77, 240 (250 vd.) - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸³ BVerfGE 77, 240 (251-252, 253) - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸⁴ BVerfGE 77, 240 (253-254) - Herrnburger Bericht [1987].

iki alan arasındaki geçişlerin genellikle akışkan olması, etki alanının sanat türüne bağlı olarak değişmesi, sanat türünün çok farklı anlamlara sahip olması ve sanatı umuma/üçüncü kişilere arz eden eylemlerin sanat alanı ile olan bağı, böyle keskin bir kademelendirmeyi engeller.³⁸⁵

Ancak bundan, Madde 5/3 kapsamına giren tüm davranışların aynı korumayı gerektirdiği sonucu çıkmaz. Kuşkusuz bu davranışlar farklı “dış etkilere” sahip olabilir; bu nedenle, söz konusu davranış/menfaat sanat özgürlüğünün özüne ne kadar yakınsa ve yaratıcılık alanında ne kadar fazla yer alıyorsa, devletin müdahalesine o kadar az izin verilir. Buradan, sanat özgürlüğünün eser alanında etki alanından daha fazla önceliğe sahip olduğuna dair gerçek bir varsayım çıkar. FAYM tarafından geliştirilen ilkeler göz önünde bulundurularak, söz konusu spesifik faaliyetin bu şekilde sınırlanıp sınırlanamayacağı her münferit olayda ayrı bir şekilde belirlenmesi gerekir. İnceleme standardı, eylemin eser alanına mı yoksa etki alanına mı girdiğine bakılmaksızın her durumda aynı kalır. Vakanın somut koşulları, dış etkinin derecesi ve söz konusu umuma arzın sanatın yaratımına yaptığı referansının gücü, sadece anayasal olarak korunan menfaatlerin ağırlıklandırılmasını ve dolayısıyla tartımın sonucunu etkiler.³⁸⁶

FAYM ayrıca “anayasanın korunması” anayasal değerinin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlanmasında soyut olarak belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. Sınırlama kaydı olmadan güvence altına alınmış bir anayasal hakkın sınırlanmasını “anayasanın korunması” veya ceza sisteminin fonksiyonelliği ile gerekçelendirmek yeterli değildir. Böyle genel bir değerlendirme, bu anayasal özgürlüğün yüksek statüsüne ve Alman Anayasası’nın anayasal düzeyde korunması için yalnızca çok özel hükümler sağladığı gerçeğine uygun düşmeyecektir. Bu nedenle, Alman Anayasası’nın münferit hükümleri temelinde, suçun koşullarının gerçekçi bir değerlendirmesi yapıldığında, Madde 5/3’te yer alan hakkın kullanılmasıyla çatışan, anayasa kapsamında korunan somut yasal menfaatlerin belirlenmesi ve bunların bu anayasal hakla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Alman Anayasası Madde 9/2 uyarınca dernek yasağı, Madde 21/2 uyarınca parti yasağı ve Madde 18 uyarınca temel hakların etkisizleştirilmesine ilişkin düzenlemeler ve bu hükümlerle izlenen amaç burada dikkate alınmaktadır, ancak aynı zamanda söz konusu anayasal hakka konu olan davranışların ve bunların sonuçlarının engellenmeden kabul edilmesiyle tehlikeye

³⁸⁵ BVerfGE 77, 240 (254) - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸⁶ BVerfGE 77, 240 (254-255) - Herrnburger Bericht [1987].

girebilecek üçüncü kişilerin anayasal hakları da dikkate alınmaktadır.³⁸⁷

Her iki şikâyetçinin de itiraz ettiği farklı derece mahkemeleri ise böyle bir değerlendirme yapmamıştır, çünkü derece mahkemeleri oyunun reklamının/tanıtımının en başından itibaren sanat özgürlüğü hakkının kapsamında olmadığına karar vermiştir. Bu kararlarda, asılan afişin kendisi sanatsal bir nitelik kazanmadığından, mahkemelerin tespiti büyük bir hata içermektedir. Afiş kampanyasının propagandasını yapmaya hizmet ettiği “Herrnburg Raporu” performansının -burada belirleyici olan sanat eserinin- çatışan menfaatlerin değerlendirilmesine dahil edilmediği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Yerel mahkeme, ceza normunun koruyucu amacını sanat özgürlüğü önünde aşılmaz bir engel olarak ilan etmiştir. Bu bakımdan derece mahkemelerinin gerçekleştirdiği denetim sanat özgürlüğünün gerekliliklerini karşılamamıştır. Derece mahkemeleri, burada anayasal olarak korunan menfaatlerin, münferit davanın koşulları ve hakkın kapsamında yer alan davranışın tehdit ettiği değerlerin gerçekçi bir değerlendirmesini tartması gerekirken, bu tartımı gerçekleştirmemiştir. Dolayısıyla yargılamada gerçekleştirilen bu büyük hata, Alman Anayasası Madde 5/3’te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkının ihlaline yol açmıştır.³⁸⁸

3.1.2.6.2.1.2. Federal Bayrak Kararı

Burada incelenmesi gereken diğer bir karar da *Federal Bayrak*³⁸⁹ kararıdır. Bu vakaya konu olan ise anti-militarist düzyazı ve şiir koleksiyonu olan bir kitabın arka kapağında yer alan iki fotoğraf kolajıdır. İllüstrasyonun alt yarısı, askerlerin federal bir bayrağı uzanmış bir şekilde tuttuğu bir ordu yemin töreninin siyah-beyaz bir fotoğrafından oluşmaktadır. Arka planda bir kışla binası görülmekte, önünde federal bayrakla süslenmiş bir kürsü bulunmakta ve kürsüde başka bir asker durmaktadır. Bu bina ile kışla arasında bir bayrak direği bulunmaktadır. Kışla binasının üzerindeki gökyüzü, kolajın üst yarısını oluşturan renkli fotoğrafın arka planını oluşturmaktadır. Fotoğrafta, kışla çatısının arkasında bir dev gibi yükselen, gömlek ve pantolon giymiş, dizlerinden kalçalarına kadar uzanan bir erkek gövdesi görülmektedir. Pantolonun açık fermuarı, işeme pozisyonundaki adamın sağ eliyle kapatılmaktadır. Elin arkasından sarı bir idrar akıntısı çıkmakta ve fotomontaj aracılığıyla alttaki resimde yayılmış olan bayrağa doğru yönlendirilmektedir. Bayrağın altındaki zeminde sarı bir idrar birikintisi tasvir edilmektedir. Bu derleme kitabın editörü olan şikâyetçilerden ilki, Ceza Kanunu

³⁸⁷ BVerfGE 77, 240 (255) - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸⁸ BVerfGE 77, 240 (255-258) - Herrnburger Bericht [1987].

³⁸⁹ BVerfGE 81, 278 - Bundesflagge [1990].

Madde 90a/1 uyarınca federal bayrağa hakaret ettiği gerekçesiyle 90 günlük 50 Alman Markı para cezasına mahkûm edilmiştir.³⁹⁰ Bir dergi editörü olan ikinci şikâyetçi ise bu fotoğrafları işlemiş ve bu fotoğrafları çıkartma olarak dergiye yerleştirmiştir. İkinci şikâyetçi ise Ceza Kanunu Madde 90a/1 uyarınca federal bayrağa hakaret ettiği gerekçesiyle 30 günlük 30 Alman Markı para cezasına mahkûm edilmiştir.³⁹¹

FAYM öncelikle yargı organının gerçekleştirdiği müdahalede sanat özgürlüğü hakkı bakımından incelemesine ilişkin temel ilkeleri belirlemiştir. Buna göre, şikâyetçinin sanat özgürlüğüne başvurduğu eylemlerin cezai yaptırıma tabi tutulması durumunda, FAYM sadece suç teşkil eden ifadenin/yaşam alanının anayasal hakkın kapsamına girip girmediğini ve itiraz edilen kararda bu kapsamın temelde doğru bir şekilde tanınıp tanınmadığını incelemekle kalmaz; aynı zamanda derece mahkemelerinin eseri sanatın doğasında var olan yapısal özellikler temelinde değerlendirip değerlendirmedini, yani “esere uygun” standartları uygulayıp uygulamadığını ve bu temelde sanat için belirlenen sınırları ayrıntılı olarak doğru bir şekilde çizip çizmediğini de inceler. Bunun nedeni, FAYM’ın müdahale yetkisinin sınırlarını bir yandan derece mahkemelerinin kararlarının şikâyetçinin alanını etkileme yoğunluğuyla, diğer yandan da ilgili anayasal hakkın özel önemiyle uyumlu hale getirmesidir. Anayasa altı mevzuatın yorumlanmasında ve ifadenin veya sanat eserinin yorumlanmasında yapılan münferit hatalar bile anayasal hakkın yanlış ağırlıklandırılmasına yol açabilir. Bu tür hataların ceza davalarında doğurabileceği ciddi sonuçlar nedeniyle, FAYM’ın en azından bu davalarda daha yoğun bir denetim yapması kaçınılmazdır. Devlet müdahalesinin burada yaratabileceği korkutucu/(caydırıcı) etki göz önünde bulundurulduğunda, bu yaşam alanına ilişkin özgürlüğün özü itibarıyla etkilenmemesi için özellikle etkili bir anayasal denetimin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.³⁹²

FAYM, her iki fotoğrafın da FAYM’ın sanat için belirlediği kriterleri karşıladığını kabul etmiştir. FAYM öncelikle fotoğrafın artık gelenekselleşmiş bir güzel sanat biçimi olduğunu belirtmiştir. İçerik bakımından ise tasvirin saldırgan niteliği, onu bir sanat eseri olma niteliğinden mahrum bırakmaz. Sanat, üslup ya da standart bakımından devletin kontrolüne tabi değildir.³⁹³ Bu fotoğrafların hicivsel bir şekilde işlenip yeniden umuma arzı da sanat özgürlüğü hakkının kapsamındadır.³⁹⁴ Mahkeme şikâyetçilerin

³⁹⁰ BVerfGE 81, 278 (280 vd.) - Bundesflagge [1990].

³⁹¹ BVerfGE 81, 278 (285 vd.) - Bundesflagge [1990].

³⁹² BVerfGE 81, 278 (289) - Bundesflagge [1990].

³⁹³ BVerfGE 81, 278 (291) - Bundesflagge [1990].

³⁹⁴ BVerfGE 81, 278 (291-292) - Bundesflagge [1990].

bu vakada korunan davranışlarının etki alanının kapsamına düştüğünü belirlemiştir.³⁹⁵ Akabinde Mahkeme, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkı sınırlandıran anayasal değeri belirlemiştir. Buna göre, Alman Anayasası Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğünün sınırını yalnızca çatışan anayasal haklar değil, diğer anayasa maddelerinde korunan anayasal değerler de oluşturur. Zira düzenli bir insan birlikteliği sadece vatandaşların hak ve menfaatlerinin karşılıklı olarak dikkate alınmasını değil, aynı zamanda en başta anayasal hakların korunmasının etkinliğini sağlayan işleyen bir devlet düzenini de gerektirir. Bu bakımdan diğer anayasal menfaatlerin sanatsal özgürlüğün kullanımı ile çatıştığı tüm durumlarda, çatışan ve eşit derecede anayasal olarak korunan menfaatler arasında bir dengenin bulunması gerekir. Nitekim FAYM bu dengelemenin anayasal normların soyut değeri ile değil, vakanın somut koşulları çerçevesinde yapılacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda, sınırlama kaydı bulunmayan bir anayasal hakkı sınırlandıran anayasal değer de somut bir şekilde belirlenmesi gerekir.³⁹⁶ Şikâyetçinin cezasının dayandırıldığı Ceza Kanunu Madde 90a/1, Almanya Federal Cumhuriyeti bayrağını bir devlet sembolü olarak korumaktadır. Bu koruma anayasaya dayanmaktadır. Ancak bu, doğrudan ya da münhasıran Alman Anayasası Madde 22/2'den³⁹⁷ çıkarılamaz. Bu maddenin normatif ifadesi ulusal renklerin tanımlanmasıyla sınırlıdır. Bununla birlikte, bu hüküm, devletin kendini temsil etmek için bu tür sembollerini kullanma hakkını öngördüğü ölçüde bunun ötesine geçen bir anlama sahiptir. Bu sembollerin amacı, vatandaşın devlete yönelik duygularına hitap etmektir. Anayasa, bayraktan da kaynaklanan bu etkiyi basitçe kabul etmez. Özgür bir devlet olarak Federal Cumhuriyet, vatandaşlarının bayrakta sembolize edilen temel değerlerle özdeşleşmesine çok daha fazla bağlıdır. Bu anlamda korunan değerler, Alman Anayasası Madde 22'de öngörülen ulusal renkleri yansıtmaktadır. Bunlar özgür demokratik temel düzeni temsil etmektedir.³⁹⁸ Federal bayrağın bu anlamı, sanat özgürlüğünü bu ceza normunun sınırlayabileceğinin kabulüyle sonuçlanır. Bayrak, somutlaştırdığı devlet hedefleri aracılığıyla önemli bir entegrasyon/bütünleştirme aracı olarak hizmet ediyorsa, onu aşağılamak iç barış için gerekli olan devlet otoritesini zedeleyebilir. Aynı zamanda, devlet sembollerinin devleti temelde karakterize eden şeyleri temsil ettikleri ölçüde anayasal korumadan yararlandıkları sonucuna varılmaktadır.

³⁹⁵ BVerfGE 81, 278 (292) - Bundesflagge [1990].

³⁹⁶ BVerfGE 81, 278 (292-293) - Bundesflagge [1990].

³⁹⁷ Alman Anayasası Madde 22/2: Federal bayrak siyah, kırmızı ve altın rengindedir.

³⁹⁸ BVerfGE 81, 278 (293) - Bundesflagge [1990].

Ancak Madde 5/1'in gerçekleştirdiği koruma ile çelişebilecek bir sembolün devlet tarafından yaratılması da anayasa uyarınca engellenmiştir.³⁹⁹

FAYM, derece mahkemelerinin incelemelerinin Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü ile Madde 22'ye atfedilebilen ve esasında maddi anayasadan elde edilebilen bayrağın korunması arasında sağlanması gereken anayasal dengeyi sağlamadığı kanaatine ulaşmıştır. Derece mahkemeleri fotoğrafları, söz konusu eser temelinde/esere uygun bir şekilde değerlendirmemiş ve bunun neticesinde değerlendirmelerinin sonucu etkilenmiştir. FAYM, bu kolajın bir karikatür olarak sınıflandırılabilceğini ve bu bakımdan hicivli bir temsil içerebileceğini kabul etmiştir. Abartmak, çarpıtmak ve yabancılaştırmak bu sanat türünün karakteristik özelliği olduğundan, hukuki değerlendirme ve gerçek içeriğinin belirlenebilmesi için "söz ve görüntü" olarak seçilen hiciv kisvesinin kaldırılmasını gerektirir. Ancak bu hiciv kisvesi kaldırıldıktan sonra, gerçek içeriğin Ceza Kanunu Madde 90a/1 anlamında bir suç teşkil edip etmediği incelenmelidir.⁴⁰⁰ Ancak yerel mahkeme bu gereklilikleri karşılamamıştır. Yerel Mahkeme, kolajın, bayrağa işeme temsili ile ifade edilen federal bayrağa karşı saygısızlık duygusunun sanatsal tasarımını temsil ettiği görüşündedir.⁴⁰¹ Halbuki karikatür öncelikle anti-militarist ve ancak o ölçüde devlet karşıtı bir eğilime sahiptir. Devlet töreni olan askerlerin yemin etmesine ya da ant içmesine karşıdır ve dolayısıyla askerlik hizmetini reddetmeyi ifade eder. Karikatürde bir devlet sembolünün değersiz bir şekilde ele alındığı doğrudur. Ancak bu, genel olarak devlete veya bir bütün olarak anayasal düzene saldırı amacı taşımamaktadır. Devlet sadece askerlik hizmetinin tesis edilmesinden sorumlu olduğu ve askerlerin askere alınmasında kendi sembollerinin kullanılması yoluyla bu hizmete özel bir meşruiyet kazandırdığı ölçüde saldırıya hedef olmaktadır. İfadenin bu özü, törende kullanılan devlet sembolünün üzerine işeyen adam tarafından hicivleştirilmiş ve yabancılaştırılmıştır.⁴⁰²

Hicivsel yabancılaştırma gerçek içeriğinden daha fazla özgürlüğe sahip olduğundan, yerel mahkemenin karikatürü yanlış yorumlaması anayasanın ihlaline yol açmaktadır. Mahkeme, temsilin bu haliyle, yani ifadesinin özünden bağımsız olarak kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Bununla birlikte, kolajın yanlış anlaşılmasının çatışan anayasal menfaatlerin tartılması sonucunu etkilediği göz ardı

³⁹⁹ BVerfGE 81, 278 (293-294) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰⁰ BVerfGE 81, 278 (294) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰¹ BVerfGE 81, 278 (295) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰² BVerfGE 81, 278 (295) - Bundesflagge [1990].

edilemez. Belirleyici olan, derece mahkemelerinin, suçlanan tasvirin kuşatıcı karakterinin farkında olması halinde, karikatürün aşağılaması sorununu farklı bir şekilde değerlendirebileceğidir.⁴⁰³ Bu bakımdan birinci şikâyetçinin sanat özgürlüğü hakkı ihlal edilmiştir.⁴⁰⁴

İkinci şikâyetçi açısından ise derece mahkemeleri, kolajın hicivsel içeriğini kaldırarak anti-militarist ifadeye ulaşsa da⁴⁰⁵, sanat özgürlüğü hakkı ile onu sınırlandıran anayasal değer arasındaki ilişkiyi belirlemede başarısız olmuştur. Buna göre, yerel mahkeme, sanatsal özgürlüğe getirilen sınırları doğru bir şekilde çizmemiştir. Bu yanlış anlayış, kaçınılmaz olarak ceza normunun koruyucu amacının sanat özgürlüğünün önünde aşılmaz bir engel haline gelmesine yol açmıştır. Derece mahkemeleri, en başından itibaren, çatışan menfaatlerin davayla ilgili bir çözüme kavuşturulmasının yolunu kapatmıştır. Derece mahkemeleri, bireysel davanın koşullarını dikkate alarak gerekli tartımı yapmaksızın, sanat özgürlüğünü geri planda bırakan, ceza normu tarafından korunan menfaatin büyük önemini açıklamakla yetinmiştir. Bu itibarla, ikinci şikâyetçinin sanat özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁴⁰⁶

3.1.2.6.2.2. Çatışan Anayasal Haklar

Mephisto vakası (3.1.2.6.2.2.1.), *Anokranik Tren* vakası (3.1.2.6.2.2.2.), *Strauß Karikatürü* vakası (3.1.2.6.2.2.3.) ve *Esra* vakası (3.1.2.6.2.2.4.), sanat özgürlüğü hakkı bakımından çatışan anayasal hakların tebellür ettiği vakalardır.

3.1.2.6.2.2.1. Mephisto Kararı

Alman anayasa içtihat hukukunda sanat özgürlüğü hakkının sınırlarını daha çok çatışan anayasal haklar oluşturmaktadır. Burada incelenmesi gerekli kararlardan ilki *Mephisto*⁴⁰⁷ kararıdır. Bu vakada, anayasa şikâyeti, merhum aktör ve sanat yönetmeni Gustaf Gründgens'in evlatlık oğlu ve tek mirasçısı tarafından şikâyetçiye, Klaus Mann'ın "*Mephisto Roman eines Karriere*" adlı kitabını kopyalama, dağıtma ve yayınlama yasağı getirilmesine yöneliktir. Daha önce 1939'da Amsterdam'da yayınlanan bu roman, 1956 yılında tekrar yayınlanmıştır. Roman, siyasi inançlarını reddeden ve Nasyonal Sosyalist rejimdeki Almanya'nın yöneticileriyle bir anlaşma içinde sanatsal bir kariyer yapmak için tüm insani ve etik bağlarını bir kenara bırakan son derece yetenekli aktör Hendrik Höfgen'in yükselişini anlatmaktadır. Roman, bu yükselişi

⁴⁰³ BVerfGE 81, 278 (295-296) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰⁴ BVerfGE 81, 278 (296) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰⁵ BVerfGE 81, 278 (296-297) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰⁶ BVerfGE 81, 278 (297-298) - Bundesflagge [1990].

⁴⁰⁷ BVerfGE 30, 173 - Mephisto [1970].

mümkün kılan psikolojik, entelektüel ve sosyolojik koşulları ortaya koymaktadır. Yazarın kayınbiraderi aktör Gustaf Gründgens romandaki Hendrik Höfgen karakteri için bir model olmuştur. Roman karakterinin birçok detayı - fiziksel görünümü, rol aldığı oyunlar ve kronolojik sırası, Prusya Devlet Konseyi'ne (*Staatsrat*) yükselmesi ve Prusya Devlet Tiyatrosu Genel Müdürü olması - Gründgens'in fiziksel görünümü ve özgeçmişiyle örtüşmektedir. Roman aynı zamanda Gründgens'in o dönemdeki çevresinden de yararlanmıştı. Her ne kadar yayınevi tarafından kitabın girişine "Bu kitaptaki tüm karakterler portreleri değil, tipleri temsil ediyor" ibaresi not düşülse de, yazar ilk baskıdan sonraki yazılarında da bu bağlantıyı teyit etmiştir.⁴⁰⁸

FAYM, sanatın yukarıda belirtilen tanımını vererek, sanatın yaşam alanını belirledikten ve hakkın kapsamında yer alan eser ve etki alanlarını birbirinden ayırdıktan sonra⁴⁰⁹, gerçeklerden yola çıkan söz konusu romanın sanatsal niteliğini teyit etmiştir. Buna göre, sanatçı gerçek yaşamdaki olayları betimlese bile, bu gerçeklik sanat eserinde "yoğunlaştırılır". Gerçeklik, ampirik-tarihsel gerçekliğin bağlantılarından ve yasalarından koparılır ve yeni ilişkiler içine sokulur. Bunun için odak noktası "gerçeklik teması" değil, betimleyici tasarımın sanatsal zorunluluğudur.⁴¹⁰ Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkının amacı ve görevi, her şeyden önce sanatın özerkliğine dayanan ve estetik kaygılarla belirlenen süreçleri, davranışları ve kararları kamu otoritesinin her türlü müdahalesinden uzak tutmaktır. Sanatsal yaratım sürecinin özgürce gelişebilmesi için, sanatçının gerçeklikle karşılaşma biçimi ve bu karşılaşmada deneyimlediği süreçleri şekillendirme biçimi sanatçının dışında devlet tarafından belirlenmemelidir. Gerçeklik karşısındaki tutumunun "doğru" olup olmadığına yalnızca sanatçının kendisi karar verebilir. Bu bağlamda, sanat özgürlüğünün güvence altına alınması, sanatsal faaliyetin yöntem, içerik ve eğilimlerini etkilemenin, özellikle de sanatsal tasarım alanını kısıtlamanın veya bu yaratıcı süreç için genel bağlayıcı kurallar koymanın yasaklanması anlamına gelir. Kurgusal sanat eseri için bu durum özellikle, anayasal güvencenin, devletin bağlayıcı kurallar veya değerlendirmeler yoluyla bu özel sanatsal takdir alanını kısıtlamasını yasaklayarak konunun özgürce seçilmesini ve konunun özgürce tasarlanmasını ifade eder. Bu aynı zamanda ve özellikle sanatçının güncel olayları ele aldığı durumlarda da geçerlidir.⁴¹¹

⁴⁰⁸ BVerfGE 30, 173 (174 vd.) - Mephisto [1970].

⁴⁰⁹ BVerfGE 30, 173 (188-189) - Mephisto [1970].

⁴¹⁰ BVerfGE 30, 173 (190) - Mephisto [1970].

⁴¹¹ BVerfGE 30, 173 (190-191) - Mephisto [1970].

FAYM, diğer anayasa maddeleri için öngörülen sınırlama kayıtlarının sınırlama kaydı olmayan anayasal haklara devşirilmesini reddettikten sonra⁴¹², sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları anayasanın kendisinin sınırladığını belirtmiştir. Buna göre, sanat özgürlüğünün güvencesi çerçevesinde dikkate alınması gereken bir çatışmanın, anayasanın değerler sistemine uygun olarak yorumlanması ve bu temel değerler sisteminin bütünlüğü dikkate alınarak çözülmesi gerekir.⁴¹³ FAYM, ölen kişilerin saygınlığının korunmasını Alman Anayasası Madde 1/1'de düzenlenen insan onuruna dayandırdıktan ve vakada kişilik hakkı ile çatışmayı belirledikten sonra⁴¹⁴, vakaya özgü dengelemeye ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Buna göre, kişiliğin korunması ile sanat özgürlüğü hakkı arasındaki çatışmanın çözümünde, yalnızca bir sanat eserinin sanatsal olmayan sosyal alandaki etkilerine odaklanılmaz, aynı zamanda ifadenin sanata özgü yönleri de dikkate alınır. FAYM burada soyut bir şekilde bir yandan sanat özgürlüğünün, insanların genel değer ve saygı talebine üstün olduğunu, diğer yandan toplumsal değer ve saygı talebinin sanat özgürlüğüne üstün olduğunu kabul etmiştir.⁴¹⁵ Bu soyut kategorik dengelemeden sonra, vakaya özgü daha somut bir kategorik dengeleme yapmıştır. Buna göre, sanatsal temsilin gerçek hayattan alınan kişisel verilere dayandırılmasının, temsil edilen kişinin korunan kişisel alanına, sanat eserinin yayınlanmasını engelleyecek kadar ciddi bir müdahale teşkil edip etmeyeceğine ilişkin karar, ancak münferit vakanın tüm koşulları değerlendirildikten sonra verilebilir. Konunun sanatsal tasarımı ve sanat eserinin genel organizasyonu içinde sınıflandırılması ile gerçek orijinal portreden ne kadar bağımsız bir portre çizildiğine ve dolayısıyla bireysel, kişisel-özel olanın ne ölçüde genel, sembolik “figür” lehine nesnelleştirildiğine/yabancılaştırıldığına dikkat edilir. Böyle bir değerlendirme, sanata özgü hususları dikkate alarak, sanatçının “orijinal portrenin” bir “portresini” çizdiğini veya çizmek istediğini gösteriyorsa, burada dikkate alınacak olan, orijinal portrenin sanatsal yabancılaştırmanın derecesi veya bu “kötü temsilin” ilgili kişinin itibarı veya anısı açısından boyutu ve önemidir.⁴¹⁶

FAYM'a göre, itiraz edilen kararlar değerlendirildiğinde, iki anayasal hakkın koruduğu pozisyonların önemi ve kapsamına ilişkin temelde yanlış bir görüşe dayandıkları tespit edilememektedir. Özellikle, kararlar, dengelemeye konu olan ve

⁴¹² BVerfGE 30, 173 (191-193) - Mephisto [1970].

⁴¹³ BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto [1970].

⁴¹⁴ BVerfGE 30, 173 (194) - Mephisto [1970].

⁴¹⁵ BVerfGE 30, 173 (195) - Mephisto [1970].

⁴¹⁶ BVerfGE 30, 173 (195) - Mephisto [1970].

şikâyetçinin dayandığı anayasal hakkın niteliğine ilişkin herhangi bir hatalı yorum ortaya koymamaktadır. Derece mahkemeleri sadece romanın sanatsal olmayan sosyal alandaki etkilerine odaklanmakla kalmamış, aynı zamanda sanata özgü yönlerini de dikkate almıştır. Hendrik Höfgen karakterinin Gründgens'in dış görünüşü ve biyografisiyle birçok ayrıntıda örtüştüğü ayrıntılı bir şekilde görülmektedir. Bu da azımsanmayacak bir okuyucu kitlesinin Gründgens'i Höfgen olarak kolayca tanıyabilmesine yol açmaktadır. FAYM, yazarın, Gründgens'in orijinal "portresinin" olumsuz yönde tahrif edilmiş bir portresini çizdiği yönünde derece mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmeye karşı çıkmak için yeterli neden bulunmadığını belirtmiştir.⁴¹⁷ Bu itibarla, derece mahkemelerinin kopyalama, dağıtma ve yayınlama yasağını ölçülü bulmasının keyfi olmadığını belirten FAYM, kendi ölçülülük değerlendirmesini yapmadan şikâyetçinin Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴¹⁸

3.1.2.6.2.2. Anakronik Tren Kararı

Anayasal hakların çatıştığı diğer bir vaka *Anakronik Tren*⁴¹⁹ vakasıdır. Anayasa şikâyetinin konusu, siyasi sokak tiyatrosu bağlamında hakaret suçundan verilen mahkûmiyet kararının Alman Anayasası Madde 5/3'te yer alan sanat özgürlüğü güvencesine tabi olup olmadığıdır. Bu vakanın bir unsurunu şair Bertolt Brecht'in "Anakronik Tren ya da Özgürlük ve Demokrasi" (*Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy*) şiiri oluşturmaktadır. Bu şiir, harabeye dönmüş bir trenin, üzerinde "Özgürlük" ve "Demokrasi" yazan iki eski levhanın arkasında Almanya'da ilerleyişini anlatır. Korteje katılanlar arasında, çengelleri yapıştırılmış bir haçın altında yürüyen bir papaz; silah endüstrisinin hakimleri; Alman gençlerini kasapların erdemine göre eğitime hakkını savunan öğretmenler; deneyleri için komünistleri çağıran tıp uzmanları; gaz kamplarının planlayıcıları; yüksek makamlardaki "yoksun" Naziler; basın özgürlüğü talep eden "Stürmer" editörleri; tüm "Hitler'leri" beraat ettiren bir yargıç; "çabucak orada olmayan tüm iyiler" yer almaktadır. 1980 federal seçim kampanyası sırasında Brecht'in bu şiiri, CDU/CSU'nun o dönemki şansölye adayı Bavyera Başbakanı Franz Josef Strauss'un siyasi rakipleri tarafından siyasi sokak tiyatrosunun başlangıç noktası olarak kullanılmıştır. "Anavatanı Kurtarmak için Bir Tren ya da Özgürlük ve Demokrasi" başlıklı senaryoya göre Brecht'in şiiri araçlardan ve yayalardan oluşan

⁴¹⁷ BVerfGE 30, 173 (197-199) - Mephisto [1970].

⁴¹⁸ BVerfGE 30, 173 (199-200) - Mephisto [1970].

⁴¹⁹ BVerfGE 67, 213 - Anachronistischer Zug [1984].

bir trene model teşkil etmeli, tren de şiir olmaksızın “bugünün gerçekliğinin bir tasviri” olmalıdır. Ülkede 15 Eylül-4 Ekim 1980 tarihleri arasında yapılacak yolculuk sırasında, kasaba ve şehirlerde oyun sahnelenecek ve şiir de olduğu gibi seslendirilecekti. Bu “anakronik trende” şikâyetçiye, dönemin şansölye adayını son vagona bir yolcu olarak canlandırması ve bu amaçla yüz hatlarını içeren beyaz bir maske takması görevi verilmiştir. Tren, sahne talimatlarına göre dizilmiş ve yasal gerekliliklere uygunluk açısından denetlenmiştir. Son vagon olan veba vagonunun, üst kısmı Heydrich, Hitler, Goebbels, Ley, Himmler ve Göring’i temsil eden altı oyuncak bebeğin görülebileceği şekilde kaldırılmıştır. Şikâyetçi maske takarken yolcu koltuğunda oturmuş ya da ayakta durmuştur. Basın mensuplarının ve polis memurlarının talebi üzerine, defalarca kuklalara bakmış ve “Hitler bir gün ölmeli” yazılı bir döviz kaldırmıştır. Arabada bir hidrolik sistem de çalıştırılmış ve bunun üzerine bebekler ayağa kalkıp ve tekrar oturmuştur. Ancak Brecht’in şiiri söylenmemiştir. Derece mahkemeleri, bu durumu birbirleriyle bağlantılı iki davada suç duyurusunda bulunan ve şikâyetçi aleyhine başlatılan ceza davasına müşteki olarak katılan Bavyera Başbakanı’na hakaret olarak kabul etmiş ve şikâyetçi ile trenin organizatörü olan diğer sanığı para cezasına mahkûm etmiştir.⁴²⁰

Cezai bir yaptırımı olarak mahkûmiyet, medeni hukuktaki men, iptal veya tazminat kararlarından daha büyük bir yoğunluğa sahiptir. Sanat özgürlüğünün güvence altına alınmasının söz konusu olduğu bir davranış için ceza yaptırımı söz konusu olduğunda, özel önemi nedeniyle yasa kaydı olmaksızın güvence altına alınan bu özgürlüğün kullanılması üzerindeki olumsuz etkilerin somut olayın ötesine geçme riski de vardır.⁴²¹ FAYM öncelikle “Anakronik Tren” organizasyonunun, Alman Anayasası Madde 5/3 tarafından korunan sanat özgürlüğü hakkının kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, sanatın yaşam alanını, sanatın doğası tarafından şekillendirilmesi ve sanata özgü yapısal özellikler tarafından belirlenmesi gerektiğini, bu kararında da belirtmiştir.⁴²² Sanat teorisinin nesnel standartlar konusunda herhangi bir uzlaşıdan yoksun olması, sanat hayatının özel bir niteliğiyle de ilgilidir: zira “*avant-garde*”, sanatın sınırlarını genişletmeyi amaçlar. Bu ve sanatçılar ile sanat kuramcılarının katı biçimlere ve katı geleneklere karşı yaygın güvensizliği, sanat alanının saygı duyulması gereken ve sadece geniş bir sanat kavramının uygun çözümlere yol açabileceğini

⁴²⁰ BVerfGE 67, 213 (214 vd.) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²¹ BVerfGE 67, 213 (223) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²² BVerfGE 67, 213 (224 vd.) - Anachronistischer Zug [1984].

gösteren özellikleridir.⁴²³ FAYM burada, Mephisto kararında yaptığı tanımı tekrar etmiş ve bunun üç unsurdan oluştuğunu belirlemiştir: i) yaratıcılık, ii) kişisel deneyimin ifadesi ve iii) biçimin ve anlamın iletişimsel aktarımı.⁴²⁴ FAYM bu vakada, yalnızca Brecht'in şiirinde değil, aynı zamanda bu şiirin imgelere uygulanış biçiminde de yaratıcılık unsuru olduğunu, söz konusu şiir ve icranın bu yaratıcılığa yeterli bir biçime sahip olduğunu ve genel ve kişisel deneyimlerin aktarımının söz konusu olduğunu belirleyerek, "Anakronik Tren"i sanat özgürlüğü kapsamında yer aldığına karar vermiştir.⁴²⁵

FAYM, burada sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkın, Alman Anayasası Madde 1/1 ile bağlantılı olarak Madde 2/1 tarafından korunan kişilik hakkı ile sınırlandırabileceğini belirtir. Burada her iki hak da birbirlerine karşılıklı olarak sınırlar çizer. Bu nedenle, belirli bir vakada, sanat özgürlüğünü dikkate almadan kişilik haklarının zedelenmesini tespit etmek yeterli değildir. Bu zedelenmenin sanat özgürlüğüne ağır baskıyı gerektirecek kadar ciddi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Sanat özgürlüğünün büyük önemi göz önüne alındığında, küçük bir zedelenme veya sadece ciddi bir zedelenme olasılığı yeterli değildir. Elbette, kişilik haklarında gerçekleşen ciddi bir zararı, şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebiliyorsa, bu durum sanat özgürlüğü ile meşrulaştırılmaz.⁴²⁶

Ancak derece mahkemeleri, bu anayasal gereklilikleri karşılayamamıştır. Sanatsal ifadeler yoruma açıktır ve yoruma muhtaçtır. Bu yorumun vazgeçilmez bir unsur da eserin genel görünümüdür. Bu nedenle, bir sanat eserinin münferit parçalarını bağlamlarından koparmak ve suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceklerini belirlemek için ayrı ayrı incelemek sanat özgürlüğünün gerekliliklerine aykırıdır. Yerel mahkemenin kararını, suçlanan olayların gerçek performansın dışında gerçekleştirmesine dayandırması ve Alman Anayasası Madde 5/3'ün uygulanamayacağı sonucuna varması anayasal olarak sakıncalıdır.⁴²⁷ Aynı şekilde bir hakareti belirlerken eserin genel görünümünden değil, sadece son vagonundaki temsilden başlamak anayasal olarak yanlıştır.⁴²⁸

Sanatsal dışavurumlara tamamen yabancı olan bir kişi, sanatı anlamak söz

⁴²³ BVerfGE 67, 213 (224-225) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²⁴ BVerfGE 67, 213 (226) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²⁵ BVerfGE 67, 213 (226) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²⁶ BVerfGE 67, 213 (228) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²⁷ BVerfGE 67, 213 (228-229) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴²⁸ BVerfGE 67, 213 (229) - Anachronistischer Zug [1984].

konusu olduğunda kesinlikle herhangi bir standart belirleyemez. Öte yandan, FAYM burada izleyici kitlesinin sokaktaki insanlardan spontane bir şekilde oluştuğunun altını çizmiştir. Nitekim Mahkeme, yerel mahkemelerin gösteriyi ve şiiri yorumlarken birden fazla/farklı/alternatif şekilde yorumlama imkanını da kaçırdığını ifade eder. Burada, tüm gösteriyi ve şiirin icrasını dikkate almaya istekli olan yoldan geçen bir kişinin “veba arabası” tasvirini nasıl algılayabileceğini sormak yeterlidir.⁴²⁹ Bu durumda, müştekinin Nazi liderleri ile aynı arabada oturduğunu, onlarla eşit tutulduğunu ve onların siyasi hedeflerini temsil ettiğini anlamak mümkün olacaktır.⁴³⁰ Diğer taraftan başka bir izleyici, müştekinin başarısız da olsa nasyonal sosyalizmin vücut bulmuş halleriyle mücadele ettiği sonucuna varabilir. Senaryonun niyetlerini doğrudan ya da dolaylı olarak değerlendirmelerinin ön planına yerleştiren bir izleyici, bu tür bir mücadeleyi benzer bir şekilde görecektir.⁴³¹ FAYM burada birden fazla yorumun söz konusu olabileceğini belirterek, derece mahkemelerinin yalnızca şikâyetçiye cezalandıracak yorumu tercih etmesinin kabul edilemez olduğuna ve bu tutumun Alman Anayasası Madde 5/3’ü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴³²

3.1.2.6.2.2.3. Strauß Karikatürü Kararı

Kişilik hakkı ile çatışmayı ilgilendiren diğer bir vaka da *Strauß Karikatürü*⁴³³ vakasıdır. Anayasa şikâyeti, ceza mahkemesinin hakaret suçundan verdiği mahkûmiyet kararına yöneliktir. Şikâyetçi, Bavyera Başbakanı Franz Josef Strauß’u cinsel olarak aktif bir domuz olarak tasvir eden birkaç karikatür yayınlamıştır. Çizimlerin ilkinde bu domuz, başbakanlık cübbesi giyen bir domuzla çiftleşmektedir. Bir başka karikatürde her iki domuz figürü de -bazen çiftler halinde, bazen de tek tek- farklı cinsel aktiviteler içinde gösterilmiştir. Üçüncü bir çizimde, üçü önlerindeki domuza binen dört domuz görülmektedir. Burada da domuz figürlerinden ikisi Bavyera Başbakanı’nın yüz hatlarını taşımakta, ikisi de yargı cübbesi giymektedir. İlk çizimde şöyle yazmaktadır: “Hiciv her şeyi yapabilir. Rainer Hachfeld de mi?” İkinci çizime eşlik eden bir metin bulunmaktadır: “Kesin olarak doğru çizim nedir, Sayın Savcı?” Yerel mahkemeler, bu karikatürler için şikâyetçiye 100 günlük para cezasına mahkûm etmiştir.⁴³⁴

⁴²⁹ BVerfGE 67, 213 (229-230) - Anachronistischer Zug [1984].

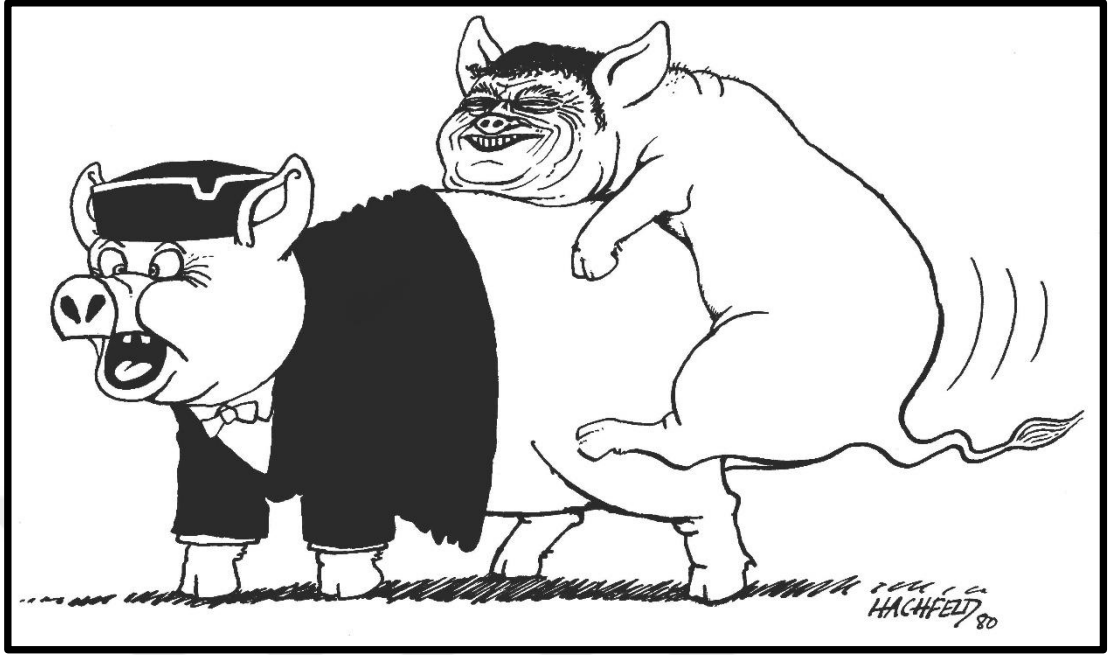
⁴³⁰ BVerfGE 67, 213 (230) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴³¹ BVerfGE 67, 213 (230) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴³² BVerfGE 67, 213 (230) - Anachronistischer Zug [1984].

⁴³³ BVerfGE 75, 369 - Strauß-Karikatur [1987].

⁴³⁴ BVerfGE 75, 369 (369 vd.) - Strauß-Karikatur [1987].



Tablo - 7⁴³⁵

FAYM vakaya konu karikatürlerin, şikâyetçinin izlenimlerini, deneyimlerini ve maceralarını doğrudan hayata geçirdiği özgür yaratıcı tasarımı ile oluşturulduğunu ve bu bağlamda FAYM'ın *Mephisto* kararındaki sanat tanımına uyduğunu belirterek Madde 5/3 kapsamında olduklarını kabul etmiştir.⁴³⁶ Abartılar, çarpıtmalar ve yabancılaştırmalarla çalışmak bu sanat türünün doğasında olduğundan, karikatürlerin hukuki değerlendirmesini ve gerçek içeriğini belirlemek için “kelimeler ve resimlerde seçilen hiciv kisvesinin” çıkarılması gerekir. İfadenin bu çekirdeği, daha sonra karikatürize edilen kişiye saygısızlık içerip içermediklerini görmek için ayrı ayrı kontrol edilmelidir. FAYM, bu kisveyi değerlendirmek için kullanılan standartların, ifadenin özünü değerlendirmek için kullanılanlardan farklı ve genellikle daha az katı olduğunu tekrar vurgulamıştır.⁴³⁷

FAYM, derece mahkemelerinin sanat özgürlüğüne ilişkin anayasal gereklilikleri yeterli şekilde dikkate aldığını belirtmiştir.⁴³⁸ Karikatürlerde yer alan hiciv sanatını ve bu kisvenin altında yer alan gerçek ifadeleri, hakaret nitelikleri bakımından ayrı ayrı incelemiştir. Kararın gerekçelerinin başlangıçta yerel mahkemenin ilk çizimde ifadenin özünü yanlış anladığı, yerel mahkemenin, müştekiyi çiftleşen bir domuza benzetilerek

⁴³⁵ İlk karikatürü gösteren bu resim, <https://www.linkemedienakademie.de/verstoeren-aufrueteln-erschuettern/> (Çevrimiçi: 17.08.2023) web sitesinden alınmıştır.

⁴³⁶ BVerfGE 75, 369 (377) - Strauß-Karikatur [1987].

⁴³⁷ BVerfGE 75, 369 (377-378) - Strauß-Karikatur [1987].

⁴³⁸ BVerfGE 75, 369 (378) - Strauß-Karikatur [1987].

kışkırtıcı bir şekilde gülünç hale getirilmek istendiği için ifadenin özünün hakaret içerdiği şeklinde yanlış değerlendirdiği, ifadenin hiciv üslubu ile özünü karıştırdığı ileri sürülebilir. Ancak kararın diğer gerekçeleri, karikatürlerin esere sadık bir şekilde yorumlandığını göstermektedir. Yerel mahkeme doğru bir şekilde, çizimin müştekinin “yargıyı kendi amaçları için sakıncalı bir şekilde kullandığını” ifade ettiğini ve “kendisine itaat eden bir yargıdan hayvani bir zevk aldığı” anlayışını öne sürdüğünü belirtmektedir. Yerel mahkeme bunu açıkça çizimin özü olarak tanımlamaktadır.⁴³⁹ FAYM ayrıca yerel mahkemenin sanat özgürlüğü hakkı ile kişilik hakkı arasındaki çatışmayı doğru bir şekilde ele aldığını belirtmiştir. Sanat özgürlüğü ile üçüncü kişilerin kişilik hakkı arasındaki gerilim nedeniyle gerekli olan, anayasal haklar tarafından korunan çatışan menfaatlerin dengelenmesi, kaçınılmaz olarak mevcut davada bulduğu sonuca yol açmıştır. Abartıların karikatürler için “yapısal olarak tipik” olduğu ve karikatürize edilen müşteki gibi kamusal hayatta yer alan kişilerin giderek artan bir şekilde kamusal ve hatta hicivsel eleştirilerin hedefi olduğu dikkate alınsa bile, tasvirler makul olanın sınırlarını çok aşmaktadır. Şikâyetçi tarafından örnek olarak gösterilen politikacı karikatürleriyle tek ortak noktaları, diğer karikatürlerde politikacıların hayvan şeklinde çizilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, alışlagelmiş tasvirlerin aksine, şikâyetçi bir hayvan şekli seçerek sadece belirli karakter özelliklerini veya bir kişinin fizyonomisini karakterize etmek veya abartmakla ilgilenmemiştir, niyeti açıkça karikatürize edilen kişinin kişisel haysiyetine saldırmaktır. Seçilen yabancılaştırma yoluyla izleyiciye yaklaştıracak olan onun insani özellikleri, kişisel özellikleri değildir. Aksine, kesinlikle “hayvani” özelliklere sahip olduğu ve buna uygun davrandığı gösterilmektedir. Hâlâ insanların mahrem hayatlarının bir parçası olan ve korunmayı hak eden cinsel davranışların tasviri, ilgili kişiyi değersizleştirmekte ve bir insan olarak onurunu zedelemektedir.⁴⁴⁰ Kişilik hakkının genel olarak sanat özgürlüğü hakkına bir önceliği olmasa da, sanat özgürlüğünün kişilik hakkının çekirdeğinde yer alan insan onuruna dokunması durumunda, yapılan dengelemede kişilik hakkının sanat özgürlüğüne ağır basacağı kesindir.⁴⁴¹ FAYM bu gerekçelere dayanarak yerel mahkemelerin kararının yerinde olduğuna ve şikâyetçinin Madde 5/3’te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁴³⁹ BVerfGE 75, 369 (378-379) - Strauß-Karikatur [1987].

⁴⁴⁰ BVerfGE 75, 369 (379-380) - Strauß-Karikatur [1987].

⁴⁴¹ BVerfGE 75, 369 (379-380) - Strauß-Karikatur [1987].

3.1.2.6.2.2.4. Esra Kararı

Bu bağlamda bahsedilmesi gereken son karar, *Esra*⁴⁴² kararıdır. Anayasa şikâyeti, şikâyetçinin yayınladığı “Esra” adlı romanının, kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle yayınlanmasını ve dağıtılmasını yasaklayan kararlar ile ilgilidir. Roman, bir yazar ve bir aktris olan Adam ve Esra’nın aşk hikayesini anlatmaktadır. İki ana karakter arasındaki aşk ilişkisi Münih-Schwabing’de geçmekte ve Adam tarafından birinci şahıs anlatıcı olarak yaklaşık dört yıllık bir süreç anlatılmaktadır. Her ne kadar yazar ve şikâyetçi romandaki karakterlerin kurgusal olduğunu düşünseler de, her ikisi de yargılamalarda yazarın, kendi aşk ilişkisinden esinlendiğini kabul etmiştir. Yargılamadaki davacılardan birincisi 1989 yılı Federal Film Ödülü sahibidir. Henüz 17 yaşındayken evlenmiştir. Bu evlilikten bir kızı olmuştur. Bu evliliğin başarısız olmasından sonra, ilk davacının yazarla bir buçuk yıldan fazla bir süre yakın bir ilişkisi olmuştur. Bu ilişki sırasında kızı ciddi şekilde hastalanmıştır. Yazardan ayrıldıktan sonra, ilk davacı eski bir okul arkadaşıyla kısa bir süre için başka bir ilişki yaşamıştır. Bu ilişkiden de bir çocuk dünyaya gelmiştir. Yargılamadaki ikinci davacı, ilk davacının annesidir. Kendisi 2000 yılı Alternatif Nobel Ödülü sahibi ve Türkiye’de bir otel sahibidir. Esra’nın roman karakteri, bir film rolü için “Fritz Lang Ödülü” kazanan annesinin iradesine bağımlı olarak tanımlanmaktadır. Birinci şahıs anlatıcı ile ilişkisi, sürekli bir sevgi ile reddedilme arasındaki değişimi ve birinci şahıs anlatıcının hayal kırıklığına uğramış sevgisi ile karakterize edilir. Esra kendisini annesinin, ağır hasta kızı Ayla’nın ve kızının babasının kısıncısından kurtaramadığı için başarısızlığa mahkûmdur. Birinci tekil şahıs anlatıcının roman karakteri Esra ile ilişkisi, kronolojiyi kırarak çoklu geri dönüşlerle ve sayısız ayrıntıyla çeşitli düzeylerde anlatılır. Buna Esra’nın ikinci çocuğunu aldirmayı düşünmesi de dahildir, ancak bu durum sonuçta gerçekleşmez, çünkü Esra ölümcül hastalığı olan kızı yerine bu çocuğa sahip olmak istemektedir. Roman birkaç yerde, Esra ve birinci şahıs anlatıcı arasındaki cinsel eylemlerin tasvirini içerir. Esra’nın annesi, Lale, Türkiye’de Ege kıyısında bir otelin sahibidir ve romanın orijinal versiyonunda çevreci faaliyetleri nedeniyle Alternatif Nobel Ödülü almıştır. Lale’nin özgeçmişi ile ikinci davacının özgeçmişi arasında açık ve çarpıcı benzerlikler bulunmaktadır (evlilik ve çocuk sayısı, ikamet ve çalışma yerleri). Romanda, Adam ve Esra arasındaki ilişkinin başarısız olmasında Lale karakterine büyük sorumluluk atfedilmektedir. Anne karakteri, kızına ve ailesine zorbalık eden depresif, akıl hastası bir alkolik olarak tasvir

⁴⁴² BVerfGE 119, 1 - Roman Esra [2007].

edilir.⁴⁴³

FAYM, öncelikle vakadaki romanın *Mephisto* kararında tanımladığı sanat kavramının içerisinde yer aldığını⁴⁴⁴ ve yayıncının buradaki menfaatinin etki alanı içerisinde bulunduğunu⁴⁴⁵ belirlemiştir. Sonrasında ise burada sanat özgürlüğünü sınırlayan anayasal değerın Alman Anayasası Madde 1/1 ile bağlantılı olarak Madde 2/1’de güvence altına alınan kişilik hakkı olduğunu tespit etmiştir. Kişilik hakkı, kişinin kendi kişiliği üzerinde tasarrufta bulunma hakkını, sosyal tanınırlığı ve insan onurunu içerir. Burada sağlanan temel güvence, kişinin itibarı, özellikle de kamudaki imajı üzerinde zararlı bir etkiye sahip olması muhtemel ifadelerle karşı korumadır.⁴⁴⁶ Yargılamalarındaki davacıların kişilik haklarının tetiklenebilmesi için bu kişilerin romandaki karakterler için rol model olarak tanınabilir olması gerekir. FAYM, Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin bunun için uyguladığı kişinin yakın çevresi tarafından tanınabilirliği standardını anayasal olarak doğru kabul etmiştir.⁴⁴⁷ Sanatçılar gerçeklikten ilham aldıkları için ve kurgusal karakterlerin rol modelleri ya da romanın altında yatan gerçek olaylar belirlenebileceği için kişinin tanınırlığı ile sanat özgürlüğü hakkı sınırlanabilir. Ancak söz konusu vakada, kurgulanan olaylar ile gerçek olaylar arasında oldukça fazla bağlantı vardır.⁴⁴⁸ Yargılamadaki davacıların kişilik hakları, tartımda sanat özgürlüğünün ağır basmasına neden olacak kadar az etkilenmiş de değildir. Romandaki karakterlere, okuyucu bunları davacılarla ilişkilendirebilirse, kişilik haklarını önemli ölçüde zedeleyebilecek eylemler ve özellikler atfedilmiştir.⁴⁴⁹

Sanat özgürlüğü hakkı ile kişilik hakkının birbirlerine sınırlar çizdiğini yineleyen FAYM⁴⁵⁰, sanat özgürlüğünün geri planda kalmasını gerektirecek kadar kişilik hakkına zarar verip vermediğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtir. Buna göre, kişilik hakkına verilen küçük bir zarar veya kişilik hakkına yönelen ciddi bir zarar *ihhtimali* durumunda, kişilik hakkı sanat özgürlüğü hakkına ağır basamaz. Ancak kişilik hakkının ciddi bir şekilde zedelenildiği şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebiliyorsa, kişilik hakkına verilen bu zarar sanat özgürlüğü hakkı ile meşrulaştırılmaz.⁴⁵¹ Kişilik haklarının

⁴⁴³ BVerfGE 119, 1 (2 vd.) - Roman Esra [2007].

⁴⁴⁴ BVerfGE 119, 1 (20-21) - Roman Esra [2007].

⁴⁴⁵ BVerfGE 119, 1 (21-22) - Roman Esra [2007].

⁴⁴⁶ BVerfGE 119, 1 (23-24) - Roman Esra [2007].

⁴⁴⁷ BVerfGE 119, 1 (24-25) - Roman Esra [2007].

⁴⁴⁸ BVerfGE 119, 1 (25-26) - Roman Esra [2007].

⁴⁴⁹ BVerfGE 119, 1 (26) - Roman Esra [2007].

⁴⁵⁰ BVerfGE 119, 1 (26-27) - Roman Esra [2007].

⁴⁵¹ BVerfGE 119, 1 (27) - Roman Esra [2007].

gördüğü zararın şiddeti, hem sanatçının okuyucuyu eserinin içeriğini gerçek kişilerle ilişkilendirmeye ne ölçüde teşvik ettiğine hem de okuyucu bu bağlantıyı kurduğunda kişilik haklarının zedelenmesinin yoğunluğuna bağlıdır.⁴⁵²

Roman gibi sanat formlarının kendine özgü özelliklerinden biri, düzenli olarak olmasa da sıklıkla gerçeklikle bağlantı kurmalarına rağmen, sanatçının bu süreçte yeni bir estetik gerçeklik yaratmasıdır. Bu durum, kişilik hakkının zedelenmesinin ciddiyetini bu temelde değerlendirebilmek için, romanın ilgili eylem bağlamında okuyucuya önerdiği gerçeklik referansını belirlemek üzere sanata özgü bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.⁴⁵³ Sanatsal temsil, gerçeklik dünyasının standartlarıyla değil, yalnızca sanata özgü, estetik bir standartla ölçülebilir. Bu, kişiliğin korunması ile sanat özgürlüğü arasındaki gerilimin sadece bir sanat eserinin sanatsal olmayan sosyal alandaki etkilerine odaklanamayacağı, aynı zamanda sanata özgü yönleri de dikkate alması gerektiği anlamına gelir. Bu nedenle, kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin karar ancak münferit davanın tüm koşulları değerlendirildikten sonra verilebilir. Burada, konunun sanatsal tasarımı ve sanat eserinin genel organizasyonu içinde sınıflandırılması ile gerçek orijinal portreden ne kadar bağımsız bir portre çizildiğine ve dolayısıyla bireysel, kişisel-özel olanın ne ölçüde genel, sembolik “figür” lehine nesnelleştirildiğine/yabancılaştırıldığına dikkat edilir.⁴⁵⁴

Sanat özgürlüğü hakkı, bir edebi eser okuyucusunun olgun kabul edilmesini, edebi eseri bir görüş ifadesinden ayırt etmesini ve gerçek durumların tasviri ile kurgusal bir anlatı arasında ayrım yapmasını gerektirir. Bu nedenle, roman türündeki bir edebi eser, her şeyden önce, gerçek olma iddiası taşımayan bir kurgu olarak kabul edilmelidir. Bir edebi metnin kurgusal olduğu varsayımı olmaksızın, bir sanat eseri olarak romanın özellikleri ve dolayısıyla sanat özgürlüğünün gereklilikleri anlaşılamayacaktır. Bu varsayım, gerçek kişilerin romandaki karakterlerin arkasındaki modeller olarak tanınabilir olduğu başlangıç noktasında da geçerlidir. Sanat özgürlüğü gerçek hayattaki modellerin bu şekilde kullanımını da içerir. Bununla birlikte, söz konusu yayın, okuyucunun gerçeklere dayandığını kabul etmediği bir edebiyat eseri olmalıdır.⁴⁵⁵ Yazar bir roman karakterini orijinal portreden ne kadar ayırır ve onu bağımsız bir karakter haline getirirse, sanata özgü bir değerlendirmeden o kadar faydalanacaktır. Bu

⁴⁵² BVerfGE 119, 1 (27) - Roman Esra [2007].

⁴⁵³ BVerfGE 119, 1 (27) - Roman Esra [2007].

⁴⁵⁴ BVerfGE 119, 1 (28) - Roman Esra [2007].

⁴⁵⁵ BVerfGE 119, 1 (28-29) - Roman Esra [2007].

tür bir kurgusallaştırma, tanınabilirliğin tamamen ortadan kaldırılmasıyla ilgili değildir, ancak okuyucuya anlatılanların gerçek olduğunu varsaymaması gerektiğini açıkça belirtmekle ilgilidir. Bir sanat eserinin sadece estetik gerçekliğinde değil, gerçek hayatta da etkisi olduğu doğrudur. Dolayısıyla kişilik hakkı ile sanat özgürlüğü hakkı arasında yapılacak dengelemede, sanatın bu çifte etkisini (estetik gerçeklik-gerçek hayat) birlikte dikkate almak gerekir.⁴⁵⁶

Bu dengelemede belirleyici etken kişilik hakkının etkilendiği yoğunluktur. Bu bağlamda FAYM'ın daha önceden kişilik hakkı için geliştirdiği alan teorisi gündeme gelir. Buna göre, Alman Anayasası Madde 1/1 ile bağlantılı olarak Madde 2/1 tarafından korunan kişilik hakkının kapsamında üç alan bulunmaktadır: sosyal alan, özel alan ve mahremiyet alanı. Bu teori temel olarak her insanın farklı özel alanlarına sahip olduğunu ifade eder ve bu da kişiliğin etrafında eşmerkezli daireler gibi uzanan farklı koruma ihtiyacı seviyeleri olduğu anlamına gelir. İnsanın kimliği, zihinsel ve fiziksel bütünlüğü kesinlikle dokunulmaz olan mahremiyet alanında yer alır. Bir sonraki alan olan özel alanda, kişinin bir aile çevresi içindeki veya kendi evindeki gibi menfaatler korunur. En dış alan olan sosyal alanda ise kamusal alanda hareket eden ya da siyasi tartışmalara katılan kişilerin menfaatleri korunur.⁴⁵⁷ İnsan onuruna olan özel yakınlığı nedeniyle, özel hayatın/kişilik hakkının çekirdek bir alanı kesinlikle dokunulmaz olarak korunmaktadır (insan onuru içeriği/*Menschenwürdegehalt*). Özellikle cinselliğin ifade biçimlerini de içeren bu mutlak korunan çekirdek alan, özel alanın korunma düzeyine tabidir.⁴⁵⁸ Yazarın gerçeklikten kopuk estetik bir gerçeklik yaratma derecesi ile kişilik haklarının ihlalinin yoğunluğu arasında bir korelasyon vardır. Kurgu ve orijinal ne kadar yakından eşleşirse, kişilik haklarının zedelenmesi o kadar ciddi olur. Sanatsal tasvir kişilik haklarının özellikle korunan boyutlarını ne kadar çok etkiliyorsa, kişilik haklarının ihlalini ortadan kaldırmak için kurgunun o kadar güçlü olması gerekir.⁴⁵⁹

FAYM yapılan yargılamalarda derece mahkemelerinin sanat özgürlüğü hakkının gerekliliklerini kısmen yerine getirdiklerini tespit etmiştir. İkinci davacı (anne) ile ilgili olarak, itiraz edilen kararlar her açıdan gerekli olan sanata özgü değerlendirmenin hakkını vermemektedir. Bu sebeple Madde 5/3'teki sanat özgürlüğü güvencesini ihlal

⁴⁵⁶ BVerfGE 119, 1 (29) - Roman Esra [2007].

⁴⁵⁷ Genel olarak bkz. BVerfGE 34, 238 (245) - Tonband [1973]; BVerfGE 80, 367 (373) - Tagbuch [1989].

⁴⁵⁸ BVerfGE 119, 1 (29-30) - Roman Esra [2007].

⁴⁵⁹ BVerfGE 119, 1 (30) - Roman Esra [2007].

etmektedir.⁴⁶⁰ Derece mahkemeleri, Lale'nin roman karakterinin çok olumsuz çizildiğini belirtmekle yetinmekte ve bunu kişilik haklarının ihlali olarak görmektedir. Bununla birlikte, ikinci davacının Lale için tanınabilir bir rol model olması, romanın Lale'nin tüm eylemlerinin ve özelliklerinin bir okuyucu tarafından ikinci davacıya atfedilmesi gerektiğini öne sürdüğü anlamına gelmez.⁴⁶¹ Bu nedenle kararlar, romanın başlangıçta bir kurgu olarak kabul edilmesi gerektiği gerçeğini yeterince dikkate almamaktadır.⁴⁶²

Esra romanının gerçekçi bir edebiyat olduğu doğrudur. Çünkü roman gerçek mekanlarda geçmektedir. Ana karakterler gerçekçi özelliklere sahiptir. Yazar aynı zamanda gerçek ve kurguyu iç içe geçirmektedir. Yazar kasıtlı olarak sınırları bulanıklaştırmak istemekte, fakat, edebi anlayışa sahip bir okuyucu, metnin gerçek kişilerin ve olayların röportaj benzeri bir tasviriyle sınırlı olmadığını, ancak bu gerçekçi seviyenin arkasında ikinci bir seviyeye sahip olduğunu fark edebilir. Lale karakteri, Adam ve Esra arasındaki başarısız ilişkinin suçlusu olarak romanın genel dokusunda önemli bir rol oynamaktadır. İkinci davacı ile ilgili olarak, roman Lale karakterinin bu fonksiyonu nedeniyle bir hakarete dönüşmüyor. Aksine yazar, kızına karşı da başarısız olan ve büyük bir iç kargaşa ve kıskançlıkla karakterize edilen birinci şahıs anlatıcı figürü tarafından temsil edilen kendi karakter zayıflıklarını aynı şekilde ortaya koymaktadır. Romanda ikinci bir düzeyin varlığını gösteren, aşık ile sevgilinin annesi arasındaki zor ilişkiye özellikle vurgu yapan suçluluk sorusunun tam da bu şekilde ortaya konmasıdır.⁴⁶³ İkinci davacıya ilişkin romanın içeriği açıkça anlatsaldır ve bazı durumlarda yalnızca başkalarının hikayelerinin, söylentilerinin ve izlenimlerinin yeniden üretimi olarak uzaktan tasvir edilmektedir.⁴⁶⁴ Bu bağlamda FAYM, Federal Yüksek Mahkeme'nin ikinci davacı ile ilgili olan kararında, sanata özgü değerlendirmeyi dikkate almakta yetersiz kaldığını belirtmiştir.⁴⁶⁵ Gerçekliğe dayanan bir edebi eserin karakteristik özelliği, gerçek ve hayali betimlemelerin iç içe geçmiş olmasıdır. Bu koşullar altında, bir yandan tanınabilir rol modelde, diğer yandan roman karakterinin olumsuz özelliklerinde kişilik hakkının ihlalinin görülmesi, sanat özgürlüğü hakkının yeterince dikkate alınmadığını gösterir.⁴⁶⁶

⁴⁶⁰ BVerfGE 119, 1 (30) - Roman Esra [2007].

⁴⁶¹ BVerfGE 119, 1 (30-31) - Roman Esra [2007].

⁴⁶² BVerfGE 119, 1 (31) - Roman Esra [2007].

⁴⁶³ BVerfGE 119, 1 (31-32) - Roman Esra [2007].

⁴⁶⁴ BVerfGE 119, 1 (32) - Roman Esra [2007].

⁴⁶⁵ BVerfGE 119, 1 (32-33) - Roman Esra [2007].

⁴⁶⁶ BVerfGE 119, 1 (33) - Roman Esra [2007].

İkinci davacının durumunun aksine, derece mahkemeleri birinci davacının (Esra) tanınabilir olduğunu tespit etmekle kalmamış, aynı zamanda romandaki bazı tanımlamaların özellikle ciddi ölçüde kişilik hakkını ihlal ettiğini de tespit etmiştir. Bunu yaparken kısmen mahremiyetin ihlaline, kısmen de kızının hayati tehlikesi bulunan hastalığıyla ilgili olarak anne-kız ilişkisine odaklanmışlardır. Her iki bakış açısı da yasağı destekleyebilmektedir.⁴⁶⁷ Esra'nın romandaki rolü, yazar olarak kolayca tanınabilen birinci şahıs anlatıcı ile doğrudan kendisi arasında ve ilişkileri sırasında meydana gelen önemli olaylarla ilgilidir. Birinci davacının hem yazarla olan yakın ilişkisi hem de evliliği, kızının hastalığı ve yeni ilişkisi, mahkemelerin doğru tespitlerine göre doğrudan gerçeklikten alınmıştır. Böylece okuyucuya, ikinci davacının aksine, olayları kurgu olarak anlaması önerilmemektedir. Çünkü birinci şahıs anlatıcının kendi deneyimleri de romanın bakış açısından anlatılmaktadır.⁴⁶⁸

İlk davacının kişilik hakkı, yazarın doğrudan deneyiminden kaynaklanan olayların gerçekçi ve ayrıntılı anlatımından özellikle ciddi şekilde etkilenmektedir. Bu, özellikle yazarın partneri olarak açıkça tanınabilen bir kadının en mahrem ayrıntılarının kesin bir şekilde tasviriyle yapılmaktadır. Bu tasvir, içeriği insan onuru tarafından oluşturulan kişilik hakkının mahrem alanının ihlalini teşkil eder.⁴⁶⁹ Buna ek olarak, kız çocuğunun hayati tehlike arz eden gerçek hastalığının tasviri, ilk davacı bakımından kişilik hakkının ciddi bir ihlalini teşkil etmektedir. Kız çocuğu, sınıf arkadaşları gibi çevresindekiler tarafından da açıkça tanınabilir durumdadır.⁴⁷⁰ Nihayetinde FAYM, gereklilik ilkesi bakımından yaptığı incelemede, eserin yasaklanmasına alternatif ve aynı zamanda aynı etkililiğe sahip olan bir önlem olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre, elverişlilik ilkesi bakımından metnin tamamen yasaklanması önlemine alternatif bir önlem mevcut değildir. Kişilik hakkının ihlalini ortadan kaldırmak için belirli değişiklikler yapmak mahkemelerin görevi değildir. Zira bu değişikliklerin yapılabileceği çok sayıda olası yol olacaktır ve romanın karakteri böyle bir müdahale ile önemli ölçüde değişecektir. Bununla birlikte, sanat özgürlüğü, kişilik hakkının ihlalinin tanımlanmasının, yazar ve yayıncının kusurun nasıl giderileceğini çözebilecekleri kadar spesifik olmasını gerektirir. Söz konusu vaka bakımından, kararlarda gösterilen tanınabilirliğin azaltılmasına ilişkin gereklilikler bu fonksiyonu yerine getirmiştir.⁴⁷¹ Dolayısıyla, ikinci

⁴⁶⁷ BVerfGE 119, 1 (33) - Roman Esra [2007].

⁴⁶⁸ BVerfGE 119, 1 (33-34) - Roman Esra [2007].

⁴⁶⁹ BVerfGE 119, 1 (34) - Roman Esra [2007].

⁴⁷⁰ BVerfGE 119, 1 (34-35) - Roman Esra [2007].

⁴⁷¹ BVerfGE 119, 1 (35-36) - Roman Esra [2007].

davacı bakımından şikâyetçinin mahkûm edilmesi sanat özgürlüğü hakkını ihlal ederken, birinci davacı bakımından bir ihlal söz konusu olmamaktadır.

3.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİN UYGULANMASI

Bu başlık altında öncelikle Sözleşme haklarına ilişkin temel hususlar ve hak dogmatikği kısaca belirtilecektir (3.2.1.). Bu açıklama yapıldıktan sonra, AİHM kararlarında içkin sınırlama kategorilerinin görünüşleri incelenecektir (3.2.2.).

3.2.1. Sözleşme Haklarına İlişkin Temel Hususlar ve Sınırlama Dogmatikği

FAYM'ın benimsediği hakkın kapsamı-sınırlama-sınırlamanın sınırı üçlü inceleme şeması⁴⁷² AİHS hak dogmatikğine uygulanabilir.⁴⁷³ Bununla birlikte, Alman anayasal hak dogmatikğinden farklı olarak, AİHS sisteminde gerçekleştirilen inceleme şeması, her bir hakkın lafzı ve normatif yapısına göre değişmektedir.⁴⁷⁴ AİHS kapsamında benimsenen mutlak haklar tek aşamalı inceleme yapısına sahiptir. AİHS

⁴⁷² Bkz. **Bölüm 1.3.**

⁴⁷³ Christoph Grabenwarter - Katharina Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021, s. 145 vd.; Thilo Marauhn - Katrin Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 369 vd. AİHS bakımından ikili inceleme şemasının geçerli olduğu yönünde bkz. Dirk Ehlers, "Allgemeine Lehren der EMRK", **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, Ed. by Dirk Ehlers, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2014, s. 62 vd.; van der Schyff, **Limitation of Rights**, s. 14 vd.; Gerhard van der Schyff, "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 65 vd.; Janneke Gerards - Hanneke Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, No. 4, pp. 619–653, s. 622 vd.

⁴⁷⁴ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 145; Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 369.

Madde 3'te düzenlenen işkence yasağı⁴⁷⁵, Madde 4/1'de düzenlenen kölelik yasağı⁴⁷⁶ ve Madde 4/3'te somut istisnalar/hak kapsamını daraltma benzeri sınırlama (*quasi-tatbestandliche Grundrechtsbegrenzung*)⁴⁷⁷ ile güvence altına alınan ve Madde 4/2'de düzenlenen zorla ve zorunlu çalıştırma yasağı⁴⁷⁸ mutlak haklardır.⁴⁷⁹

AIHS Madde 2'de düzenlenen yaşam hakkı, Madde 8'de düzenlenen özel yaşamın korunması hakkı, Madde 9'da düzenlenen din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkı, Madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı, Madde 11'de düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı, Protokol No.1 Madde 1'de (P1-1) düzenlenen

⁴⁷⁵ Ben Vermeulen - Hemme Battjes, "Prohibition of Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 383-384; White - Ovey, **The European Convention on Human Rights**, s. 184; David Harris - Michael O'Boyle - Ed Bates - Carla M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 223; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 209-211; Jochen Abraham Frowein, "Artikel 3", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 42-43; Roland Bank, "Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 599 vd.; Jens Meyer-Ladewig - Matthias Lehnert, "Artikel 3: Verbot der Folter", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 92-93; Stefan Sinner, "Art. 3: Verbot der Folter", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 83.

⁴⁷⁶ Harris - O'Boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (2021), s. 267; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 233; Jochen Abraham Frowein, "Artikel 4", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 63; Thilo Marauhn, "Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 630; Jens Meyer-Ladewig - Bertold Huber, "Artikel 4: Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 128; Alexander Behnsen, "Art. 4: Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 102.

⁴⁷⁷ Bkz. **Bölüm 1.1.2.1.**

⁴⁷⁸ Harris - O'Boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (2021), s. 270; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 233; Frowein, "Artikel 4", s. 63; Marauhn, "Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit", s. 630; Behnsen, "Art. 4", s. 102.

⁴⁷⁹ Laurens Lavrysen, "System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 308; Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 369-370.

mülkiyet hakkı ve Protokol No. 4 Madde 2'de (P4-2) düzenlenen seyahat özgürlüğü hakkı bakımından üçlü inceleme şeması söz konusudur. Bu üçlü inceleme şeması aslında 5 aşamaya sahiptir. AİHM, önüne gelen ve kabul edilebilirlik kriterlerini sağlayan bir vakada, öncelikle gerçekleştirilen şikâyetin hakkın kapsamından yer alıp almadığını inceler (Hakkın Kapsamı). İkinci aşamada ise Mahkeme, bir müdahalenin mevcut olup olmadığını inceler (Sınırlama). Mahkeme eğer bir müdahale tespit ederse, müdahalenin hukuki olup olmadığını; hukukilik mevcutsa, müdahalenin meşru bir amacı izleyip izlemediğini; son olarak müdahalenin (demokratik bir toplumda) gerekli olup olmadığını inceler (Sınırlamanın Sınırı).⁴⁸⁰ Bununla birlikte AİHM'in içtihat hukukunda, hakkın kapsamı aşamasına çok değer verilmediği görülmektedir. Bazı vakalarda⁴⁸¹, AİHM'in hakkın kapsamına hiç değinmemesi veya görmezden gelmesi söz konusu olurken⁴⁸²; bazı vakalarda⁴⁸³ ise AİHM hakkın kapsamına değinmekle birlikte makul bir tartışma oluşturamayacak kadar özet bir şekilde hakkın kapsamına işaret etmektedir.⁴⁸⁴ Son olarak bazı vakalarda da AİHM'in hakkın bu aşamalı yapısını birleştirdiği görülmektedir.⁴⁸⁵ Bunun taraflar arasında nadiren hakkın kapsamı konusunda bir ihtilaf olmasından kaynaklandığı ileri sürülür.⁴⁸⁶ Yine de, Sözleşme

⁴⁸⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, İstanbul, Legal, 2005, s. 1281; Yutaka Arai, "The System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Pieter van Dijk - Fik van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 4. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006, s. 334 vd.; Lavrysen, "System of Restrictions", s. 308 vd.; Janneke Gerards, **General Principles of the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 198 vd.; Fiona de Londras - Kanstantsin Dzehtsiarou, **Great Debates on the European Convention on Human Rights**, London, Palgrave, 2018, s. 96 vd.; George Letsas, **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 85-86; George Letsas, "The Scope and Balancing of Rights: Diagnostic or Constitutive?", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 54; Robin C. A. White - Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 7.Edition, New York, Oxford University Press, 2017, s. 342 vd.; David Harris - Michael O'Boyle - Ed Bates - Carla M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013, s. 345 vd.

⁴⁸¹ Bkz. *Mótká vs. Poland*, App. No. 56550/00, Decision of 11 April 2006; *Ellī Poluhas Dödsbo v. Sweden*, App. No. 61564/00, Judgment of 17 January 2006, para. 18 vd., 24; *Maurice v. France*, App. No. 11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, para. 114 vd., 120.

⁴⁸² Gerards - Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 630 vd.

⁴⁸³ Bkz. *Vajnai v. Hungary*, App. No. 33629/06, Judgment of 8 July 2008, para. 27-29.

⁴⁸⁴ Gerards - Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 632 vd.

⁴⁸⁵ Gerards - Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 634 vd.

⁴⁸⁶ de Londras - Dzehtsiarou, **Great Debates on the European Convention on Human**

haklarının kapsamı, tarafların talepleri ve itirazlarından ayrı olarak büyük ölçüde belirlenebilir olmalıdır. Hakkın kapsamının detaylı ve dikkatli bir şekilde incelemesiyle AİHM, Taraf Devletlere ve bireylere öngörülebilirlik sağlayabilir ve aynı zamanda başvuru sayısını da azaltabilir.⁴⁸⁷ Sözleşme organlarının içtihadı birikiminde, özellikle klasik sınırlama kavramının temel unsurundan biri olan zorlama/zorunluluk unsuru ortaya çıkmaktadır.⁴⁸⁸ Sözgelimi tıbbi muayeneler ve aşılar söz konusu olduğunda, Komisyon yalnızca zorunluluk mevcutsa, AİHS Madde 8'e bir müdahale olduğunu kabul etmiştir.⁴⁸⁹ Yaptırımı olmayan bedensel cezalara ilişkin yasal yasaklar, Komisyon tarafından aile hayatına müdahale olarak değerlendirilmemiştir; çünkü bu yasaklar kâğıt üzerinde vardır.⁴⁹⁰ Bazen şikayetler, iddia edilen müdahaleye şikayetçilerin kendilerinin neden olması sebebiyle başarısız olmuştur.⁴⁹¹ *Powell ve Rayner* vakasında, Komisyon'un "açık müdahale" araması da aslında sınırlama aşamasının hak dogmatikliği içindeki yerini göstermektedir.⁴⁹² Ancak Alman anayasal jurisprudansından farklı olarak, AİHM'in müdahalenin mevcudiyeti hususunda sıkı şartlar aramadığı kabul edilmiştir.⁴⁹³ Bunun temel sebebi ise sınırlama/müdahale kavramının tedrici bir şekilde genişlemeye başlamasıdır. Bu bağlamda, AİHM'in zamanla sınırlamanın/müdahalenin mevcudiyeti aşamasını hakkın kapsamı aşaması ile iç içe geçirmesi de söz konusu olmuştur.

Meşru amaç (sınırlama klozu tipolojisi)⁴⁹⁴ ve AİHM'in uyguladığı gereklilik testi⁴⁹⁵ daha önceden incelendiğinden, burada tekrar değinme gereği duyulmamıştır.

Rights, s. 96.

⁴⁸⁷ Gerards - Senden, "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", s. 629 vd.

⁴⁸⁸ Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 379.

⁴⁸⁹ *X. v. Austria*, App. No. 8278/78, Decision of 13 December 1979, para. 3; *Godfrey v. the United Kingdom*, App. No. 8542/79, Decision of 4 February 1982, para. 8.

⁴⁹⁰ *Seven Individuals v. Sweden*, App. No. 8811/79, Decision of 13 May 1982, para. 3.

⁴⁹¹ *McFeeley v. the United Kingdom*, App. No. 8317/78, Decision of 15 May 1980, para. 80.

⁴⁹² *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, App. No. 9310/81, Decision of 19 January 1989, para. 34, 59.

⁴⁹³ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 148; Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 380. Bu husus, Sözleşme organlarının verdiği başörtüsü kararlarının gelişiminden de takip edilebilir. Sözleşme organları, *Karaduman (Karaduman v. Turkey)*, App. No. 16278/90, Decision of 3 May 1993 ve *Kalaç (Kalaç v. Turkey)*, App. No. 20704/92, Judgment of 1 July 1997, para. 30-31 vakalarında, bir müdahalenin bulunmadığını, *Leyla Şahin (Leyla Şahin v. Turkey)*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 78) vakasında ise müdahaleyi tespit etmiştir. Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, s. 1283, 1292-1294.

⁴⁹⁴ Bkz. **Bölüm 1.1.2.**

⁴⁹⁵ Bkz. **Bölüm 1.4.1.1.4.3.**

Devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda da belirli ölçüde farklılıklar olsa da benzer bir inceleme söz konusu olur.⁴⁹⁶

Negatif statü haklarının yanı sıra, AİHS Madde 5'te düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Madde 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı ve Madde 7'de düzenlenen kanunsuz ceza olmaz ilkesi gibi yargılamaya ilişkin haklar için daha farklı bir inceleme şeması öngörülür.⁴⁹⁷ Buna göre, yargılamaya ilişkin haklar, biri hakkın kapsamı, diğeri usuli gerekliliklere uygunluk olarak iki aşamalı bir incelemeye tabidir. Bu haklar, mahkemelerin teşkilatlanması, usuli hakların yapısı ve bu güvence kapsamında mahkeme işlemlerinin yürütülmesine ilişkin gereklilikleri içerir. Bu gereklilikleri karşılamayan kanunlar veya usuller, bu hakları ihlal eder.⁴⁹⁸ Bununla birlikte, kanaatimce, bu usuli gerekliliklere aykırılığın tespiti, büyük ölçüde hakkın özüne dokunmama güvencesi ile benzeşmektedir. Burada kişinin sözelimi destekleyici başka deliller kullanılmadan yalnızca hukuka aykırı bir delile dayanarak mahkûm edilmesinin veyahut kendisini savunmasını imkânsız hale getiren bir fiili veya kanuni bir karine belirlenmesinin AİHM Madde 6 anlamında ihlal teşkil etmesi, aslında kişinin kendini savunma hakkının kullanımının imkânsız hale getirilmesini ve hakkın özüne dokunulmasını ifade eder.

Hakkın kendisi, hakka özgü inceleme yapısını belirler. Bunun temel nedeni, yargısal güvencelerin benzer negatif statü haklarına kıyasla çok daha spesifik bir şekilde formüle edilmiş olmasıdır.⁴⁹⁹ Yargılama haklarında odak noktası, ilgili yasal terimlerin AİHM tarafından otonom/özerk bir şekilde yorumlanması ve AİHS tarafından belirlenen bir Avrupa usul hukukunun kısmi direktifleri altında yer almasıdır.⁵⁰⁰ Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin uygulaması yargılama haklarını da kapsar. Yargılama haklarının incelenmesinde belirli ölçüde ölçülülük ilkesi veyahut dengeleme de uygulanabilir. Özellikle aleni yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkında ölçülülük

⁴⁹⁶ Bkz. **Bölüm 1.3.1.4.2.** ve **Bölüm 1.4.1.2.1.**

⁴⁹⁷ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 145-146, 161 vd. Aynı yönde bkz. Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 371; Rainer J. Schweizer, "Allgemeine Grundsätze", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. VI/1, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, s. 111-112.

⁴⁹⁸ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 161-162; Christoph Grabenwarter - Katharina Pabel, "Der Grundsatz des fairen Verfahrens", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 836-837; Schweizer, "Allgemeine Grundsätze", s. 112.

⁴⁹⁹ Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 414.

⁵⁰⁰ Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 414.

incelemesi gündeme gelir. Bununla birlikte, burada ölçülülük ilkesi, sınırlamayı meşrulaştırmaktan ziyade, çatışan menfaatlerin tartımına yardımcı olur.⁵⁰¹ Her halükarda bu durum, yargılama haklarının tabi olduğu incelemeyi, negatif statü hakları için uygulanan inceleme şemasına yaklaştırır.⁵⁰² Nitekim yargılama haklarında ve negatif statü haklarında ortak bir şekilde aranan bir gereklilik de hukukiliktir.⁵⁰³ Yargılama haklarında ilgili dengeleme süreçlerinin negatif statü haklarına kıyasla önemli ölçüde daha az yapılandırılmış olması ve bireysel vakalarla daha da güçlü bir şekilde ilişkili olan kriterlerin kullanılması, Sözleşme hukuku kapsamındaki koruma standartları için ciddi bir tehlike olarak görülmüştür. Dolayısıyla yargılama haklarının dogmatığının Mahkeme tarafından daha net bir şekilde gösterilmesi gerekir.⁵⁰⁴

3.2.2. İçkin Sınırlama Kategorilerinin Uygulanışı

Teoride belirlenen içkin sınırlama kategorilerinin AİHM kararlarında ne ölçüde karşılık bulunduğunu göstermek gerekir. Bu sebeple, sırasıyla, anayasal hakları kullanma ehliyeti (3.2.2.1.), neminem-laedere gerekliliği (3.2.2.2.), iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler (3.2.2.3.), kurumsal anayasal haklar (3.2.2.4.), mücadeleci demokrasi kaydı (3.2.2.5.) ve sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar (3.2.2.6.) incelenecektir.

3.2.2.1. Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti

Alman Anayasası'nda olduğu gibi AİHS'te de Sözleşme haklarını kullanma ehliyetinin Sözleşme metninde veya protokol metinlerinde pek bir dayanağı olduğu söylenemez. Nitekim kural olarak AİHS sisteminde gerçek kişiler, yaşları⁵⁰⁵ ve hukuki ehliyetleri⁵⁰⁶ ne olursa olsun, temelde Sözleşme haklarının sahibidirler ve bu nedenle başvuru sıfatını haizdir. AİHS'e göre, başvuru (dava) ehliyeti bakımından katı kurallar yoktur.⁵⁰⁷ Nitekim AİHS Madde 34'te bireysel başvuruyu gerçekleştirebilecek kişiler bakımından da herhangi bir yaş veya ehliyet gerekliliği öngörülmemiştir.

⁵⁰¹ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 161-162; Grabenwarter - Pabel, "Der Grundsatz des fairen Verfahrens", s. 836-837; Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 414.

⁵⁰² Grabenwarter - Pabel, "Der Grundsatz des fairen Verfahrens", s. 836.

⁵⁰³ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 161.

⁵⁰⁴ Marauhn - Merhof, "Grundrechtseingriff und -schränken", s. 414.

⁵⁰⁵ *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, para. 27 vd.; *X. and Y. v. the Netherlands*, App. No. 6753/74, Decision of 19 December 1974, para. 1 vd.

⁵⁰⁶ *Winterwerp v. the Netherlands*, App. No. 6301/73, Judgment of 24 October 1979, para. 36 vd.; *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 27.

⁵⁰⁷ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 62.

Bununla birlikte, Protokol 7 Madde 5'te güvence altına alınan eşler arasındaki eşitlik ilkesinde, eşlerin, kendi aralarındaki ve çocukları ile ilişkilerindeki özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar bakımından eşit olduğu düzenlenmiştir. Maddenin ikinci cümlesinde ise bu hükmün devletin çocukların çıkarları için gerekli olan önlemleri almasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Bu madde, çocukların hak sahipliğini onaylamasından ziyade⁵⁰⁸, çocukların haklarını kendi başlarına tetikleyemeyeceğini göstermektedir. Zira ilk cümlede, çocuk üzerindeki hak ve sorumluluklar velilere verilmişken, ikinci cümlede devlete de ayrıca yükümlülük yüklenmiştir. Bunların yanı sıra Protokol No. 1 Madde 2'de (P1-2) düzenlenen eğitim hakkında, ebeveynlerin de hak sahipliğini taşıması, aslında anayasal hakları kullanma ehliyetini imler. Çocuğun belirli bir erginliğe ve olgunluğa ulaşamaması dolayısıyla P1-2'nin ikinci cümlesinde ebeveynlere açıkça hak tanınmıştır. Velilerin veya vasilerin bu hakkı, Taraf Devletlerin ilgili yasalarında belirlendiği şekilde, çocuğun dini veya ideolojik konularda olgunluğa ulaşmasıyla, ancak en geç çocuğun reşit olmasıyla sona erer.⁵⁰⁹ Burada özellikle çocuğun eğitim hakkı ile ebeveynin çocuğun eğitimi seçme hakkı arasında bir gerilim ve çatışma ilişkisi oluşabilmektedir. Bu bakımdan korunan hukuki pozisyona ve müdahale türüne bağlı olarak çocuğun veyahut ebeveynin hakkına üstünlük tanınabilir. Her halükârda, çocuğun yaşı ve erginliği arttıkça çocuğun eğitim hakkının üstünlük kazanması gerekir.⁵¹⁰ Aslında bu kriterler, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden⁵¹¹ (ÇHS) de elde edilebilir.⁵¹² Sözgelimi ÇHS Madde 12'ye göre, çocuğun kendi görüşlerini ifade etme

⁵⁰⁸ Bu yönde bkz. Volker Röben, "Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, Grundrechtsgeltung", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 256.

⁵⁰⁹ Felix Hanschmann, "Artikel 2: Recht auf Bildung", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 772.

⁵¹⁰ Bkz. ve krş. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005, s. 146 vd., 164-166.

⁵¹¹ "Çocuk Hakları Sözleşmesi", Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 44/25 sayılı ve 20.11.1989 tarihli Kararıyla kabul edilmiş ve 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C. V, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2004, s. 175 vd.

⁵¹² Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 164; H. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun Kendi Görüşleri Doğrultusunda Eğitimi Belirleme Hakkı", **Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan**, Ed. by Bihterin Vural Dinçkol - Nihat Bulut - Rukiye Akkaya Kia - Cevat Okutan - Mehmet Akif Etkü - Hülya Dinçer, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 459.

haklı, çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilme erişkinliğine sahip olmasına bağlıdır. Nihayetinde çocuğun yeterli erişkinliğe gelmesi durumunda, artık çocukların haklarının velilerin/ebeveynlerin veyahut vasilerin haklarına üstün tutulması gerekir.

AIHM, çocuklar veyahut zihinsel engelliler için yaş veyahut hukuk ehliyeti bakımından herhangi bir başvuru ehliyetini öngörmemiştir. AIHM'in içtihat hukuku bakımından Sözleşme haklarını kullanma ehliyeti, Mahkeme'nin kararlarından ari, pratik ve fiili olarak ortaya çıkmaktadır.⁵¹³ Uygulamada çocukların⁵¹⁴ ve zihinsel engellilerin⁵¹⁵ başvuruları büyük ölçüde velileri veyahut vasiler tarafından gerçekleştirilmek mecburiyetinde kalınmaktadır.⁵¹⁶

Sözgelimi *Lautsi* kararında⁵¹⁷, çocukların eğitimi hususunda, Daire, çocukların dini konularda devlet tarafından ortaya konan bir tercihten kaynaklanan mesajdan uzak durmalarını sağlayacak eleştirel kapasiteden yoksun olduğunu kabul etmiştir.⁵¹⁸ Her ne kadar Büyük Daire, P1-2 çerçevesinde ebeveynler ile çocukların haklarını ayrı olarak incelese de, çocukların küçük yaşlarını göz önünde bulundurarak dini konularda, daha doğru bir deyişle çocukların negatif din özgürlüğünün sağlanmasından velinin sorumlu olduğunu kabul etmiştir.⁵¹⁹ Dolayısıyla, vakayla ilgili konuda belirli bir eleştirel kapasiteden yoksun olan veya kendi görüşlerini oluşturabilme erişkinliğine gelmemiş olan çocuğun kendi başına din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkını da etkileyemeyeceğini ve çocuğun bu menfaatinin yalnızca velisi veyahut vasisi tarafından korunabileceğini kabul etmek gerekir. Vakayla ilgili konuda eleştirel kapasiteye sahip olan veya kendi görüşlerini oluşturabilme erişkinliğine gelen çocuğun, din, vicdan ve kanaat özgürlüğünü tek başına kullanabileceğini kabul etmek gerekir.⁵²⁰

⁵¹³ Röben, "Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, Grundrechtsgeltung", s. 256.

⁵¹⁴ Sözgelimi bkz. *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979; *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011.

⁵¹⁵ Sözgelimi bkz. *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985.

⁵¹⁶ Röben, "Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, Grundrechtsgeltung", s. 256-257; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 62; Wolfgang Peukert, "Artikel 34: Individualbeschwerden", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 476.

⁵¹⁷ *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Judgment of 3 November 2009; *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011.

⁵¹⁸ *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Judgment of 3 November 2009, para. 48. Benzer yönde bkz. *Dahlab v. Switzerland*, App. No. 42393/98, Decision of 15 February 2001, para. 1.

⁵¹⁹ *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011, para. 73.

⁵²⁰ Bkz. ve krş. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 164-166; Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun Kendi Görüşleri Doğrultusunda Eğitimini Belirleme Hakkı", s. 459.

Sözleşme haklarını kullanma ehliyetini ilgilendirebilecek önemli bir vaka *Nielsen*⁵²¹ vakasıdır. Başvurucunun annesi ve babası 1968 ile 1973 yılları arasında evlenmeden birlikte yaşamışlardır. 1971'de doğan başvurucunun velayeti Danimarka yasalarına göre yalnızca annede kalmıştır. Başvurucunun anneye birlikte yaşamak istememe iradesinin 1979 yılında ortaya çıkması ve babanın bu zaman zarfında velayet savaşını kaybetmesi sonucunda başvurucunun evden kaçması veya eve dönmemesi gibi olaylar gerçekleşmiştir. Nitekim başvuru yaklaşık 2 ay boyunca babasının yanında gizlice kalmasından sonra annenin de rızasıyla başvuru çocuk psikiyatri kliniğine yerleştirilmiştir. Bu klinikten kaçan başvuru, 12 yaşındayken - 1983 yılında - sosyal yardım komitesinin ve aile doktorunun da tavsiyesiyle tekrar çocuk psikiyatri kliniğine yatırılmıştır.⁵²² Mahkeme, bu vakada başvurucunun AİHS Madde 5/1'den doğan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korumasını tetikleyip tetikleyemeyeceğini incelemiştir. Mahkeme bu vakanın ayırt edici niteliğini reşit olmayan bir kişinin velayet haklarının tek sahibi olan annesinin talebi üzerine hastaneye yatırılması olarak belirlemiştir.⁵²³ Hükümet, Madde 5'in yalnızca bireyleri bir kamu otoritesi tarafından gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakmalara karşı korumak için tasarlandığını; oysa mevcut davada, başvurucunun hastaneye yatırılmasına ilişkin kararın yalnızca anneye ait olduğunu ileri sürmüştür.⁵²⁴ Komisyon'a göre ise, çocuğun hastaneye yatırılmasıyla Taraf Devletin sorumluluğu devreye girmiş ve Madde 5'in uygulandığı bir özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olmuştur.⁵²⁵

AİHM, velilerin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi konusunda geniş yetkilere sahip olduğunu ve bu sebeple çocuğun nerede ikamet etmesi gerektiğine karar verme ve çocuğun özgürlüğüne çeşitli kısıtlamalar getirme veya başkalarına bu yetkiyi verme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.⁵²⁶ AİHM'e göre, başvurucuyu kliniğe yatırma kararı, aslında anne tarafından veli olarak alınan bir karardır. Başvurucunun klinikte tutulması, annenin münhasır velilik haklarına dayandığından, devletin bu husustaki dahli oldukça sınırlı kalmıştır.⁵²⁷ Bu sebeple Mahkeme, Madde 5'in vakaya

⁵²¹ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988.

⁵²² *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988, para. 9 vd.

⁵²³ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988, para. 59.

⁵²⁴ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988, para. 60.

⁵²⁵ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Decision of 10 March 1986.

⁵²⁶ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988, para. 61.

⁵²⁷ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988, para. 63.

uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.⁵²⁸

Halbuki vaka dikkatli bir şekilde incelendiğinde, başvurucunun psikiyatri kliniğinde tutulmasına karşı etkili bir şekilde itirazda bulunamadığı, başvuru hakkında alternatif bir incelemenin yapılmadığı ve devletin velinin münhasır bir takdiri ile 12 yaşındaki çocuğunu psikiyatri kliniğinde tutmasını denetlemediği görülmektedir. Bu vakada görülen gerçek husus, başvurucunun annenin münhasır velilik hakları çerçevesinde, iradesi dışında tutulmasına karşı kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunmasını tetikleyememesidir. Ancak kararda, AİHM başvurucunun böyle bir itirazının açıkça Madde 5'in kapsamında yer aldığını ifade etmiştir.

Rieme vakasında, kızı 1977'den (1 yaşından) 1986 yılına kadar çeşitli gerekçelerle koruyucu ailede bırakılan başvuru İsveç kamu makamlarının kızıyla yeniden bir araya gelmesini engellemesi sebebiyle 1986 yılında Sözleşme organlarına başvurmuştur.⁵²⁹ AİHM bu vakada 1986 yılından (10 yaşından) itibaren çocuğun başvuru ile görüşme sürelerinin çocuğun iradesine bırakılmasını yerinde bulmuştur. Mahkeme'ye göre, çocuğun yaşı ve olgunluğu bu süreyi belirlemeye yeterlidir.⁵³⁰ *Sommerfeld* vakasında, evlilik dışı doğan çocuğun babası olan başvuru çocuğun annesi ile ayrıldıktan çocukla iletişim kurması/görüşmesi annesi tarafından yasaklanmıştır. Başvurulan hukuki yollarda, ulusal mahkemeler çocuğu 10 yaşında ve 13 yaşında dinlemiş ve her ikisinde de çocuğun başvuru ile görüşmek istemediğine karar vermiştir.⁵³¹ Daire bu kararda tek başına çocuğun beyanlarını yeterli görmemiş ve çocuğun görünüşte kesin olan isteklerini değerlendirmek için uzman görüşünün de alınması gerektiğini belirtmiştir. Daire'ye göre, çocuk ile başvuru arasında iletişim kurma olanaklarına ilişkin ulusal mahkemelerin psikolojik rapor talep etmemesi, başvurucunun karar alma sürecine yeterince dahil edilmediğini ortaya koymuştur.⁵³² Ancak Büyük Daire, Daire'nin bu yorumunu benimsememiştir. Büyük Daire, özellikle çocuğun 13 yaşında tekrar dinlendiğinin altını çizerek⁵³³, başvuru ile çocuk arasındaki ilişkilere dair psikolojik uzman görüşü alınmamasının yargılamada bir kusur teşkil ettiği konusunda ikna olmadığını belirtmiştir.⁵³⁴

⁵²⁸ *Nielsen v. Denmark*, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988, para. 64.

⁵²⁹ *Rieme v. Sweden*, App. No. 12366/86, Judgment of 22 April 1992, para. 7 vd.

⁵³⁰ *Rieme v. Sweden*, App. No. 12366/86, Judgment of 22 April 1992, para. 73.

⁵³¹ *Sommerfeld v. Germany*, App. No. 31871/96, GC Judgment of 8 July 2003, para. 12 vd.

⁵³² *Sommerfeld v. Germany*, App. No. 31871/96, Judgment of 11 October 2001, para. 43-44.

⁵³³ *Sommerfeld v. Germany*, App. No. 31871/96, GC Judgment of 8 July 2003, para. 72.

⁵³⁴ *Sommerfeld v. Germany*, App. No. 31871/96, GC Judgment of 8 July 2003, para. 73.

Önemli vakalardan birisi de *Perovy* vakasıdır. *Perovy* vakasında, okulda akademik yılın başlangıcında, çocuğun ve ailesinin dini ve felsefi inançlarına aykırı olarak Ortodoks dini töreni gerçekleştirilmiştir.⁵³⁵ Bu vakada, başvuru tarihinde 9 yaşında olan çocuk ve ebeveynleri başvuru sahipleri. Mahkeme, ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına aykırı olması bakımından P1-2 çerçevesinde bir inceleme yaparken⁵³⁶, tek başına çocuk için AİHS Madde 9 çerçevesinde inceleme yapmıştır.⁵³⁷ Bununla birlikte, aslında AİHM, ebeveynlerin şikâyetlerini P1-2 kapsamında değerlendirmiş olmasından dolayı ebeveynler bakımından Madde 9 değerlendirmesini gerekli görmemiştir.⁵³⁸ Nitekim Mahkeme'nin P1-2 bakımından çocuğun şikâyetlerini dikkate almaması ise bir tutarsızlık oluşturmaktadır.

Sözleşme organları, çocukların tek başvuru olduğu başvuruları kabul etmiştir. *Forster* vakasında⁵³⁹ başvuru tarihinde 12 yaşında olan çocuğun başvurusunda mülkiyet hakkı bakımından; *Mikulić* vakasında⁵⁴⁰ başvuru tarihinde 3 yaşında olan başvuru özel yaşamın korunması hakkı bakımından herhangi bir kabul edilemezlik sorunu görmemiştir. *Mikulić* vakasının ayrıca Madde 8'nin ihlali ile sonuçlandığını not etmek gerekir.⁵⁴¹

Gerek AİHS metninde gerekse de AİHM içtihat hukukunda Sözleşme haklarını kullanma ehliyetine ilişkin sistematik bir kabul olmamakla birlikte, yaşlarına, erişkinliklerine, ayırt etme kabiliyetlerine ve olgunluklarına bağlı olarak çocuklar ve zihinsel engelli kişiler bakımından Sözleşme organları belirli ayrımlarda bulunmaktadır. Özellikle Sözleşme organlarının bazı kararlarının satır aralarından ulaşılacak olan Sözleşme haklarını kullanma ehliyeti, hukuki bir gereklilikten ziyade pratik bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

3.2.2.2. Neminem-laedere Gerekliliği

Bu başlık altında *neminem-laedere*/zarar vermeme gerekliliğinin tipikleştirilebildiği ve kristalleştirilebildiği iki konu olan mutlak haklar (3.2.2.2.1.) ve fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları (3.2.2.2.2.) kısaca incelenecektir.

⁵³⁵ *Perovy v. Russia*, App. No. 47429/09, Judgment of 20 October 2020, para. 5 vd.

⁵³⁶ *Perovy v. Russia*, App. No. 47429/09, Judgment of 20 October 2020, para. 52 vd.

⁵³⁷ *Perovy v. Russia*, App. No. 47429/09, Judgment of 20 October 2020, para. 70 vd.

⁵³⁸ *Perovy v. Russia*, App. No. 47429/09, Judgment of 20 October 2020, para. 69.

⁵³⁹ Bkz. *Forster v. Germany*, App. No. 20769/92, Decision of 29 June 1994.

⁵⁴⁰ Bkz. *Mikulić v. Croatia*, App. No. 53176/99, Judgment of 7 February 2002.

⁵⁴¹ Bkz. *Mikulić v. Croatia*, App. No. 53176/99, Judgment of 7 February 2002, para. 56 vd.

3.2.2.2.1. Mutlak Haklar

Mutlak hakların varlığı, bu hakların mutlaklığı ve bu mutlaklığın hukuki etkisi yukarıda anlatıldığından⁵⁴², burada bu konuya detaylı olarak değinilmeyecektir. AİHS’te tek aşamalı inceleme şemasına sahip ve mutlak hak niteliğindeki haklar, Madde 3’te düzenlenen işkence yasağı, Madde 4/1’de düzenlenen kölelik yasağı ve Madde 4/2’de düzenlenen zorla ve zorunlu çalıştırma yasağıdır.⁵⁴³ Bu hakların kapsamına müdahale niteliği taşıyan veya kapsamında yer alan menfaatleri, hukuki pozisyonları veya durumları olumsuz bir şekilde etkileyen her türlü davranış, pozisyon, durum ve menfaat, Sözleşme haklarının kapsamından tahdit edilmiştir.⁵⁴⁴

3.2.2.2.2. Fiziksel Şiddet Unsurunu İçeren Davranışları Yasaklayan Ceza Normları

Fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normlarının gerçekleştirildiği tahdit bakımından, Sözleşme’nin bir gerekliliği olarak, Taraf Devletler’in belirli ceza normlarını meri hukuka dahil etme yükümlülüğünün öngörüldüğü kararları göstermek yeterlidir. AİHS sistemi içerisinde Madde 2⁵⁴⁵, Madde 3⁵⁴⁶, Madde 4⁵⁴⁷ ve Madde 8⁵⁴⁸ bakımından Taraf Devletlerin belirli davranışları suç olarak düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁴⁹

⁵⁴² Bkz. **Bölüm 1.1.1.**

⁵⁴³ Bkz. **Bölüm 3.2.1.**

⁵⁴⁴ Bkz. *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, Judgment of 30 June 2008; *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010.

⁵⁴⁵ *Osman v. the United Kingdom*, App. No. 23552/94, GC Judgment of 28 October 1998, para. 115; *Öneryıldız v. Turkey*, App. No. 48939/99, GC Judgment of 30 November 2004, para. 93.

⁵⁴⁶ *M.C. v. Bulgaria*, App. No. 39272/98, Judgment of 4 December 2003, para. 153; *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010, para. 117; *Castero v. Italy*, App. No. 6884/11, Judgment 7 April 2015, para. 225

⁵⁴⁷ *Siliadin v. France*, App. No. 7331/01, Judgment of 26 July 2005, para. 112; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. No. 25965/04, Judgment of 7 January 2010, para. 285, 290-293, 299-300, 307-309; *C.N. v. the United Kingdom*, App. No. 4239/08, Judgment of 13 November 2012, para. 80.

⁵⁴⁸ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 27

⁵⁴⁹ Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 99 vd., 114; Laurens Lavrysen, “Positive Obligations and the Criminal Law: A Bird’s-Eye View on the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR**, Ed. by Laurens Lavrysen - Natasha Mavronicola, Oxford, Hart Publishing, 2020, s. 32 vd.; Jacopo Roberti di Sarsina - Katharina Braun, “Protecting Human Rights Through Criminal Law: The Revival of the Procedural Obligations”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Stephanie Schiedermaier - Alexander Schwarz - Dominik Steiger, Baden-Baden, Nomos, 2022, s. 15 vd.

X ve Y vakasında⁵⁵⁰, bir baba ve zihinsel engelli olan kızı başvuruçulardır. Vakada, zihinsel engelli kıza karşı tecavüz suçu işlenmesine rağmen, mağdurun kendisinin şikâyetinde bulunması gerektiği için başvuruçular ceza kanununun korumasını tetikleyememişlerdir.⁵⁵¹ Mahkeme, burada zihinsel engelli olan başvuruçuya tecavüz gibi bir fiil dolayısıyla yalnızca medeni kanunun korumasının sağlanmasının yeterli olmadığını belirtmiştir. Zira burada özel yaşamın temel değerleri ve özü söz konusudur. Dolayısıyla bu alanın korunmasında etkili bir caydırıcılığın sağlanması gerekir. Bu caydırıcılık ise ancak ceza kanunu ile sağlanır. Hollanda'nın ceza sisteminde, zihinsel engelli olan kişiler için usuli bir engel mevcuttur.⁵⁵² Nitekim AİHM, ceza kanunundaki bu boşluktan dolayı başvuruçuya karşı gerçekleştirilen fiil için ceza kanunun etkili bir koruma sağlamamasının, AİHS Madde 8'in ihlalini teşkil ettiğine kanaat getirmiştir.⁵⁵³ Mahkeme Taraf Devletler'in fiilleri suç olarak düzenleyip etkili bir koruma sağlama yükümlülüğünü, ciddi fiiller ile sınırlamıştır. Buna göre, kişiler arasında gerçekleşen daha hafif fiiller için ceza kanunun korumasının zorunlu değildir.⁵⁵⁴

Burada incelenmesi gereken diğer bir vaka da, *Laskey, Joggard ve Brown* vakasıdır. Bu vakada, yaklaşık elli eşcinsel erkeğin dahil olduğu, 10 yıl boyunca gizli bir şekilde gerçekleştirilen ve videoya kaydedilen kanamaya neden olan ve fakat kalıcı yaralanmaya veya tıbbi müdahale ihtiyacına yol açmayan rızaya dayalı sado-mazoşist cinsel eylemler sebebiyle başvuruçular saldırı ve yaralama suçlarından sırasıyla 18 ay, 6 ay ve 6 ay hapis cezalarına mahkûm olmuştur.⁵⁵⁵ Komisyon başvuruçuların özel yaşamın korunması hakkının kapsamı bakımından herhangi bir sorun görmemiş ve özel olarak ve karşılıklı cinsel tatmin amacıyla gerçekleştirdikleri davranışların Madde 8'in kapsamında olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁵⁶ Ancak Mahkeme'nin başvuruçuların davranışlarını Madde 8'in kapsamına dahil etmede isteksiz olduğu görülmüştür. Mahkeme'ye göre, kapalı kapılar ardında gerçekleştirilen her cinsel faaliyet mutlaka Madde 8'in kapsamına girmez. Mahkeme, bu gruba yeni üyeler alınmasını ve üyeler arasından dağıtılan birçok video kasetin çekilmesini dikkate alarak, vakanın

⁵⁵⁰ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985.

⁵⁵¹ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 7 vd.

⁵⁵² *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 27.

⁵⁵³ *X and Y v. the Netherlands*, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985, para. 30.

⁵⁵⁴ *Söderman v. Sweden*, App. No. 5786/08, GC Judgment of 12 November 2013, para. 85.

⁵⁵⁵ *Laskey, Joggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 8 vd.

⁵⁵⁶ *Laskey, Joggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Decision of 26 October 1995, para. 47.

özel koşullarında başvuruçuların cinsel faaliyetlerinin tamamen “özel yaşam” kapsamına girip girmediğinin belirsiz olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, hapis cezalarını dikkate alarak müdahalenin meşrulaştırılması aşamasına (demokratik toplumda gereklilik) geçmiştir.⁵⁵⁷ AİHM, Taraf Devletler’in tartışmasız bir şekilde üstlenmeye yetkili olduğu rollerden birinin, ceza hukuku yoluyla, cinsel bir faaliyet sırasında olsun veya olmasın fiziksel zarar vermeyi içeren faaliyetleri düzenlemeye çalışmak olduğunu düşünmektedir.⁵⁵⁸ Dahası Mahkeme, başvuruçuların sado-mazoşist cinsel faaliyetlerin önemsiz veya geçici olarak nitelendirilemeyecek derecede yaralanma içerdiğini tespit etmiştir.⁵⁵⁹ Bu sebeple, başvuruçuların davranışlarının cezalandırılmasını Taraf Devletin takdirine bırakmıştır.⁵⁶⁰ Ulusal makamlarının gerekçelerinin ilgili ve yeterli olduğunu kabul eden⁵⁶¹ Mahkeme, on yıldan fazla bir süre boyunca gerçekleşen yasadışı faaliyetlere nazaran yalnızca birkaç suç isnat edildiği sebebiyle başvuruçulara karşı alınan tedbirlerin orantısız olmadığına karar vermiştir.⁵⁶²

Mahkeme’nin bu *sorunlu* vakada hakkın kapsamını belirlemekten kaçınmasının yanı sıra, karara başvuruçuların davranışlarını hakkın kapsamında görme isteksizliğini özel olarak yansıtmaları söz konusudur. Hâkim Pettiti’nin farklı gerekçelere (davranışların hakkın kapsamından dışlanması gerektiğine) dayanan ayrık/mutabık görüşü dikkate alındığında⁵⁶³, Mahkeme’nin hakkın kapsamına ilişkin beyanları, büyük ihtimalle başvuruçuların davranışlarını hakkın kapsamında görmeyen hakimlerle, hakkın kapsamında görüp ihlal olmadığını bulgulayan hâkimler arasındaki uzlaşının bir yansımasıdır. Nitekim Gemalmaz’a göre, bu *obiter dictum*, insan onuru mülahazasıyla karara eklenmiştir.⁵⁶⁴ Burada ayrıca AİHM, fiziksel şiddeti/zararı içeren davranışların yasaklanmasının (ceza hukuku yoluyla düzenlenmesinin) Taraf Devletler’in

⁵⁵⁷ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 36.

⁵⁵⁸ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 43.

⁵⁵⁹ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 45.

⁵⁶⁰ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 46.

⁵⁶¹ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 48.

⁵⁶² *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, para. 49.

⁵⁶³ *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, App. No. 21627/93 and 2 others, Judgment of 19 February 1997, Concurring Opinion of Judge Pettiti.

⁵⁶⁴ H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, s. 213.

tartışmasız rollerinden biri olduğunu kabul etmiştir.

Sonuç olarak, AİHS sisteminde belirli bir ağırlığa ulaşan kişiler arası fiillere Taraf Devletler'in şiddet içeren davranışları yasaklayan ceza normlarıyla mağdurlara etkili bir koruma sağlanması ve failleri caydırma yükümlülüğünün öngörülmesi sebebiyle, Sözleşme'ye uygunluğu tartışmasız olan ve şiddet unsurunu içeren fiilleri yasaklayan ceza normlarının düzenlediği davranışların Sözleşme haklarının kapsamından çıkarılması ve Sözleşme haklarının tahdit edilmesi gerçekleştirilmiş olur.

3.2.2.3. İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler

İçkin sınırlama kategorisi olarak, iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisinin AİHS sisteminde bazı normatif dayanakları bulunmaktadır.⁵⁶⁵ AİHS Madde 11/2'de, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün silahlı kuvvetler, polis ve idare mensuplarına devletin yasal sınırlama uygulamasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Burada idare kavramı bütün kamu hizmetini kapsamayıp, özgün kamu hizmetlerini kapsadığından, bu kloz dar bir şekilde yorumlanmaktadır.⁵⁶⁶ Bunun yanı sıra, Madde 10/2'de belirtilen "görevler ve sorumluluklar" ibaresi, basın özgürlüğündeki kullanım alanının yanı sıra, kamu hizmeti gören kişilerin görev ve sorumluluklarının verili bir vakada dikkate alınması işlevini görmektedir.⁵⁶⁷ Bu bakımdan, AİHS Madde 10/2 de iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisi için bir temel sağlamaktadır.

Stevens vakasında incelenen olay başvurusunun oğlunun okulda kravat takmadığı için eve gönderilmesidir. Başvurucu, oğlunun okuldan ayrılmasına yaklaşık 1 ay kaldığı için kravat almayı reddetmiş ve oğlu yedi gün boyunca her sabah müdürün odasına çağırılmış, okuldan atılmakla tehdit edilmiş ve bu durum oğlunun ciddi şekilde aşağılanmasına neden olmuştur. Kıyafet zorunluluğu dolayısıyla, başvuru özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHK, öncelikle mahkûmlara cezaevi kıyafeti giyme zorunluluğu tutulmasının AİHS Madde 8/1'in kapsamında olduğunu hatırlatmıştır. Ancak bu vakayı, ceza infaz kurumlarına ilişkin vakalardan⁵⁶⁸ ayırmıştır. Komisyon'a göre, cezaevi üniformaları belirli bir damgayı

⁵⁶⁵ Bkz. Sebastian Graf Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis: Eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, s. 135-136

⁵⁶⁶ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 67-68. Ayrıca bkz. Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 467; Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 135.

⁵⁶⁷ Bkz. *Wille v. Liechtenstein*, App. No. 28396/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 64; *Kudeshkina v. Russia*, App. No. 29492/05, Judgment of 26 February 2009, para. 85-86.

⁵⁶⁸ Bkz. *McFeeley v. the United Kingdom*, App. No. 8317/78, Decision of 15 May 1980; *X. v. the United Kingdom*, App. No. 8231/78, Decision of 6 March 1982.

imlemekte ve belirli bir statüye işaret etmektedir. Ayrıca bu üniformalar cezaevinde her zaman giyilmek zorundadır. Bu sebeple Komisyon, okul binalarında okul saatleri içinde kıyafetle ilgili kuralların getirdiği herhangi bir kısıtlamanın, AİHS Madde 8/1'e aykırı olarak özel ve aile hayatına saygı hakkına bir müdahale teşkil edecek kadar ciddi olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁵⁶⁹

Glaserapp vakasında⁵⁷⁰ başvurucu, stajyer öğretmen ve geçici kamu görevlisi olarak atandıktan sonra, stajını tamamlayıp ortaokul öğretmeni olarak atanmak üzere başvuruda bulunmuştur. Bu başvurudan önce, başvurucunun bulunduğu eyalette, radikallerin istihdamını düzenleyen bir kararname yürürlüğe girmiştir. Bu kararnamede, kamu hizmetine başvuran adayların anayasaya aykırı faaliyette bulunamayacağı ve kamu görevlilerinin anayasaya sadakat yükümlülüğü düzenlenmiştir. Başvurucunun ortaokul öğretmeni olarak atanması için yaptığı başvurudan sonra, başvuru hakkında idare tarafından bir soruşturma yapılmıştır. Bu soruşturmanın sonucunda, başvurucunun, daha önce FAYM tarafından anayasaya aykırı olduğu için kapatıldıktan sonra⁵⁷¹ tekrar aynı adla açılan Almanya Komünist Partisi (KPD) ile yakınlığı olan Maoist Komünist örgüt üyelerinin üye olduğu bir komünde 2 yıl boyunca yaşadığı raporlanmıştır. Bu raporun başvurucuya verilmesinin ardından başvuru, talep ettiği ataması gerçekleşse de, basına kendisinin bir KPD üyesi olmadığını ama bundan arı olarak KPD'nin politikalarını destekleyebileceği yönünde ifadelerde bulunmuştur. Bunun üzerine, idare başvurucunun KPD'nin politikalarını açıkça desteklemediğini belirtmediği için başvurucuyu ihraç etmiştir.⁵⁷² AİHM, memuriyete girişin bu vakanın merkezinde yer aldığını ve bu nedenle ifade özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁵⁷³

Ancak AİHM'in bu kararı oldukça sorunludur. Zira başvurucunun ihraç olmasından önceki statüsü iyi tespit edilmemiştir. Başvurucu, geçici memur statüsünde kabul edilse bile, kamu hizmeti vermektedir. Kaldı ki başvurucunun ihracından önce, başvurucunun talep ettiği ataması da gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla bu vakanın merkezinde yer alan husus, memuriyete giriş değil, başvurucunun basına yaptığı açıklamalardan dolayı ihraç edilmesidir. Özellikle AİHM'in benzer ve hatta başvurucunun

⁵⁶⁹ *Stevens v. the United Kingdom*, App. No. 11674/85, Decision 3 March 1986, para. 1.

⁵⁷⁰ *Glaserapp v. Germany*, App. No. 9228/80, Judgment of 28 August 1986.

⁵⁷¹ Bkz. BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbot [1956].

⁵⁷² *Glaserapp v. Germany*, App. No. 9228/80, Judgment of 28 August 1986, para. 12 vd.

⁵⁷³ *Glaserapp v. Germany*, App. No. 9228/80, Judgment of 28 August 1986, para. 53.

argümanlarının daha zayıf olduğu vakalarda verdiği ihlal kararları dikkate alındığında⁵⁷⁴, burada Mahkeme'nin başvuruçunun anayasaya sadakat yükümlülüğünü de dikkate alarak, ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale olmadığına karar verdiğini kabul etmek gerekir.⁵⁷⁵

Kalaç vakasında, komutanlığın hukuk işleri müdürü olarak görev yapan başvuruçucu, Süleymanî tarikatine bağlı olduğu ve bunu dini örgütün ibadetlerine/ritüellerine katıldığı için yasadışı köktendinciliği benimsediği gerekçesiyle zorla emekliye ayrılmıştır.⁵⁷⁶ AİHM, öncelikle başvuruçunun askeri bir kariyer seçerek, doğası gereği (*by its very nature*) silahlı kuvvetler mensuplarının hak ve özgürlüklerine sivilere uygulanamayacak sınırlamalar getirme olasılığını içinde saklı tutan (*implied*) bir askeri disiplin sistemini kendi rızasıyla kabul ettiğini tespit etmiştir. AİHM'e göre, devletler orduları için askerlik içerisinde yerleşik bir düzene aykırı olan belirli türdeki davranışları, özellikle askerlik hizmetinin gerekliliklerini yansıtan disiplin yönetmelikleriyle yasaklayabilir.⁵⁷⁷ Mahkeme burada başvuruçunun İslam dininin *normal* biçimdeki yükümlülükleri yerine getirebildiğini tespit etmiştir. Sözelimi başvuruçunun günde beş vakit namaz kılmasına, Ramazan ayında oruç tutmasına ve Cuma namazlarına katılmasına izin verilmiştir.⁵⁷⁸ AİHM, bu vakada başvuruçunun dinini açığa vurma şeklinden dolayı değil, bir tarikatın öğretilerini benimseyerek askeri disiplini ve laiklik ilkesini ihlal ettiği için zorla emekliye ayrıldığına ve bu sebeple bunun Madde 9'a bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir.⁵⁷⁹

Bakılması gereken bir diğer vaka Komisyon'un incelediği *Karaduman* vakasıdır. Bu vakanın konusu, başörtülü bir üniversite öğrencisi olan başvuruçunun mezuniyet belgesi için başörtülü fotoğraf verdiği için üniversite disiplin yönetmelikleri ve YÖK tarafından çıkarılan 30 Aralık 1982 tarihli genelge uyarınca başvurusunun reddedilmesidir.⁵⁸⁰ AİHK, diploma belgelerine yapıştırılacak kimlik fotoğraflarına ilişkin kuralların üniversitenin cumhuriyetçi ve laik niteliğini korumak amacıyla üniversite

⁵⁷⁴ Bunun için bkz. *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995; *Wille v. Liechtenstein*, App. No. 28396/95, GC Judgment of 28 October 1999.

⁵⁷⁵ *Glasenapp* kararı ile aynı tarihte verilen ve *Glasenapp* vakası ile oldukça benzeşen *Kosiek* kararında da ifade özgürlüğü hakkının kapsamına bir müdahale olmadığı kabul edilmiştir. Bkz. *Kosiek v. Germany*, App. No. 9704/82, Judgment of 28 August 1986, para. 39.

⁵⁷⁶ *Kalaç v. Turkey*, App. No. 20704/92, Judgment of 1 July 1997, para. 7 vd., 25.

⁵⁷⁷ *Kalaç v. Turkey*, App. No. 20704/92, Judgment of 1 July 1997, para. 28.

⁵⁷⁸ *Kalaç v. Turkey*, App. No. 20704/92, Judgment of 1 July 1997, para. 29.

⁵⁷⁹ *Kalaç v. Turkey*, App. No. 20704/92, Judgment of 1 July 1997, para. 30-31.

⁵⁸⁰ *Karaduman v. Turkey*, App. No. 16278/90, Decision of 3 May 1993.

kurallarının bir parçasını oluşturduğunu gözlemlemiştir. Aynı şekilde Komisyon, yükseköğrenimini seküler bir üniversitede sürdürmeyi seçerek, farklı inançlara sahip öğrenciler arasında uyumlu bir şekilde bir arada yaşamayı sağlamak amacıyla, öğrencilerin dinlerini açığa vurma özgürlüğünü yer ve şekle ilişkin sınırlamalara tabi kılabilen üniversite kurallarını kabul ettiği görüşündedir. Özellikle nüfusun büyük çoğunluğunun tek bir dine bağlı olduğu ülkelerde, yer ve şekil konusunda herhangi bir sınırlama olmaksızın söz konusu dinin ibadetlerinin gerçekleştirilmesi ve sembollerinin takılması/giyilmesi, bu dini benimsemeyen veya başka bir dine bağlı olan öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir. Seküler üniversitelerin öğrenciler için kıyafet kuralları belirlediği durumlarda, bazı radikal/köktendinci hareketlerin yüksek öğretimde kamu düzenini bozmamasını veya başkalarının inançlarını etkilememesini sağlayabilir. AİHK, seküler bir üniversitede okuyan bir öğrencinin, eşyanın doğası gereği (*by the nature of things*) başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla konulan belirli davranış kurallarına içkin bir şekilde (*implicitly*) tabi olduğunu belirtir. Seküler bir üniversitenin yönetmelikleri, öğrencilere verilen diplomaların bu öğrencilerin içinde yer alabilecekleri belirli bir dine bağlılığı gösteren bir davranış ve kimliğin hiçbir şekilde yansıtmamasını da gerektirebilir. Bunların yanı sıra AİHK, diplomanın kişinin dini inançlarını göstermek için kullanılamayacağını not düşmüştür. Sonuç olarak Komisyon, seküler bir üniversite sisteminin gerekliliklerini göz önünde bulundurarak, öğrencilerin kıyafetlerinin düzenlenmesinin ve bu düzenlemelere uymadıkları sürece diploma verilmemesi gibi idari hizmetlerden mahrum bırakılmalarının Madde 9'da düzenlenen din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmadığına karar vermiştir.⁵⁸¹

Gemalmaz, *Kalaç* ve *Karaduman* vakalarında hakkın kapsamı aşamasının aşıldığını ve fakat müdahalenin tespit edilemediğini ifade etmiştir.⁵⁸² Ancak kanaatimce bu tespit *Kalaç* vakası bakımından yerinde değildir. Hakkın kapsamı ve sınırlama aşamalarının iç içe geçmeden ayrıldığı kabul edildiğinde, müdahalenin bulunmaması yalnızca müdahalenin/sınırlamanın niteliklerine bağlı olması gerekir. Ancak *Kalaç* vakasında Mahkeme, başvurucunun davranışlarına dayanarak (askeri disipline ve laiklik ilkesine aykırı hareket etme) hakkın kapsamına bir müdahale gerçekleşmediğini tespit etmiştir. *Karaduman* vakasında ise Komisyon, büyük ölçüde müdahalenin niteliklerine dayanarak müdahalenin bulunmadığını tespit etmiştir. Ancak bu vakada

⁵⁸¹ *Karaduman v. Turkey*, App. No. 16278/90, Decision of 3 May 1993.

⁵⁸² Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, s. 1283, 1292-1294.

Komisyon'un Madde 9'un kamusal alanda dinin tatbikinin/ibadetinin her zaman güvence altına almadığına ve radikalliğe/köktencilığe yaptığı vurguyu da ayrıca not etmek gerekir.⁵⁸³ Her halükârda bu kararlara bakıldığında, kişilerin iradi olarak kamu kurumlarına katıldığında, bu kurumların gerçekleştirdiği kamu hizmetinin gerektirdiği kurallar ile bağlı olduğu ve bu kuralların kişilerin Sözleşme haklarının kapsamı üzerinde bir tahdit oluşturduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Sözleşme organlarının iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisi ile ilgili vakaları daha çok sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasında çözmektedir.⁵⁸⁴ Mahkeme, Sözleşme haklarında⁵⁸⁵, özellikle ifade özgürlüğü hakkında⁵⁸⁶, başvuru memurların yerine getirdiği kamu hizmetini başvurusunun normatif argümanları bakımından etkisini dikkate almaktadır.⁵⁸⁷ Nitekim, öğrencilerin⁵⁸⁸ veya mahkûmların⁵⁸⁹ söz konusu olduğu vakalarda, bu kişi gruplarının bağlı/mensup olduğu kurumun yerine getirdiği kamu hizmeti ve fonksiyon dikkate alınmaktadır.⁵⁹⁰ Nitekim mahkûmların haberleşmelerinin/mektuplarının kontrolünde, AİHM kural olarak mahkûmların haberleşmelerinin denetlenmesinin Madde 8'e uygun olduğunu kabul etmekte ve başvurulara devletin bu alanda belirli bir sınırı aştığına dair ispat külfeti yüklemektedir.⁵⁹¹

⁵⁸³ *Karaduman v. Turkey*, App. No. 16278/90, Decision of 3 May 1993.

⁵⁸⁴ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 139 vd.

⁵⁸⁵ AİHS Madde 5 bakımından bkz. *Engel and Others v. the Netherlands*, App. No. 5100/71 and 4 others, Judgment of 8 June 1976, para. 59.

⁵⁸⁶ AİHM burada özellikle Madde 10/2'de belirtilen "görevler ve sorumluluklar" ibaresine dayanır. Bkz. *Hadjianastassiou v. Greece*, App. No. 12945/87, Judgment of 16 December 1992, para. 45-46; *Ahmed and Others v. the United Kingdom*, App. No. 22954/93, Judgment of 2 September 1998, para. 61; *Rekvényi v. Hungary*, App. No. 25390/94, GC Judgment of 20 May 1999, para. 43; *Wille v. Liechtenstein*, App. No. 28396/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 64; *Lahr v. Germany*, App. No. 16912/05, Decision of 1 July 2008, para. 1; *Kudeshkina v. Russia*, App. No. 29492/05, Judgment of 26 February 2009, para. 85-86.

⁵⁸⁷ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 140-143.

⁵⁸⁸ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 111 vd.; *Köse and Others v. Turkey*, App. No. 26625/02, Decision of 24 January 2006; *Dogru v. France*, App. No. 27058/05, Judgment of 4 December 2008, para. 64 vd.; *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011, para. 69 vd.

⁵⁸⁹ *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 45; *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, App. No. 7819/77; 7878/77, Judgment of 28 June 1984, para. 69; *Silver and Others v. the United Kingdom*, App. No. 5947/72 and 6 others, Judgment of 25 March 1983, para. 101 vd.; *Kwiek v. Poland*, App. No. 51895/99, Judgment of 30 May 2006, para. 39.

⁵⁹⁰ Kielmansegg, **Grundrechte im Näheverhältnis**, s. 143-145.

⁵⁹¹ Bkz. *Silver and Others v. the United Kingdom*, App. No. 5947/72 and 6 others, Judgment of 25 March 1983, para. 98; *Pfeifer and Plankl v. Austria*, App. No. 10802/84, Judgment of 25 February 1992, para. 46; *Kwiek v. Poland*, App. No. 51895/99, Judgment of 30 May 2006, para. 39.

Vogt vakası⁵⁹², bir siyasi partiye üye olan ve onun siyasi faaliyetlerine katılan bir öğretmenin görevden uzaklaştırılmasını ve ihraç edilmesini konu alır. Alman Komünist Partisi (*Deutsche Kommunistische Partei/DKP*) üyesi olan başvuru, memur olduktan sonra da bu partinin faaliyetlerine katılmış ve 1982 eyalet meclisi seçimlerinde DKP adayı olduğu belirlenmiştir. Yapılan disiplin soruşturmasında başvuru, DKP adına broşür dağıttığı, siyasi toplantılarda DKP'yi temsil ettiği ve 1983 federal seçimlerde DKP adayı olduğu tespit edilmiştir. Bu soruşturma neticesinde, 1986 yılında, başvuru görevden uzaklaştırılmış ve maaşının %60'ı ödenmeye başlanmıştır. 1987 yılında ise başvuru ihraç edilmiştir. Başvurucunun yapılan bu işleme karşı itirazları iç hukuk nezdinde sonuçsuz kalmıştır. Bununla birlikte, 1991 yılında görevine geri dönmüştür.⁵⁹³

AlHM benzeri diğer kararların aksine⁵⁹⁴, burada devlet memuru olarak atanan bir kişinin görevden alınmasının Sözleşme kapsamındaki haklarından birisini ihlal etmesi halinde, bu durumdan şikâyetçi olabileceğini kabul etmiştir. AlHS Madde 11/2'ye dayanarak, Sözleşme'nin genel olarak memurların Sözleşme haklarından ve bu vakada ise AlHS Madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkında yararlanabileceği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁹⁵ Bu bağlamda AlHM, ifade özgürlüğü hakkına yapılan bu müdahalenin meşrulaştırılıp meşrulaştırılamayacağını incelemeye geçmiştir. Müdahalenin yasa tarafından öngörüldüğünü⁵⁹⁶ ve meşru bir amaca dayandığını⁵⁹⁷ kabul ettikten sonra yapılan demokratik bir toplumda gereklilik incelemesinde, memurların ifade özgürlüğü hakkı bakımından, AlHS Madde 10/2'de geçen "görevler ve sorumluluklar" ibaresinin göz önüne alınacağını belirtmiştir.⁵⁹⁸ Büyük Daire burada, ulusal makamlar/mahkemeler nezdinde DKP'nin amaçlarının Federal Almanya Cumhuriyeti'nin sosyal yapılarını ve anayasal düzenini yıkmak olduğunu göz önüne almıştır.⁵⁹⁹ AlHM, ayrıca demokratik bir devletin, kamu görevlilerinden, üzerinde kurulduğu anayasal ilkelere sadık olmalarını talep etme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme Almanya'nın özel durumunu da dikkate alarak Weimar döneminde yaşanan

⁵⁹² *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995.

⁵⁹³ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 7 vd.

⁵⁹⁴ *Kosiek v. Germany*, App. No. 9704/82, Judgment of 28 August 1986; *Glaser v. Germany*, App. No. 9228/80, Judgment of 28 August 1986.

⁵⁹⁵ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 43.

⁵⁹⁶ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 48.

⁵⁹⁷ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 51.

⁵⁹⁸ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 53.

⁵⁹⁹ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 58.

tecrübelerin tekrar yaşanmaması için mücadeleci bir demokrasi anlayışının benimse-
nebileceğini dile getirmiştir. Bunula birlikte Mahkeme, memurlara yüklenen bu sada-
kat yükümlülüğünün mutlak niteliğine dikkat çekmiştir. Bu yükümlülüğün görevi fark
etmeksizin bütün memurlara mutlak bir şekilde uygulanması, kamu hizmeti ile özel
yaşam arasında bir ayırım yapılmasına izin vermez. AİHM, burada Avrupa konsensü-
süne da başvurmuş, Avrupa Konseyi'ne üye başka hiçbir devlette böyle bir katı yü-
kümlülüğün bulunmadığını belirterek, Almanya'nın mevcut durumdaki konumunu
izole etmiştir.⁶⁰⁰ AİHM yerinde bir şekilde burada başvurunun gördüğü kamu hiz-
metini ve somut olarak derslerinde öğrencilere telkinde bulunup bulunmadığını dik-
kate almıştır. Bu bakımdan, yalnızca Almanca ve Fransızca dersini veren başvuru-
nun ders sırasında herhangi bir öğrenciye telkinde bulunmadığı gibi, gerek okul ida-
resi, gerek veliler ve gerekse de ulusal makamlar tarafından yerine getirdiği kamu
hizmeti büyük saygıyla karşılanmıştır. Nitekim, öğretmenler, öğrencileri üzerinde oto-
rite sahibi olduklarından, öğretmenin görev ve sorumlulukları okul dışındaki faaliyet-
lerini de kapsar. Bununla beraber, başvurunun görevi dışında bile anayasa karşıtı
beyanlarda bulunduğunu veya kişisel olarak anayasa karşıtı bir tutum benimsediğine
dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır. AİHM'in dikkate aldığı diğer bir husus ise DKP'nin
yasaklanmamış bir parti olması ve dolayısıyla başvurunun DKP adına yürüttüğü
faaliyetlerin tamamen yasal olmasıdır.⁶⁰¹ Mahkeme bu hususları dikkate alarak, Hü-
kümet'in başvurunun ifade özgürlüğü hakkına müdahalesini haklı göstermek için
öne sürdüğü gerekçelerin başvurunun görevden alınmasının gerekli olduğunu ikna
edici bir şekilde ortaya koyamadığına karar vermiştir. Bu konuda, Büyük Daire, Taraf
Devlet lehine belirli bir takdir marjı tanınsa bile, başvurunun görevden alınmasının
izlenen meşru amaçla orantısız olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁰²

Özellikle mahkûmları ilgilendiren vakalarda⁶⁰³, AİHM'in başvuru-
cuların mahkûm olmaları dolayısıyla Sözleşme haklarını tahdit etmediği görülmektedir. Söz-
gelimi *Hirst* vakasında⁶⁰⁴, ağır kişilik bozukluğuna sahip olan başvuru-
cudan mahkûm olmuştur. Cezası 1994 tarihinde sona ermesine rağmen, Şartlı

⁶⁰⁰ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 59.

⁶⁰¹ *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 60.

⁶⁰² *Vogt v. Germany*, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995, para. 61.

⁶⁰³ Sözgelimi bkz. *Silver and Others v. the United Kingdom*, App. No. 5947/72 and 6 others, Judgment of 25 March 1983; *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, App. No. 7819/77; 7878/77, Judgment of 28 June 1984; *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005.

⁶⁰⁴ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005.

Tahliye Kurulu, risk ve tehlikelilik değerlendirmesine ve topluma ciddi ölçüde zarar verme riskinin devam ettiği kanaatine dayanarak, başvurucunun tutulma halinin devamına karar vermiştir. Bu tutulmanın bir diğer sonucu ise başvuru parlamento ve belediye seçimlerinde oy kullanmaktan men edilmesidir.⁶⁰⁵

AlHK önüne gelen daha önceki bir vakada, Komisyon, mahkûmların oy verme hakkının yasama organının takdir alanına bırakarak, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁶⁰⁶ Büyük Daire, *Hirst* kararında ise kural olarak mahkûmların Sözleşme haklarından faydalanabileceğini ve mahkûmların Sözleşme'den kaynaklanan haklarına getirilen sınırlamaların gerekçelendirilmesi gerektiğini açıkça kabul etmiştir. Bunun hemen akabinde ise bu sınırlamaların hapis koşullarından kaynaklanan, güvenlik, özellikle de suç ve düzensizliğin önlenmesinde gerekçesini bulabileceğini belirtmiştir.⁶⁰⁷ AlHM'e göre, bir mahkûmun mahkûmiyeti ile birlikte Sözleşme haklarının korumasını kaybetmesi söz konusu değildir. Hoşgörü ve açık fikirliliğin demokratik bir toplumun ayırt edici özellikleri olarak kabul edildiği Sözleşme sisteminde, otomatik hak mahrumiyetine yer yoktur.⁶⁰⁸ Bununla beraber, bu hoşgörü ve açık fikirlilik standardı, demokratik bir toplumun Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik davranışlara karşı kendini korumak için önlem almasını engellemez. Ancak her halükârda kişilerin haklarından mahrum bırakılması gibi ağır bir tedbire en son başvurulması ve burada yaptırım ile bireyin davranışları arasında makul bir bağlantı olması gerekir.⁶⁰⁹

AlHM burada öncelikle Avrupa konsensüsünü dikkate almıştır. Sözleşmeciler Devletler arasında bu konuda bir konsensüs olmasa da, Birleşik Krallık'ın tüm mahkûmları oy kullanma hakkından re'sen mahrum bırakması konusunda azınlıktadır.⁶¹⁰ Bu nedenle, Taraf Devletin takdir marjı burada geniş olmakla birlikte her şeyi de kapsamaz.⁶¹¹ Vakada, cezalarının süresine, işlenen suçun niteliğine veya

⁶⁰⁵ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 11 vd..

⁶⁰⁶ *Holland v. Ireland*, App. No. 24827/94, Decision of 14 April 1998.

⁶⁰⁷ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 69.

⁶⁰⁸ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 70.

⁶⁰⁹ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 71.

⁶¹⁰ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 81.

⁶¹¹ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 82.

ağırlığına bakılmaksızın, mahkûmlar re'sen oy kullanma hakkından mahrum bırakılmaktadır. Sözleşme hakkına yönelik böylesine genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen bir sınırlama, ne kadar geniş olursa olsun kabul edilebilir bir takdir marjının dışında kalmakta ve Protokol No. 1 Madde 3 (P1-3) ile bağdaşmamaktadır.⁶¹² Bu sebeple Büyük Daire, P1-3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶¹³

Sonuç olarak, Sözleşme organları, AİHS sisteminde, iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisini ilgilendiren bazı vakalarda, hakkın kapsamını tahdit ederken; birçok vakada ise bu kategoriyi başvurucunun normatif argümanlarını zayıflatan bir etken olarak dikkate almıştır.

3.2.2.4. Kurumsal Anayasal Haklar

Sözleşme ve Protokolleri'nde yer alan hakların kurumsal boyutu bulunmaktadır. Bu husus, yargılamaya ilişkin haklarda, özellikle adil yargılanma hakkında daha bariz bir şekilde görülmektedir. Zira yargılamaya ve usule ilişkin hakların kapsamı, büyük çoğunlukla yasa tarafından düzenlenmeye ihtiyaç duyar.⁶¹⁴ Bununla birlikte, hakların kurumsal boyutu ile kurumsal hakları birbirine karıştırmamak gerekir. Sözleşme çerçevesinde düzenlenen kurumsal haklar, Madde 12'de düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkı (3.2.2.4.1.) ve P1-1'de düzenlenen mülkiyet hakkıdır (3.2.2.4.2.). Sözleşme'de güvence altına alınan bu kurumsal hakların, bu çalışma kapsamında belirlenen kurumsal haklara ilişkin dogmatik ve teoriyi⁶¹⁵ ne ölçüde yansıttığının incelenmesi gerekir.

3.2.2.4.1. Madde 12: Evlenme ve Aile Kurma Hakkı

AİHS Madde 12'ye göre, evlenme yaşındaki erkekler ve kadınlar, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara göre evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Sözleşme'de düzenlenen diğer haklardan farklı olarak evlenme ve aile kurma hakkı basit yasa kaydına tabidir.⁶¹⁶ Norm metnine bakıldığında, “bu hakkın kullanımını düzenleyen” ibaresiyle yasama organına/ulusal makamlara, hakkı sınırlamaktan öteye geçen bir takdir alanının bırakıldığı görülmektedir. Nitekim hazırlık çalışmalarından

⁶¹² *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 82.

⁶¹³ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 85.

⁶¹⁴ Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 161.

⁶¹⁵ Bkz. **Bölüm 1.2.4. ve Bölüm 2.3.4.**

⁶¹⁶ Krş. Yüksel Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı”, **Te-razi Hukuk Dergisi**, Sayı 2, 2006, pp. 99-109, s. 100-101, 105.

görüldüğü kadarıyla⁶¹⁷, diğer haklara nazaran evlenme ve aile kurma hakkı bakımından Taraf Devletlere/yasama organına evlenmenin ve aile kurmanın şartlarını belirlemek için daha geniş bir alan bırakıldığı açıktır. AİHM'e göre Madde 12, evliliğin ulusal hukuk tarafından düzenlenmesini açıkça öngörmektedir. Hassas ahlaki tercihler ve çocukların korunmasına ve güvenli aile ortamlarının teşvik edilmesine verilecek önem göz önüne alındığında, Mahkeme'nin toplumun ihtiyaçlarını en iyi şekilde değerlendirebilecek ve bunlara cevap verebilecek makamların yerine kendi kararını koymakta acele etmemesi gerekir.⁶¹⁸ Özel yaşama saygı hakkını düzenleyen ve evlenme ve aile kurma hakkı ile yakın bir ilişkisi bulunan AİHS Madde 8'in aksine, Madde 12, Madde 8/2'de yer alan meşru amaçları takip etme, yasaya uygun olma veya demokratik toplumda gerekli olma gibi sınırlamanın sınırlarına veyahut nitelikli sınırlama kaydına sahip değildir. Bu bakımdan, Madde 12 bakımından incelenen bir vakada, "gereklilik veya "zorunlu sosyal ihtiyaç" testleri uygulanmaz. Bununla birlikte, Taraf Devletin takdir marjı göz önünde bulundurularak müdahalenin keyfi veya orantısız olup olmadığı belirlenir.⁶¹⁹ Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin bu alanda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu, ancak AİHS Madde 12 kapsamında güvence altına alınan haklara ulusal hukuk tarafından getirilen sınırlamaların meşru bir amaç için getirilmesi ve bu amaca ulaşmak için makul bir sınırın ötesine geçmemesi gerektiğini belirlemiştir.⁶²⁰ Burada klasik bir ölçülülük incelemesi veya Madde 8-11'deki bir gereklilik incelemesi söz konusu değildir. Zira Taraf Devletler, evlenme ve aile kurma hakkını, yalnızca hakkın özüne zarar verecek şekilde veya ölçüde sınırlamamalı veya müdahale etmemelidir.⁶²¹

⁶¹⁷ Arthur Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. III, The Hague, Martinus Nijhoff, 1976, s. 292, 320, 322; Arthur Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. VI, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985, s. 288, 290; William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 531-533.

⁶¹⁸ *B. and L. v. the United Kingdom*, App. No. 36536/02, Judgment of 13 September 2005, para. 36.

⁶¹⁹ *Frasik v. Poland*, App. No. 22933/02, Judgment of 5 January 2010, para. 90; *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, App. No. 34848/07, Judgment of 14 December 2010, para. 84.

⁶²⁰ *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, App. No. 34848/07, Judgment of 14 December 2010, para. 84, 87.

⁶²¹ *Rees v. the United Kingdom*, App. No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986, para. 50; *F. v. Switzerland*, App. No. 11329/85, Judgment of 18 December 1987, para. 32; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. No. 28957/95, GC Judgment of 11 July 2002, para. 97; *B. and L. v. the United Kingdom*, App. No. 36536/02, Judgment of 13 September 2005, para. 34; *Frasik v. Poland*, App. No. 22933/02, Judgment of 5 January 2010, para. 88; *Schalk and*

Buraya kadar yapılan incelemede, yasama organına verilen geniş takdir alanı ve devletin müdahalesinin hakkın özünü sınırlı olması bakımından, evlenme ve aile kurma hakkının, bir kurumsal anayasal hak yapısına oldukça benzediği görülmektedir. Bununla beraber, bu hakkın kurumsal hak olma niteliğinin bir içkin sınırı karşılayıp karşılamadığını incelemek gerekir.

Evlenme hakkı bakımından, norm metninde belirtilen tipiklik/nitelikler (*Tatbestandsmerkmale*)⁶²², doğrudan hakkın kapsamının da açık sınırlarını oluşturur. Nitekim madde metni açık bir şekilde aynı cinsiyetten iki kişinin evlenmesini dışlamıştır.⁶²³ Aynı şekilde devletin evlenmek için belirli bir yaş belirlemesi de hakka bir müdahale teşkil etmez.⁶²⁴ Sözleşme organları, evlenme hakkı bakımından ortaya çıkan sınırlamaları usule veya esasa ilişkin olmasına göre ikiye ayırır. Usule ilişkin kurallar, evliliğin tanınması ve resmileşmesi ile ilgili olan kurallardır. Esasa ilişkin kurallar ise evlenme ehliyetine, rızaya ve diğer engellere ilişkin kuralları düzenler.⁶²⁵ Usule ilişkin kurallar bakımından Sözleşme organları önüne gelen vakalarda, evliliğin AİHS Madde 9 tarafından güvence altına alınan din, vicdan ve kanaatin bir ifadesi olmadığı açıkça belirtilmiştir.⁶²⁶ Buna göre, bireylerin mensup oldukları dine uygun olarak gerçekleştir-
dikleri evliliklerin devlet tarafından tanınmasını ve geçerlilik kazandırılmasını talep etme hakkı yoktur. Böyle bir menfaat hakkın kapsamından tahdit edilmiştir. Mahkeme aynı zamanda, devletin bazı dini evlilikleri anlaşmalar yoluyla tanıdığı, ancak Romen evliliğini tanımadığı yönündeki şikâyetini AİHS Madde 14 ile bağlantılı olarak Madde 12 bakımından kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁶²⁷

Esasa ilişkin kurallarla da Taraf Devletler, evlenme hakkının kapsamını tahdit eder ve belirler. Sözgelimi, tek eşlilik konusunda, Taraf Devletlerin belirlediği kuralların dışında, bireyler evlenme hakkına sahip olamaz. Bu bakımdan, Sözleşmeciler Devletin yasaları uyarınca, evliliğin ancak tek eşlilik şeklinde gerçekleşeceğinin öngörülmesi, bireyin ikinci bir kişi ile evlenme hakkının olmadığını gösterir.⁶²⁸

Kopf v. Austria, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 49.

⁶²² Bkz. **Bölüm 1.3.1.2.**

⁶²³ *Schalk and Kopf v. Austria*, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010, para. 55 vd.; *Hämäläinen v. Finland*, App. No. 37359/09, GC Judgment of 16 July 2014, para. 96; *Oliari and Others v. Italy*, App. No. 18766/11; 36030/11, Judgment of 21 July 2015, para. 191 vd.

⁶²⁴ *Khan v. the United Kingdom*, App. No. 11579/85, Decision of 7 July 1986; *Z.H. and R.H. v. Switzerland*, App. No. 60119/12, Judgment of 8 December 2015, para. 44.

⁶²⁵ *F. v. Switzerland*, App. No. 11329/85, Judgment of 18 December 1987, para. 32.

⁶²⁶ *X. v. Federal Republic of Germany*, App. No. 6167/73, Decision of 18 December 1974.

⁶²⁷ *Muñoz Díaz v. Spain*, App. No. 49151/07, Judgment of 8 December 2009, para. 78 vd.

⁶²⁸ *X. v. the United Kingdom*, App. No. 3898/68, Decision of 22 July 1970.

Evlenme hakkı, hukuk ehliyetine getirilen kısıtlama nedeniyle ulusal hukuk uyarınca önceden izne tabi tutulabilir. *Delecolle* vakasında⁶²⁹, koruyucu gözetim (*curatelle renforcée*) altına alınmış olan başvuru, partneriyle evlenmek için gözetmeninden izin istemiş ve bu talebi reddedilmiştir. Vesayet hâkimi, olumsuz bir refah soruşturması ve zihinsel bozukluklardan mustarip olduğunu gösteren psikiyatrik değerlendirmeye dayanarak bu kararı onaylamış ve nihayetinde Yargıtay, başvuru temyiz başvurusunu reddetmiştir.⁶³⁰ AİHM, Madde 12 ile ilgili diğer vakalarda olduğu gibi burada da ulusal hukuktaki düzenlemelerin ve uygulamanın Taraf Devletin takdir marjında olup olmadığını incelemiştir. Buna göre, ulusal yasalarda evliliğe ilişkin koşulların belirlenmesi konusu, takdir yetkileri dahilinde olmak üzere, tamamen Sözleşmecî Devletlere bırakılmamıştır. Sözleşmecî Devletin takdir marjı, evlenme hakkının herhangi bir şekilde kullanılmasına etkili bir engel teşkil edecek kadar geniş olamaz.⁶³¹ Mahkeme, Madde 12 bakımından yaptığı denetimin, Madde 8'deki gereklilik testi kadar sıkı olmadığını, daha ziyade bir keyfilik denetimi olduğunu yinelemiştir.⁶³² Mahkeme, ayrıca gözetim altındaki kişilerin evlenme hakkından mahrum edilmediğini not etmiştir.⁶³³ Başvurucuya evliliği için önceden izin talep etme yükümlülüğü, bir gözetim altında olduğu gerçeğine dayanmaktadır. Buna göre, yetkililerin, koşullara bağlı olarak kendisine etkili bir koruma sağlamalarına ve böylece çıkarlarına zarar verebilecek sonuçları öngörmelerine olanak tanıyan bir takdir marjı vardır. Bu hükmün aslında evlenme hakkını koruduğunu AİHM teyit eder. Nitekim bu kısıtlamaların, çekişmeli yargılama çerçevesinde yargı denetimine tabi tutulmuştur. Bu bakımdan, Mahkeme, hem başvuru evliliğini engelleyen yasal hükümlerin hem de bu hükümlerin uygulanmasının Taraf Devletin takdir marjında olduğunu ve evliliğe getirilen engelin keyfi olmadığını kabul etmiştir. Sonuç olarak AİHM bu vakada Madde 12'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶³⁴

Aile kurma hakkı da, üreme hakkını veya torun sahibi olma hakkını güvence altına almaz.⁶³⁵ Yine bu hak, bireye doğrudan evlat edinmeyi talep etme imkanı

⁶²⁹ *Delecolle v. France*, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018.

⁶³⁰ *Delecolle v. France*, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018, para. 3 vd.

⁶³¹ *Delecolle v. France*, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018, para. 51.

⁶³² *Delecolle v. France*, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018, para. 53.

⁶³³ *Delecolle v. France*, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018, para. 54.

⁶³⁴ *Delecolle v. France*, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018, para. 60, 62.

⁶³⁵ *Šijakova and Others v. "the Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, App. No. 67914/01, Decision of 6 March 2003.

vermez.⁶³⁶ Bu hak ancak, evlat edinmeyi düzenleyen ulusal yasalar uyarınca aile kurma hakkının kapsamına girebilir.⁶³⁷ Nitekim Sözleşme organları, evlat edinme hakkının yalnızca evli olan çiftler için geçerli olabileceğini ve böyle bir hakkın evli olmayan çiftler için Madde 12 kapsamında güvence altına alınan aile kurma hakkından türetilemeyeceğini belirtmiştir.⁶³⁸ Bu bakımdan, evlat edinmeye ilişkin düzenlemeler tamamen Taraf Devlete bırakılmakta ve dolayısıyla evli olmayan çiftler bakımından aile kurma hakkının kapsamını Taraf Devletler belirlemektedir.⁶³⁹

3.2.2.4.2. Protokol No. 1 Madde 1: Mülkiyet Hakkı

P1-1'de düzenlenen mülkiyet hakkının norm metni incelendiğinde, madde metninin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yer alan güvencelerin “hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/yükümlülüklerin yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine hâlel”⁶⁴⁰ getirmeyeceği düzenlenmiştir. Burada, Taraf Devletlere mülkiyetin genel yarara uygun kullanılması veya vergilerin yahut diğer katkıların ya da para cezalarının ödenmesini temin etmek için yasa ile düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Nitekim hazırlık çalışmalarına da bakıldığında, mülkiyetin Taraf Devletlerin kendi toplumlarındaki sosyal fonksiyonunun ve genel yararının dikkate alınarak, mülkiyet hakkının uluslararası bir sözleşmede düzenlenmesindeki zorluğa dikkat çekilmiştir.⁶⁴¹ Madde metninin ilk taslaklarında, evlenme ve aile kurma hakkına benzer şekilde, Taraf Devletlere/yasama organına büyük bir takdir marjının bırakıldığı görülmektedir.⁶⁴² Bu bakımdan,

⁶³⁶ *X. and Y. v. the United Kingdom*, App. No. 7229/75, Decision of 15 December 1977.

⁶³⁷ *X. v. the Netherlands*, App. No. 8896/80, Decision of 10 March 1981, para. 1.

⁶³⁸ *X. v. Belgium and the Netherlands*, App. No. 6482/74, Decision of 10 July 1976; *Di Lazzaro v. Italy*, App. No. 31924/96, Decision of 10 July 1997; *Emonet and Others v. Switzerland*, App. No. 39051/03, Judgment of 13 December 2007, para. 92.

⁶³⁹ *Emonet and Others v. Switzerland*, App. No. 39051/03, Judgment of 13 December 2007, para. 92.

⁶⁴⁰ Çeviri için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 2; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2009), s. 8.

⁶⁴¹ Preparatory work on Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights, CDH (76) 36, s. 6 vd., 81 vd.

⁶⁴² “Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/malvarlığından müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Bu malvarlığı/mülkiyet, keyfi müsadereye tabi olamaz. Ancak mevcut önlemler, bir Devletin bu malvarlıklarını genel çıkara uygun olarak kullanılmasını sağlamak için gerekli yasaları çıkarma hakkına hâlel getirdiği yönünde değerlendirilemez.” (*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. Such possessions cannot be subjected to arbitrary confiscation. The present measures shall not however be considered as infringing, in any way, the right of a State to pass necessary legislation to ensure that the said possessions are utilised in accordance with the general interest*) Bkz. Arthur

hazırlık çalışmalarında da mülkiyet hakkının, kurumsal hak olma niteliğinin belirli ölçüde dikkate alındığı söylenebilir. Bununla beraber, Sözleşme organlarının norm metnini nasıl yorumladığı ve hakkın kurumsal niteliğini ne ölçüde yansıttığı daha büyük önem arz eder.

Sözleşme organlarının ilk dönem içtihatlarından bu yana mülkiyet hakkının üç kural içerdiği kabul edilmektedir. Birinci kural, P1-1'in ilk cümlesinden elde edilen mülkiyetten müdahale edilmeksizin yararlanılmasıdır. İkinci kural, P1-1'in birinci fıkrasının ikinci cümlesinden elde edilen mülkiyetten yoksun bırakılmama kuralıdır. Üçüncü kural ise P1-1'in ikinci fıkrasından elde edilen mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesidir. Bununla birlikte, üç kural tamamen birbirinden ayrı kurallar değildir. İkinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten müdahalesiz yararlanma hakkına belirli müdahale tipleridir ve bu sebeple birinci kuralda belirlenen genel ilke ışığında yorumlanır.⁶⁴³ Dolayısıyla

Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. V, The Hague, Martinus Nijhoff, 1979, s. 206, 208; Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. VI, s. 10; Arthur Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. VII, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985, s. 126, 128.

⁶⁴³ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 September 1982, para. 61; *Iatridis v. Greece*, App. No. 31107/96, GC Judgment of 25 March 1999, para. 55; *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No. 22774/93, GC Judgment of 28 July 1999, para. 44; *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, GC Judgment of 22 June 2004, para. 134; *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, App. No. 73049/01, GC Judgment of 11 January 2007, para. 62; *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom*, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007, para. 52; *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia*, App. No. 71243/01, GC Judgment of 25 October 2012, para. 93; *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 60642/08, GC Judgment of 16 July 2014, para. 98; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 5; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2009), s. 18 vd.; Douglas Maxwell, **The Human Right to Property: A Practical Approach to Article 1 of the Protocol No. 1 to the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2022, s. 133 vd.; Harris - O'Boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (2021), s. 834 vd.; White - Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 560 vd.; Maya Beeler-Sigron, "Protection of Property", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 852 vd.; Jochen Abraham Frowein, "The Protection of Property", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by Ronald St. John Macdonald - Franz Matscher - Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 516 vd.; Karen Kaiser, "Art. 1 ZP I: Schutz des Eigentums", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 415-417; Hans-Joachim Cremer, "Eigentumsschutz", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1525-1526; Jens Meyer-Ladewig - Stefan von Raumer, "Artikel 1: Schutz des Eigentums", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 736, 746 vd.; Bernhard W. Wegener, "Wirtschaftsgrundrechte", **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, Ed. by Dirk Ehlers, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2014, s. 179 vd.; Anne Peters - Tilmann Altwicker, **Europäische**

Mahkeme'nin belirlediği bu üç kural, belirli müdahale/sınırlama türleridir.⁶⁴⁴ Özellikle kamulaştırma gibi mülkiyetten mahrum bırakan müdahaleler, ikinci kuralda, mülkiyetten mahrum bırakmayan ve fakat genel yarar uyarınca hakkın kullanımını düzenleyen müdahaleler ise üçüncü kuralda ele alınır. Birinci kural ise bu sınırlama tiplerine girmeyen müdahaleleri kapsar.

Öncelikle birinci kuralda yer alan mülkiyetten barışçıl (*peaceful*/müdahale edilmeksizin) yararlanmanın, AİHS Madde 11'de yer alan barışçılık kaydına (*peaceful assembly*) benzer şekilde hak sahibine mülkiyet hakkını barışçıl kullanma yükümlülüğü getirdiği ve hak sahibini belirli ölçüde tahdit ettiği ileri sürülebilir. P1-1 metninde yer alan "*peaceful*" ibaresi, bir barışçıl kullanım kaydını değil, mülkiyetten/mamelekten müdahale edilmeksizin yararlanmayı ifade eder. Dolayısıyla P1-1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkı bir barışçılık kaydı içermemektedir.⁶⁴⁵

Mülkiyet hakkının kurumsal hak niteliği, üçüncü kuralda belirtilen kullanım kontrolü sınırlama tipinde mündemiştir. Dolayısıyla Mahkeme'nin üçüncü kural bakımından incelediği kararlarda, burada tasvir edilen kurumsal hak dogmatığının bir karşılık bulup bulmadığı incelenmelidir. Sözleşme organlarının uygulamasında, işletmelerin ruhsatlarının iptal edilmesi veya ruhsat koşullarının değiştirilmesi⁶⁴⁶, okul kitaplarında tekel oluşturulması⁶⁴⁷, yol-reklam faaliyeti⁶⁴⁸, kira ödemeyi bırakan kiracılara ilişkin yeniden haciz kararlarının uygulanmasının yasa ile askıya alınması⁶⁴⁹, kira kontrol sistemleri⁶⁵⁰, mülk sahiplerinin kiracılardan talep edebileceği kira miktarına

Menschenrechtskonvention: Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, s. 232 vd.; Wolfgang Peukert, "Artikel 1 des 1. ZP: Schutz des Eigentums", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 648.

⁶⁴⁴ Kaiser, "Art. 1 ZP I", s. 415-417; Peukert, "Artikel 1 des 1. ZP", s. 648; Meyer-Ladewig - von Raumer, "Artikel 1", s. 746 vd.

⁶⁴⁵ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2009), s. 215-216.

⁶⁴⁶ *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No. 10873/84, Judgment of 7 July 1989, para. 55; *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No. 51728/99, Judgment of 28 July 2005, para. 49; *Bimer S.A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007, para. 49, 51; *Megadat.com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, para. 65; *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, App. No. 38433/09, GC Judgment of 7 June 2012, para. 186; *NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova*, App. No. 28470/12, GC Judgment of 5 April 2022, para. 247.

⁶⁴⁷ *Könyv-Tár Kft and Others v. Hungary*, App. No. 21623/13, Judgment of 16 October 2018, para. 43, 59.

⁶⁴⁸ *Pannon Plakát Kft and Others v. Hungary*, App. No. 39859/14, Judgment of 6 December 2022, para. 46.

⁶⁴⁹ *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No. 22774/93, GC Judgment of 28 July 1999, para. 46.

⁶⁵⁰ *Mellacher and Others v. Austria*, App. No. 10522/83 and two others, Judgment of 19

kanunla getirilen sınırlamalar ve bir kira sözleşmesinin aynı şartlarla süresiz olarak uzatılması⁶⁵¹, taşınmaz üzerinde bazı münhasır hakların kaybı⁶⁵², bir aracın tescilinin reddi⁶⁵³, banka hesaplarının dondurulması⁶⁵⁴, kaçak yapıların yıkılması⁶⁵⁵, el koyma ve müsadere⁶⁵⁶ ve taşınmaz sahibine bazı yükümlülükler yüklenmesi⁶⁵⁷ gibi vakalarda üçüncü kural olan kontrol sınırlama dogmatikğini uygulamıştır. Her ne kadar Sözleşme organları bu kararlarda meşru amaç olan genel yarar çerçevesinde Taraf Devletlerin takdir marjını geniş olarak belirlese de⁶⁵⁸, mülkiyet hakkının kontrol tipi sınırlaması,

December 1989, para. 44; *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No. 35014/97, GC Judgment of 19 June 2006, para. 160; *Bittó and Others v. Slovakia*, App. No. 30255/09, Judgment of 28 January 2014, para. 101; *Anthony Aquilina v. Malta*, App. No. 3851/12, Judgment of 11 December 2014, para. 54; *Pařízek v. the Czech Republic*, App. No. 76286/14, Judgment of 12 January 2023, para. 41.

⁶⁵¹ *Lindheim and Others v. Norway*, App. No. 13221/08; 2139/10, Judgment of 12 June 2012, para. 75-78.

⁶⁵² *Chassagnou and Others v. France*, App. No. 25088/94 and 2 others, GC Judgment of 29 April 1999, para. 74; *Herrmann v. Germany*, App. No. 9300/07, GC Judgment of 26 June 2012, para. 72.

⁶⁵³ *Yaroslavtsev v. Russia*, App. No. 42138/02, Judgment of 2 December 2004, para. 32; *Sil-dedzis v. Poland*, App. No. 45214/99, Judgment of 24 May 2005, para. 45.

⁶⁵⁴ *Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev v. Azerbaijan*, App. No. 74288/14; 64568/16, Judgment of 14 October 2021, para. 66.

⁶⁵⁵ *Saliba v. Malta*, App. No. 4251/02, Judgment of 8 November 2005, para. 35; *Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria*, App. No. 46577/15, Judgment of 21 April 2016, para. 69.

⁶⁵⁶ *AGOSI v. the United Kingdom*, App. No. 9118/80, Judgment of 24 October 1986, para. 51; *Raimondo v. Italy*, App. No. 12954/87, Judgment of 22 February 1994, para. 29; *Air Canada v. the United Kingdom*, App. No. 18465/91, Judgment of 5 May 1995, para. 34; *Honecker and Others v. Germany*, App. No. 54999/00; 53991/00, Decision of 15 November 2001, para. 1; *Silickienė v. Lithuania*, App. No. 20496/02, Judgment of 10 April 2012, para. 62; *Aktiva DOO v. Serbia*, App. No. 23079/11, Judgment of 19 January 2021, para. 78; *Imeri v. Croatia*, App. No. 77668/14, Judgment of 24 June 2021, para. 66.

⁶⁵⁷ *Denev v. Sweden*, App. No. 12570/86, Decision of 18 January 1989.

⁶⁵⁸ *Bkz. Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No. 10873/84, Judgment of 7 July 1989, para. 62; *Mellacher and Others v. Austria*, App. No. 10522/83 and two others, Judgment of 19 December 1989, para. 45; *Chassagnou and Others v. France*, App. No. 25088/94 and 2 others, GC Judgment of 29 April 1999, para. 75; *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No. 22774/93, GC Judgment of 28 July 1999, para. 49; *Yaroslavtsev v. Russia*, App. No. 42138/02, Judgment of 2 December 2004, para. 35; *Saliba v. Malta*, App. No. 4251/02, Judgment of 8 November 2005, para. 45; *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No. 35014/97, GC Judgment of 19 June 2006, para. 223; *Silickienė v. Lithuania*, App. No. 20496/02, Judgment of 10 April 2012, para. 63; *Lindheim and Others v. Norway*, App. No. 13221/08; 2139/10, Judgment of 12 June 2012, para. 125; *Herrmann v. Germany*, App. No. 9300/07, GC Judgment of 26 June 2012, para. 74; *Bittó and Others v. Slovakia*, App. No. 30255/09, Judgment of 28 January 2014, para. 96; *Anthony Aquilina v. Malta*, App. No. 3851/12, Judgment of 11 December 2014, para. 63; *Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria*, App. No. 46577/15, Judgment of 21 April 2016, para. 75; *Könyv-Tár Kft and Others v. Hungary*, App. No. 21623/13, Judgment of 16 October 2018, para. 45; *Imeri v. Croatia*, App. No. 77668/14, Judgment of 24 June 2021, para. 81; *NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova*, App. No. 28470/12, GC Judgment of 5 April 2022, para. 252; *Pannon Plakát Kft and Others v. Hungary*, App. No. 39859/14, Judgment of 6 December 2022, para. 51; *Pařízek v. the Czech Republic*, App. No. 76286/14, Judgment of 12 January 2023, para.

evlenme ve aile kurma hakkındaki gibi bir görüntü çizmez. AİHM, kontrol tipi müdahalelerde negatif statü hakları (Madde 8-11) için kabul ettiği hak dogmatikliğini uygular. Bu bakımdan, müdahalenin bir yasaya dayanması, meşru bir amacının olması ve bireye orantısız yük yüklememesi/adil dengenin oluşturulması gerekir.⁶⁵⁹

Sonuç olarak, P1-1'in metni, tarihsel ve teleolojik yorumu, mülkiyet hakkının bu çalışma kapsamında geliştirilen kurumsal hak kapsamında tasnif edilmesini elverişli kılarsa da, Sözleşme organlarının yorumları ve mülkiyet hakkı bakımından benimsediği dogmatik bunu mümkün kılmamıştır.

3.2.2.5. Mücadeleci Demokrasi Kaydı

AİHS, belirli değerler etrafında hazırlanan ve Alman Anayasası gibi değer yüklü olan bir sözleşmedir. Nitekim AİHS'in totaliter sistemlerin oluşumunu önceden haber veren bir tehlike çanı olarak oluşturulması⁶⁶⁰, belirli değerler sisteminin benimsendiğini gösterir. Sözleşme'nin ardındaki düşünce, Avrupa kıtasında barışı koruma ve gelecekteki ağır insan haklarını engellemek için ulus-devletleri belirli ölçüde sınırlama gerekliliğidir.⁶⁶¹ Sözleşme'nin amacı, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin demokratik olmasını ve kalmasını sağlamaktadır.⁶⁶² Mücadeleci demokrasi terimi, Sözleşme

60.

⁶⁵⁹ Bkz. *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, App. No. 10873/84, Judgment of 7 July 1989, para. 56 vd.; *Mellacher and Others v. Austria*, App. No. 10522/83 and two others, Judgment of 19 December 1989, para. 45 vd.; *Chassagnou and Others v. France*, App. No. 25088/94 and 2 others, GC Judgment of 29 April 1999, para. 76 vd.; *Immobiliare Saffi v. Italy*, App. No. 22774/93, GC Judgment of 28 July 1999, para. 47 vd.; *Saliba v. Malta*, App. No. 4251/02, Judgment of 8 November 2005, para. 37 vd.; *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No. 35014/97, GC Judgment of 19 June 2006, para. 169 vd.; *Megadat.com SRL v. Moldova*, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008, para. 67 vd.; *Lindheim and Others v. Norway*, App. No. 13221/08; 2139/10, Judgment of 12 June 2012, para. 96 vd.; *Bittó and Others v. Slovakia*, App. No. 30255/09, Judgment of 28 January 2014, para. 102 vd.; *Anthony Aquilina v. Malta*, App. No. 3851/12, Judgment of 11 December 2014, para. 55 vd.; *Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria*, App. No. 46577/15, Judgment of 21 April 2016, para. 70 vd.; *Könyv-Tár Kft and Others v. Hungary*, App. No. 21623/13, Judgment of 16 October 2018, para. 44 vd.; *Aktiva DOO v. Serbia*, App. No. 23079/11, Judgment of 19 January 2021, para. 79 vd.; *Imeri v. Croatia*, App. No. 77668/14, Judgment of 24 June 2021, para. 67 vd.; *NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova*, App. No. 28470/12, GC Judgment of 5 April 2022, para. 248 vd.; *Pannon Plakát Kft and Others v. Hungary*, App. No. 39859/14, Judgment of 6 December 2022, para. 47 vd.; *Pařízek v. the Czech Republic*, App. No. 76286/14, Judgment of 12 January 2023, para. 42 vd.

⁶⁶⁰ Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 53-54.

⁶⁶¹ Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, s. 47; Paulien Elsbeth de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Utrecht, Intersentia, 2016, s. 226.

⁶⁶² Arthur Henry Robertson (ed.), *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the*

organlarının kararlarına hiç aksetmese de⁶⁶³, içtihat hukuku, mücadeleci demokrasi-nin Sözleşme'nin açık bir unsuru olduğunu göstermektedir.⁶⁶⁴ Mahkeme, anti-demokratik aktörlerin “demokratik rejim altında başarılı olduktan sonra demokrasiyi ortadan kaldırılabileceğinin” ve “modern Avrupa tarihinde bunun örneklerinin olduğunu” farkındadır.⁶⁶⁵ Özellikle siyasi partilerin kapatılması⁶⁶⁶, mücadeleci demokrasi perspektifi-nde meşrulaştırılmıştır.⁶⁶⁷

Mücadeleci demokrasi kaydı, temel dayanağını AİHS Madde 17'de bulur. Madde 17'ye göre, Sözleşme'de yer alan hiçbir hüküm, herhangi bir Devlete, gruba veya kişiye burada yer alan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma veya herhangi bir eylem gerçekleştirme hakkı verecek şekilde yorumlanamaz. Madde metni sadece Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden birini yok eden hak kullanımını yasaklamıştır. Bu bağlamda, Madde 17, mücadeleci demokrasi-nin yalnızca bir kısmına ışık tutacak niteliktedir. Zira müca-deleci demokrasi aslında Sözleşme'de benimsenen, özellikle Giriş bölümünde belirtilen temel değerleri ve Sözleşme'yi düzenleyenlerin temel kararlarını korur.⁶⁶⁸ Bu itibarla, AİHS bakımından ortaya çıkan mücadeleci demokrasi kaydı açık bir anayasal sınır değil, içkin bir sınır teşkil eder. Bu bakımdan, Madde 17, özel bir içkin sınırlama klotunu ve Sözleşme'de düzenlenen hakların tahdidini öngörür.⁶⁶⁹ Sözleşme'nin

European Convention on Human Rights, Vol. II, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975, s. 60.

⁶⁶³ Bu terim yalnızca Refah Partisi ile ilgili Daire kararında Hükümet'in ibrazlarında kullanılmıştır. Bkz. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. No. 41340/98 and 3 others, Judgment of 31 July 2001, para. 62

⁶⁶⁴ Patrick Macklem, “Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, 2006, pp. 488-516, s. 508; de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 227.

⁶⁶⁵ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. No. 41340/98 and 3 others, GC Judgment of 13 February 2003, para. 99.

⁶⁶⁶ Bkz. *German Communist Party and Others v. Germany*, App. No. 250/57, Decision of 20 July 1957; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. No. 41340/98 and 3 others, GC Judgment of 13 February 2003.

⁶⁶⁷ de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 227.

⁶⁶⁸ *Garaudy v. France*, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003; *Paksas v. Lithuania*, App. No. 34932/04, GC Judgment of 6 January 2011, para. 87; *Delfi AS v. Estonia*, App. No. 64569/09, GC Judgment of 16 June 2015, para. 136; *M'bala M'bala v. France*, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2015, para. 33; *Romanov v. Ukraine*, App. No. 63782/11, Judgment of 16 July 2020, para. 164. Nitekim Cannie ve Voorhoof da, Madde 17'nin madde metnini aşan bir uygulamasının bulunduğunu bulgulamıştır. Bkz. Hannes Cannie - Dirk Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, No. 1, 2011, pp. 54-83, s. 62-63.

⁶⁶⁹ Krş. Yutaka Arai, “Prohibition of Abuse of the Rights and Freedoms Set Forth in the Convention and of Their Limitation to a Greater Extent than is Provided for in the Convention”,

tamamı, Madde 17 ışığında okunur ve yorumlanır.⁶⁷⁰ Hakkın kötüye kullanılması ya-sağı, Sözleşme'nin genel bir ilkesi⁶⁷¹ ve genel bir yorum ilkesi⁶⁷² olarak değerlendirilir. Madde 17'nin ikili bir işlevi bulunmaktadır. Madde 17 bir yandan belirli davranışları, menfaatleri, pozisyonları hakların kapsamından dışlarken, diğer yandan hakların sı-nırlanmasına ilişkin genel bir ilkeyi de imler.⁶⁷³

AİHM'e göre, Madde 17 anlamında bir kötüye kullanma, AİHS'te benimsenen temel değerlere (*underlying/fundamental values*) karşı bir ifade veya bir eylem mevcut olduğunda gerçekleşir.⁶⁷⁴ Bir ifadenin veya eylemin Sözleşme'nin ve demokrasinin temelinde yatan değerler ve idealler⁶⁷⁵ ile çatışması, Madde 17'nin hukuki sonucunu tetikler.⁶⁷⁶

Demokrasinin ve Sözleşme'nin temelinde yatan değerlere yönelik eylemler olarak Sözleşme organları, nefret söylemini⁶⁷⁷, şiddet çağrısını⁶⁷⁸, yabancı

Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. by Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 4. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006, s. 1092; Jochen Abraham Frowein, "Artikel 17", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 430; Stephan Neidhardt, "Artikel 17: Verbot des Missbrauchs der Rechte", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 500-501; Antoine Buyse, "Prohibition of the Abuse of Rights", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 1087.

⁶⁷⁰ Cannie - Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 83.

⁶⁷¹ Arai, "Prohibition of Abuse of the Rights and Freedoms Set Forth in the Convention and of Their Limitation to a Greater Extent than is Provided for in the Convention", s. 1084.

⁶⁷² Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 157.

⁶⁷³ van der Schyff, **Limitation of Rights**, s. 77.

⁶⁷⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 53; *Garaudy v. France*, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003; *M'bala M'bala v. France*, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2015, para. 33; *Romanov v. Ukraine*, App. No. 63782/11, Judgment of 16 July 2020, para. 164; Christian Mensching, "Art. 17: Verbot des Missbrauchs der Rechte", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 497.

⁶⁷⁵ Bu değerler için bkz. **Bölüm 2.2.5**.

⁶⁷⁶ *Romanov v. Ukraine*, App. No. 63782/11, Judgment of 16 July 2020, para. 164.

⁶⁷⁷ *Perinçek v. Switzerland*, App. No. 27510/08, GC Judgment of 15 October 2015, para. 115, 230; *Lilliendahl v. Iceland*, App. No. 29297/18, Decision of 12 May 2020, para. 39.

⁶⁷⁸ *Kaptan v. Switzerland*, App. No. 55641/00, Decision of 12 April 2001, para. 1; *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany*, App. No. 31098/08, Decision of 12 June 2012, para. 73; *Kasy-makhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 106; *Romanov v. Ukraine*, App. No. 63782/11, Judgment of 16 July 2020, para. 163-166.

düşmanlığını ve ırksal ayrımcılığı⁶⁷⁹, anti-semitizmi⁶⁸⁰, islamofobiyi⁶⁸¹, terörizm ve savaş suçlarını aklayan ifadeleri/eylemleri⁶⁸², Yahudi Soykırımı gibi açıkça ortaya konan tarihi gerçeklerin inkarını ve revizyonunu⁶⁸³, Yahudi Soykırımı'nın, savaşın ve/veya totaliter rejimin mağdurlarını suçlamayı⁶⁸⁴ ve demokrasi ile uyuşmayan totaliter ideoloji ve siyasal düşüncelerin ifadesini⁶⁸⁵ belirlemiştir.

AİHS Madde 17, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri yok etmeye çalışan kişileri, bu hakların genel korumasından mahrum bırakmaz. Sadece bu kişilerin, demokrasinin ve Sözleşme'nin temelinde yatan değerlerine karşı herhangi bir faaliyet veya eylem gerçekleştirmelerini Sözleşme'nin korumasının dışında bırakır.⁶⁸⁶ Bu itibarla, böyle bir faaliyeti veya eylemi gerçekleştiren/gerçekleştirmiş olan bir kişinin hak talebi ile kişinin böyle bir faaliyeti veya eylemi gerçekleştirmek için yaptığı hak talebi arasında ayırım yapmak gerekir. Sözelimi, İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya ile iş birliği yapan bir gazetecinin savaştan sonra gazetecilik yapmasının engellenmesi dolayısıyla ifade özgürlüğü hakkın ihlal edildiğini ileri sürmesinin söz konusu olduğu bir vakada, Madde 17 bir uygulama alanı bulamaz. Zira kişinin geçmiş davranışları,

⁶⁷⁹ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, App. No. 8348/78; 8406/78, Decision of 11 October 1979; *Jersild v. Denmark*, App. No. 15890/89, GC Judgment of 23 September 1994, para. 35; *Ayoub and Others v. France*, App. No. 77400/14 and 2 others, Judgment of 8 October 2020, para. 134.

⁶⁸⁰ *W.P. and Others v. Poland*, App. No. 42264/98, Decision of 2 September 2004, para. 2; *Pavel Ivanov v. Russia*, App. No. 35222/04, Decision of 20 February 2007, para. 1.

⁶⁸¹ *Norwood v. the United Kingdom*, App. No. 23131/03, Decision of 16 November 2004; *Zemmour v. France*, App. No. 63539/19, Judgment of 20 December 2022, para. 26.

⁶⁸² *Leroy v. France*, App. No. 36109/03, Judgment of 2 October 2008, para. 27; *Roj TV A/S v. Denmark*, App. No. 24683/14, Decision of 17 April 2018, para. 46-47.

⁶⁸³ *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 47; *Garaudy v. France*, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003; *Witzsch v. Germany*, App. No. 7485/03, Decision of 13 December 2005, para. 3; *M'bala M'bala v. France*, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2015, para. 36.

⁶⁸⁴ *Witzsch v. Germany*, App. No. 7485/03, Decision of 13 December 2005, para. 3; *Vajnai v. Hungary*, App. No. 33629/06, Judgment of 8 July 2008, para. 25; *Fatullayev v. Azerbaijan*, App. No. 40984/07, Judgment of 22 April 2010, para. 81; *Fáber v. Hungary*, App. No. 40721/08, Judgment of 24 July 2012, para. 58; *Pastörs v. Germany*, App. No. 55225/14, Judgment of 3 October 2019, para. 39.

⁶⁸⁵ *German Communist Party and Others v. Germany*, App. No. 250/57, Decision of 20 July 1957; *Kühnen v. the Federal Republic of Germany*, App. No. 12194/86, Decision of 12 May 1988, para. 1; *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 53; *Schimanek v. Austria*, App. No. 32307/96, Decision of 1 February 2000, para. 2; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. No. 41340/98 and 3 others, GC Judgment of 13 February 2003, para. 132; *Vajnai v. Hungary*, App. No. 33629/06, Judgment of 8 July 2008, para. 25; *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 108-113; *Vona v. Hungary*, App. No. 35943/10, Judgment of 9 July 2013, para. 36.

⁶⁸⁶ *Lawless v. Republic of Ireland*, App. No. 332/57, Decision of 19 December 1959, para. 141.

mevcut durumda belirli bir haktan mahrum bırakılması sonucunu doğurmaz.⁶⁸⁷ Bu bakımdan Madde 17'nin uygulamasının tetiklenebilmesi için vakaya konu olan davranışın Sözleşme'nin temel değerleri ile uyuşmaması gerekir.⁶⁸⁸

İçtihat hukukunda, AİHS Madde 17'nin dört görünümü olsa da⁶⁸⁹, hukuki bakımından iki etkisi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi doğrudan uygulama, diğeri dolaylı uygulamadır.⁶⁹⁰ Doğrudan uygulamada, yapılan bireysel başvuru Sözleşme'nin temel değerleri ile uyuşmadığından kabul edilemez bulunurken, dolaylı uygulamada, Madde 17, esas incelemesine sızarak ilgili maddenin sınırlama klozu çerçevesinde ele alınır.⁶⁹¹ Bu bakımdan, ilk durumda, demokrasinin ve Sözleşme'nin temelinde yatan değerlere yönelen davranışlar, hakkın kapsamından dışlanarak hakkın kapsamı tahdit edilirken; ikinci durumda, sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasında, sınırlama klozu Madde 17 perspektifinde yorumlanarak başvuruçunun normatif argümanları zayıflatılmaktadır.⁶⁹² Madde 17'de söz konusu olan bu uygulama ve görünüm farklılıkları, olguda neyin Sözleşme bakımından tehlike oluşturduğunun değişimine dayanmaktadır. Sözgelimi komünizmin demokrasinin ve Sözleşme'nin temel değerlerine yönelen tehdidi, özellikle Soğuk Savaş döneminde Avrupa toplumları için bir tehdit teşkil ederken, günümüzde komünizme dayanan tehlikeler yavaş yavaş zayıflamış ve diğer başka tehlikeler ortaya çıkmıştır. Hangi davranışın Madde 17'nin doğrudan

⁶⁸⁷ Bkz. *De Becker v. Belgium*, App. No. 214/56, Judgment of 27 March 1962.

⁶⁸⁸ *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, Judgment of 17 June 2004, para. 109.

⁶⁸⁹ Villiger Madde 17'nin dört farklı görünümü olduğunu ileri sürer: i) doğrudan uygulama, ii) dolaylı uygulama, iii) Madde 17'nin uygulanabilecekken ihmal edilmesi ve iv) Madde 17'yi uygulamak için yeterli ciddiyete ulaşamayan olgular. Bkz. Mark E. Villiger, "AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü", **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, Ed. by Josep Casadevall - Egbert Myjer - Michael O'Boyle - Anna Austin, Ankara, Avrupa Konseyi, 2017, s. 299 vd. Aynı yönde bkz. de Morree, **Rights and Wrongs under the ECHR**, s. 83 vd. Bununla birlikte, üçüncü ve dördüncü durumlar, Madde 17'nin uygulanmadığı durumları ifade eder. Bu sebeple, Madde 17 uygulandığında iki hukuki sonuca yol açacaktır.

⁶⁹⁰ Buyse, "Prohibition of the Abuse of Rights", s. 1089 vd.; Cannie - Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 67; Harris - O'Boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (2021), s. 809 vd.; Antoine Buyse, "The Limits of Freedom of Expression from an Abuse of Rights Perspective: Articles 10 and 17 ECHR", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 192 vd. Krş. Arai, "Prohibition of Abuse of the Rights and Freedoms Set Forth in the Convention and of Their Limitation to a Greater Extent than is Provided for in the Convention", s. 1085 vd.

⁶⁹¹ Harris - O'Boyle - Bates - Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (2021), s. 809 vd.; de Morree, **Rights and Wrongs under the ECHR**, s. 83-86.

⁶⁹² Bkz. **Bölüm 2.3.5.3.**

uygulamasını tetikleyeceği, Avrupa'daki konsensüse bağlıdır.⁶⁹³ Bu bağlamda, kişilerin davranışlarının demokrasinin ve Sözleşme'nin temel değerlerine karşı oluşturduğu açık ve yakın tehlike bir vakada ne kadar çok kristalleşirse, Madde 17'nin doğrudan uygulanma ihtimali de o kadar yüksektir.⁶⁹⁴

Glimmerveen ve Hagnebeek vakasında, aşırı bir partinin yönetim kademesinde yer alan başvurucular, ırk temelli ayrımcılık söylemleri, bu söylemleri sebebiyle hapis cezası almaları ve bu söylemlerinde/takip edecekleri politikalarda ısrarcı olmaları dolayısıyla seçilme haklarından mahrum bırakılmıştır. Komisyon bu vakada, açıkça AİHS Madde 17'ye dayanarak başvurucuların AİHS Madde 10'un yanı sıra P1-3'ten yararlanamayacaklarını belirtmiştir.⁶⁹⁵

Norwood vakasında, BNP'nin (*British National Party*) bölge idarecisi olan başvuru, Kasım 2001 ve 9 Ocak 2002 tarihleri arasında, birinci kattaki dairesinin penceresine, BNP tarafından temin edilen, üzerinde alevler içindeki İkiz Kulelerin fotoğrafı, "İslam Britanya'dan Dışarı - Britanya Halkını Koruyun" yazısı ve yasak işareti içinde hilal ve yıldız sembolü bulunan büyük bir poster (60 cm x 38 cm) asmıştır. Bu sebeple, başvuru, ırksal veya dini bir gruba karşı düşmanlık besleyen ve tehdit edici temsilleri sergilediği için para cezasına mahkûm olmuştur. Mahkeme burada başvurunun kırsal bir yerde yaşadığını belirterek astığı posterin etkisinin az olduğunu iddiasını kabul etmemiş ve asılan bu posterin Birleşik Krallık'taki tüm Müslümanlara yönelik aleni bir saldırı ifadesi anlamına geldiğini teyit etmiştir. Başvurunun astığı posterin dini bir gruba yönelen genel ve şiddetli bir saldırı olduğunu belirleyen Mahkeme, bu davranışın Madde 17'nin kapsamına girdiğini belirterek ve dolayısıyla bu davranış hakkın kapsamından dışlayarak, konu bakımından kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶⁹⁶ Bu kararda, başvurunun bu davranışının 11 Eylül saldırılarından hemen sonra yapılmış olması ve başvurunun bir partinin bölge idarecisi olmasının bir rol oynadığını kabul etmek gerekir.

Pavel Ivanov vakasında aylık yayınlanan ve 999 adet tiraja sahip olan gazetenin kurucusu, sahibi ve editörü olan başvurunun bir dizi yayınında Yahudilerin sosyal hayattan dışlanması çağrısında bulunmakta ve sosyal, ekonomik siyasi sorunlar ile Yahudilerin faaliyetleri arasında illiyet bağının varlığını iddia etmekte ve Yahudi

⁶⁹³ Buyse, "Prohibition of the Abuse of Rights", s. 1090.

⁶⁹⁴ Bkz. **Bölüm 2.3.5.3.**

⁶⁹⁵ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, App. No. 8348/78; 8406/78, Decision of 11 October 1979.

⁶⁹⁶ *Norwood v. the United Kingdom*, App. No. 23131/03, Decision of 16 November 2004.

etnik grubunun kötülüğünü tasvir etmektedir. Nitekim bu ifadeleri dolayısıyla yapılan yargılamada da Rusya'daki tüm kötülüklerin kaynağının "Yahudilerin Siyono-Faşist liderliği" olduğunu beyan ederek masum olduğunu ileri sürmüştür.⁶⁹⁷ AİHM, bir etnik gruba yönelik bu kadar genel ve şiddetli bir saldırının Sözleşme'nin temel değerleriyle çelişki içerisinde olduğunu belirterek Madde 17'yi doğrudan uygulamış ve bu davranışı hakkın kapsamından çıkararak başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁶⁹⁸ Başvurucunun aynı zamanda makalelerin yayınlandığı 1000'e yaklaşan tiraja sahip olan gazetenin sahibi olması Madde 17'nin doğrudan uygulanmasında etkili olmuştur. Her ne kadar kararın gerekçesinde bu husus açık bir şekilde ortaya çıkmasa da, başvurucunun "şiddetli saldırısı" çerçevesinde bu hususun dikkate alındığı kanaatindeyim.

Kasymakhunov ve Saybatalov vakasında⁶⁹⁹, başvurucular, Hükümetlerin devrilmesini ve onların yerine yeniden Halifelik şeklinde bir İslam Devleti getirilmesini savunan bir örgüt olan *Hizb ut-Tahrir al-Islami* (İslami Kurtuluş Hizbi) örgütünün üyeleridir. Bu örgüt, Orta Doğu ve Avrupa da dahil olmak üzere dünyanın birçok yerinde şubeleri bulunan bir uluslararası İslami kuruluştur. Bu örgüt, birçok Orta Doğu ülkesinde küçük ama oldukça kararlı bir takipçi kitlesine ulaşmış ve aynı zamanda Batı Avrupa ve Endonezya'daki Müslümanlar arasında da popülerlik kazanmıştır. 1990'ların ortasında Orta Asya'da çalışmaya başlamış ve Özbekistan'da ve Kırgızistan, Tacikistan ve Kazakistan'da kararlı bir takipçi kitlesi geliştirmiştir. Örgütle ilgili raporda, örgütün şiddeti bir siyasi mücadele biçimi olarak reddettiğini iddia ettiğini ve faaliyetlerinin çoğunun barışçıl olduğunu ve masumların öldürülmesinin İslam hukukuna aykırı olduğunu düşünerek teoride terörizmi reddettiği bulgulanmıştır. Bununla beraber, bu söylemin arkasında, şiddete bazı ideolojik gerekçeler bulunduğu ve Orta Doğu'daki bir dizi başarısız darbe girişimine katıldığı belirtilmiştir. Ayrıca şiddet konusunda çok daha az titiz olan bazı gruplarla da temasları olduğu belirlenmiştir. *Hizb ut-Tahrir al-Islami* örgütü terör örgütü olarak nitelendirilip, örgütün faaliyetinin Rusya'da yasaklanmasından sonra, başvurucular, teröre yardım ve yataklık etmek, suç örgütü kurmak ve sahte belge kullanmak suçlarından yargılanıp ceza almışlardır. Nitekim yapılan yargılamalarda, örgütün anti-semitik ve şiddet yanlısı ifadeleri, özellikle İsrail'in şiddetli bir şekilde yok edilmesi ve orada yaşayanların sürgün edilmesi ve öldürülmesi

⁶⁹⁷ *Pavel Ivanov v. Russia*, App. No. 35222/04, Decision of 20 February 2007.

⁶⁹⁸ *Pavel Ivanov v. Russia*, App. No. 35222/04, Decision of 20 February 2007, para. 1.

⁶⁹⁹ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013.

çağrısında bulunan açıklamaları ve sivillerin öldürüldüğü intihar saldırılarını meşrulaştıran açıklamaları tespit edilmiştir.⁷⁰⁰

AİHS Madde 9, 10 ve 11 bakımından yaptığı incelemede Mahkeme, bir siyasi örgütün iki şartla kanunda veya devletin yasal ve anayasal yapısında bir değişikliği destekleyebileceğini tespit etmiştir: birincisi, bu amaçla kullanılan araçların yasal ve demokratik olması; ikincisi önerilen değişikliğin kendisinin temel demokratik ilkelerle uyumlu olması gerekir. Buradan, liderlerinin şiddete teşvik ettiği veya demokrasiye saygı göstermeyen veya demokrasiyi yok etmeyi ve demokraside tanınan hak ve özgürlükleri hiçe saymayı amaçlayan bir politika ortaya koyan bir siyasi örgütün, bu gerekçelerle verilen cezalara karşı Sözleşme'nin korumasından faydalanma talebinde bulunamayacağı sonucu çıkmaktadır.⁷⁰¹ Yargılamalar sonucunda, anti-semitik ve şiddet yanlısı ifadelere, örgüte sadakatsizlerle silahlarla savaşılmaya teşvik ettiğine, şiddet çağrısında bulunan broşür dağıtıldığına, İslam'ın hakimiyetini kurmak için cihadın savunulduğuna ve İsrail, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa ve Rusya'nın yanı sıra düşman devletlerin vatandaşlarının öldürülmesinin de caiz olduğunun ifade edildiğine dair kanıtlar tespit edilmiştir.⁷⁰² Mahkeme ayrıca *Hizb ut-Tahrir al-Islami* örgütünün siyasi iktidarı elde etme amacına rağmen siyasal demokratik sürece katılmama iradesini de dikkate almıştır.⁷⁰³ Bunların yanı sıra, örgütün devletin hukuki ve anayasal yapılarında önerdiği değişikliklerin Sözleşme'nin temelini oluşturan temel demokratik ilkelerle uyumlu olmadığını belirtmiştir.⁷⁰⁴ *Hizb ut-Tahrir al-Islami* örgütünün faaliyetlerinin dini ibadetleri teşvik etmenin ve özel hayatta İslam'ın gereklerini yerine getirmenin sınırlarını aştığını belirten AİHM, başvurucular tarafından örgütün siyasal düşüncelerinin yayılmasının Madde 17'nin kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Bu sebeple, Mahkeme, Madde 9, 10 ve 11 bakımından yapılan başvurunun konu bakımından kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁷⁰⁵ Vaka dikkatlice incelendiğinde,

⁷⁰⁰ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 5 vd.

⁷⁰¹ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 105.

⁷⁰² *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 106-107.

⁷⁰³ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 108.

⁷⁰⁴ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 109-111.

⁷⁰⁵ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013, para. 112-114.

başvurucuların demokrasinin ve Sözleşme'nin temel değerlerine yönelen davranışlarının şüphe götürmez bir şekilde kristalleştiği görülmektedir. Örgütün niteliği bakımından başvurucuların ilgili davranışlarının Taraf Devlete açık ve yakın bir tehlike içerdiği de kaçınılmazdır. Bu nedenle, Madde 17, Mahkeme tarafından doğrudan uygulanmıştır.

Roj TV A/S vakasında⁷⁰⁶, bir televizyon kanalı işleten başvuru şirketi, programları aracılığıyla PKK'nın terör faaliyetlerini teşvik etmekten suçlu bulunmuştur. Ayrıca 2006-2010 yılları arasında PKK tarafından finanse edildiği tespit edilmiştir. Bu sebeple para cezasına mahkûm olmuş ve yayın lisansından mahrum bırakılmıştır.⁷⁰⁷ AİHM, çatışmalara ve eylemlere ve örgüte/gerillaya katılmaya teşvik eden; ölen gerilla üyelerinin kahraman olarak tasvir edildiği tek taraflı yayının, bir terör örgütü olan PKK'nın propagandası anlamına geldiğinin ve bunun sadece bir sempati beyanı olarak değerlendirilemeyeceğinin tespit edilmiş olmasına büyük önem atfetmektedir. Ayrıca, başvuru şirketin 2006-2010 yılları arasında PKK tarafından finanse edilmesi ve şirketin programlarının içeriği, sunumu ve bağlantısının PKK'nın terör operasyonunun teşvik edilmesiyle ilgili olması da bu vakada belirleyici etkenlerdendir.⁷⁰⁸ AİHM burada, i) şiddete teşvik ve terörist faaliyetlere destek içeren ihtilafli programların niteliğini, ii) burada ifade edilen görüşlerin televizyon yayıncılığı yoluyla geniş bir kitleye yayıldığı gerçeğini ve iii) modern Avrupa toplumunda son derece önemli olan bir konuyla doğrudan ilgili olmalarını dikkate alarak, başvuru şirketinin davranışlarının Madde 17 kapsamına girdiğine ve bu sebeple başvuru şirketinin Madde 10'un korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir.⁷⁰⁹ Bu vakada, başvurucuların söz konusu davranışlarını Madde 10'un kapsamından çıkaran husus, televizyon yayıncılığı ile geniş kitleye ulaşma riskinin açık ve yakın bir tehlike oluşturması ve bunun Avrupa konsensüsünde önemli bir konu olarak kabul edilmesidir.

Madde 17'nin dolaylı uygulaması, ilk bakışta hakkın kötüye kullanılması olarak tespit edilemeyen, daha ziyade esasa dair ve daha kapsamlı bir değerlendirme gerektiren durumlarda söz konusu olur.⁷¹⁰ Dolayısıyla bu vakalar, kişilerin davranışlarının demokrasinin ve Sözleşme'nin temel değerlerine karşı oluşturduğu açık ve yakın tehlikenin bariz bir şekilde tebellür etmediği vakalardır. Sözgelimi *Lehideux ve Isorni*

⁷⁰⁶ *Roj TV A/S v. Denmark*, App. No. 24683/14, Decision of 17 April 2018.

⁷⁰⁷ *Roj TV A/S v. Denmark*, App. No. 24683/14, Decision of 17 April 2018, para. 2 vd.

⁷⁰⁸ *Roj TV A/S v. Denmark*, App. No. 24683/14, Decision of 17 April 2018, para. 46.

⁷⁰⁹ *Roj TV A/S v. Denmark*, App. No. 24683/14, Decision of 17 April 2018, para. 47.

⁷¹⁰ Buyse, "Prohibition of the Abuse of Rights", s. 1093.

vakasında⁷¹¹, başvuruçular, 1940-1944 yılları arasında Vichy Fransa'sının devlet başkanı olan ve 1945 yılında vatana ihanet dolayısıyla ölüm cezasına çarptırılan Mareşal Pétain'in Nazi Almanyası ile iş birliğinden bahsetmeden, onun hakkında bir övgü yazısı yayınladıkları için mahkûm edilmiştir.⁷¹² AİHM ilk olarak, başvuruçuların yazısında Pétain'in ikili oynadığı teorisine itibar kazandırdıklarını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre bu konudaki tarihi tartışmalar, Yahudi Soykırımı gibi açıkça ortaya konmuş tarihi gerçekler kategorisine girmediğinden soykırımı inkâr eden ifadelerden farklı değerlendirilir.⁷¹³ Nitekim başvuruçular, "Nazi vahşetini ve zulmünü" onaylamadıklarını açıkça belirtmişlerdir.⁷¹⁴ Pétain'in Fransa'daki binlerce Yahudinin ölüm kamplarına sürülmesindeki sorumluluğunu dikkate almamaları bakımından, bu gerçeklerin ciddiyeti, üzerine örtme girişiminin ciddiyetini artırmaktadır. Ancak, Mahkeme, bu olayların üzerinden kırk yıl geçtiği ve başvuruçuların amacının meşruiyeti, yani Pétain'in yeniden yargılanmasını sağlamak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, mahkûmiyetlerinin orantısız olduğunu ve müdahalenin Madde 10'u ihlal ettiğini kabul etmiştir.⁷¹⁵ Bu vakada, Mahkeme'nin vakayı soykırım inkarına ilişkin vakalardan⁷¹⁶ ayırt etmesi önemli bir rol oynamıştır. İlgili tarihi tartışmaların Yahudi Soykırımı gibi açıkça ortaya konmuş tarihi gerçekler kategorisine girmemesi, başvuruçuların beyanlarının aslında Sözleşme'nin benimsediği temel değerler ile olan uyumsuzluğunun, Madde 17'yi doğrudan uygulayacak kadar kristalleşmediğini gösterir.

3.2.2.6. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar

AİHS sisteminde sınırlama kaydı olmayan hakların sınırlandırılmasına ilişkin sorun ilk olarak "*Belçika Dil Vakası*"nda⁷¹⁷ ve *Golder* vakasında⁷¹⁸ ele alınmıştır. Mahkeme, hakkın doğası argümanına dayanarak bu hakların devlet tarafından

⁷¹¹ *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998.

⁷¹² *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 9 vd.

⁷¹³ *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 47.

⁷¹⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 53.

⁷¹⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998, para. 53-56.

⁷¹⁶ *Garaudy v. France*, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003; *Witzsch v. Germany*, App. No. 7485/03, Decision of 13 December 2005; *M'bala M'bala v. France*, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2015.

⁷¹⁷ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968.

⁷¹⁸ *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.

düzenlenmesi gerektiğini ve bu düzenlemelerin de toplumun ve bireylerin ihtiyaç ve kaynaklarına göre ve zamana ve mekâna göre değişebildiğini kabul etmiştir. Mahkeme, sınırlama kaydı olmayan bu hakların sınırlandırılmasının meşrulaştırılması aşamasında ise devletin bu müdahale/düzenleme alanını hakkın özü ile sınırlı tutmuştur.⁷¹⁹ Alman Anayasası'nda sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılması bakımından belirlenen dogmatik dikkate alındığında, AİHM'in oluşturduğu bu dogmatik oldukça muğlak kalmıştır. AİHM'in bu içtihatlarına bakıldığında, sınırlama kaydı olmayan hakların sınırlandırılmasında devletlerin bir meşru amaca dayanması gerekip gerekmediği belirli değildir. Devletlerin yapacakları düzenlemelerin toplumun ve bireylerin ihtiyaçlarına duyarlı olması, Taraf Devletlerin bu hakları sınırlandırırken toplumun veya bireylerin menfaatlerine dayanmasını gerektirdiği kabul edilebilir. Bununla birlikte, AİHM, FAYM'ın aksine sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandıran bu meşru amaçların kapsamını da belirlememiştir. Nitekim FAYM sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların ancak anayasal haklar veyahut anayasal düzeydeki değerlerle sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Ancak AİHM, bu hakları sınırlandıran sınırlama ölçütlerini Sözleşme düzeyindeki değerlerle sınırlamamıştır. Bunun belki de en temel sebebi, AİHS sisteminde sınırlama kaydı olmadan güvence altına alınan hakların hepsi, devlete açık çek verecek sınırlandırılabilirliği zaten açık olan haklardır. Zira bu haklar doğaları gereği sınırlamayı davet eder/sınırlanmayı ister.⁷²⁰ Nitekim Madde 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ve Madde 13'te güvence altına alınan etkili başvuru hakkı, yargılamaya ilişkin haklardır. Bu hakların herhangi bir kullanımı, yasal düzenlemeye muhtaçtır. Antrparantez, bu sebeple yapıları kurumsal haklara oldukça benzemektedir. P1-2'de düzenlenen eğitim hakkının lafzı Evrensel İnsan Hakları Bildirisi Madde 26'dan bile dar ele alınmıştır.⁷²¹ Nitekim hazırlık çalışmalarında A. H. Robertson, hazırlanan taslakları ve devletlerin norm metnini daha da

⁷¹⁹ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 5; *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 38.

⁷²⁰ Madde 6 için bkz. *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 38; *Beer and Regan v. Germany*, App. No. 28934/95, GC Judgment of 18 February 1999, para. 49; *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012, para. 230. P1-2 için bkz. *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 5; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 154; *Catan and Others v. Moldova and Russia*, App. No. 43370/04 and 2 others, GC Judgment of 19 October 2012, para. 140.

⁷²¹ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, s. 995.

daraltma çabalarını eleştirmiştir.⁷²² Ayrıca eğitim hakkında, devletin (özen yükümlülüğü-
günü dışlamayan) müfredatı belirleme ve planlama tekeli bulunmaktadır.⁷²³ Bir objektif
hukuk düzenlemesi olarak formüle edilen serbest seçim hakkı⁷²⁴, devletin kurumsal
düzeni ile alakalı olduğundan dolayı AİHS Madde 8-11'e göre daha zayıf bir koruma
sunar.⁷²⁵

Diğer taraftan, anayasalara nazaran Sözleşme'den Sözleşme haklarını sınır-
landırabilecek diğer haklar dışında bir değer elde etmek oldukça zor ve belirsizdir.
Gerçekten de yapısal ilkelerin, devletin amaç normlarının ve yetki normlarının Söz-
leşme'de bulunmaması dikkate alındığında, sınırlama kaydı olmayan hakları sınırlan-
dırabilen değerler, oldukça sınırlı içerikten elde edilebilir. Dolayısıyla sınırlama kaydı
bulunmayan haklar bakımından, AİHS'in Alman Anayasası'na ve Türk Anayasası'na
(ve burada benimsenen teoriye) nazaran ayrık bir durumu oluşur. Bütün bunlar dik-
kate alındığında, Sözleşme sisteminde ve içtihatlarda, sınırlama kaydı bulunmayan
hakların nitelikli yasa kaydına tabi haklardan genel toplamda daha az koruma stan-
dardına sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, sınırlama kaydı olmayan hak-
ların sınırlandırılmasını münferit olarak incelemek yerinde olur. AİHS ve Protokolle-
rinde sınırlama kaydı olmadan düzenlenen haklar, adil yargılanma hakkı (3.2.2.6.1.),
etkili başvuru hakkı (3.2.2.6.2.), eğitim hakkı (3.2.2.6.3.) ve serbest seçim hakkıdır
(3.2.2.6.4.).

3.2.2.6.1. Madde 6: Adil Yargılanma Hakkı

AİHS Madde 6, mahkeme teşkilatına, yargılama usulünün düzenlenmesine ve
bu yargılama usulünün uygulanmasına dair gereklilikleri içerir.⁷²⁶ Bu gereklilikleri kar-
şılamayan kanunlar veya öngörülen usuller, Madde 6'nın ihlalini teşkil eder. Yukarıda
da ifade edildiği üzere⁷²⁷, negatif statü haklarında söz konusu olan müdahale/sınır-
lama ve bu müdahalenin meşrulaştırılması aşamaları yargılama usulüne ilişkin gü-
vencelere aktarılamaz. Bununla birlikte, orantılılık değerlendirmeleri, mahkemeye

⁷²² Arthur Henry Robertson (ed.), **Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights**, Vol. VIII, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985, s. 190 vd.

⁷²³ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. No. 5095/71 and 2 others, Judgment of 7 December 1976, para. 53; *Valsamis v. Greece*, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996, para. 28.

⁷²⁴ Bkz. **Bölüm 3.2.2.6.4.**

⁷²⁵ *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 115.

⁷²⁶ Grabenwarter - Pabel, "Der Grundsatz des fairen Verfahrens", s. 750 vd., 836.

⁷²⁷ Bkz. **Bölüm 3.2.1.**

erişim hakkında, aleni yargılanma hakkında ve tanıklara ilişkin usullerde yer bulabilir.⁷²⁸ Ancak bu durum, Madde 6'da düzenlenen güvencelerin içkin sınırlara sahip olmadığını göstermez. Nitekim madde metnine bakıldığında yalnızca aleni yargılanma hakkının sınırlama ölçütüne sahip olduğu görülmektedir. Bu itibarla, Madde 6'da yer alan diğer güvenceler, sınırlama kaydı olmayan hak kategorisine girer. Madde 6'da yer alan güvencelerin tamamının bu çalışmada incelenmesi, çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceğinden, burada mahkemeye erişim hakkı (3.2.2.6.1.1.) ve susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkı (3.2.2.6.1.2.) incelenecektir.

3.2.2.6.1.1. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, AİHS Madde 6'da açıkça belirtilmemiş ve fakat adil yargılanma hakkından türetilen bir alt-haktır.⁷²⁹ Buna göre, bir hukuk davasının ve şikâyetlerin hâkime sunulabilir olması gerektiği ilkesi, hukukun evrensel olarak tanınan ilkelerinden birisidir. Bu husus, adaletin inkarını yasaklayan uluslararası hukuk ilkesi için de geçerlidir.⁷³⁰ Mahkeme, Sözleşme'nin büyük bir kısmının temelini oluşturarak hukukun üstünlüğü ve keyfi g  ten kaçınma ilkelerine atıfta bulunarak, mahkemeye erişim hakkının Madde 6'da yer alan güvencelerin doğal bir unsuru olduğuna karar vermiştir.⁷³¹ Madde 6/1 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, davacıların medeni haklarını ileri s rebilmelerini sağlayacak etkili bir yargı yoluna sahip olmalarını gerektirir.⁷³² Sonuç olarak, mahkemeye erişim hakkı, iç hukukta bir yargılama usulü  ng r lmemiş olan medeni haklar ve yükümlülükler ve ceza isnatlarına/yargılamalarına veya şik yetlere ilişkin tespitlere uygulanır.⁷³³ Burada "mahkeme" terimiyle, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi "yargılama usulü güvenceleri" olan "ortak temel özellikler sergileyen organlar" ifade edilir.⁷³⁴ Başvuru yolu olarak düzenlenen mahkemelerin hem vakayı inceleme bakımından hem de hukuki belirleme bakımından tam

⁷²⁸ Grabenwarter - Pabel, "Der Grundsatz des fairen Verfahrens", s. 836.

⁷²⁹ *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 36.

⁷³⁰ *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 35.

⁷³¹ *Grze da v. Poland*, App. No. 43572/18, GC Judgment of 15 March 2022, para. 342.

⁷³² *B leş and Others v. the Czech Republic*, App. No. 47273/99, Judgment of 12 November 2002, para. 49; *Na t-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, GC Judgment of 15 March 2018, para. 113.

⁷³³ Tom Barkhuysen - Michiel van Emmerik - Oswald Jansen - Masha Fedorova, "Right to a Fair Trial", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 540.

⁷³⁴ *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, App. No. 2899/66 and 2 others, Judgment of 18 June 1971, para. 78; *Bentham v. the Netherlands*, App. No. 8848/80, Judgment of 23 October 1985, para. 43.

yetkiye sahip olması gerekir. Diğer bir deyişle, mahkemenin inceleme konusu ihtilaf hakkında karar verebilecek yetkisinin bulunması gerekir.⁷³⁵ Mahkemeye erişim hakkı, pratik ve etkili olmak zorundadır.⁷³⁶ Bu bakımdan, bireyin mali kapasitesi göz önüne alındığında yargılama masraflarının çok yüksek olmasında⁷³⁷, hukuki sürelerle tabi olan konularda⁷³⁸, yargı yetkisine ilişkin konularda⁷³⁹, ispat yüküne ilişkin usuli gerekliliklerin aşırı katı olduğu konularda⁷⁴⁰ ve bir mahkemeye başvurma imkanını engelleyen veya sınırlandıran usuli engellerin varlığı durumlarında⁷⁴¹ mahkemeye erişim hakkının koruması tetiklenir. Her ihtilaf için olmasa da özellikle ihtiyaç sahibi olan kişiler için hukuki yardım kurumunun düzenlenmesi gerekir.⁷⁴²

Mahkemeye erişim hakkının içinde yer aldığı Madde 6/1’de güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, herhangi bir sınırlama kaydı içermez. Bununla birlikte, mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak değildir. Mahkemeye erişim hakkı, içkin sınırlara (*implied limitations* / “*limitations permitted by implication*”) sahiptir.⁷⁴³ Yapılan bu sınırlamalar, bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarına ve kaynaklarına, zamana ve mekana duyarlıdır.⁷⁴⁴ İçkin sınırlama, özellikle, doğası gereği bu konuda belirli bir takdir marjına sahip olan devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden, temyizcin

⁷³⁵ *Albert and Le Compte v. Belgium*, App. No. 7299/75; 7496/76, Judgment of 10 February 1983, para. 29; *Umlauf v. Austria*, App. No. 15527/89, Judgment of 23 October 1995, para. 37.

⁷³⁶ *Bellet v. France*, App. No. 23805/94, Judgment of 4 December 1995, para. 38; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 76-79.

⁷³⁷ *Kreuz v. Poland*, App. No. 28249/95, Judgment 19 June 2001, para. 60-67; *Podbielski and PPU Polpure v. Poland*, App. No. 39199/98, Judgment of 26 July 2005, para. 65-66; *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, App. No. 9718/03, Judgment of 26 July 2011, para. 69-70.

⁷³⁸ *Miragall Escolano and Others v. Spain*, App. No. 38366/97 and 9 others, Judgment of 25 January 2000, para. 38; *Melnyk v. Ukraine*, App. No. 23436/03, Judgment 28 March 2006, para. 26.

⁷³⁹ *Arlewin v. Sweden*, App. No. 22302/10, Judgment of 1 March 2016, para. 60 vd.

⁷⁴⁰ *Tence v. Slovenia*, App. No. 37242/14, Judgment 31 May 2016, para. 35-38.

⁷⁴¹ *Miragall Escolano and Others v. Spain*, App. No. 38366/97 and 9 others, Judgment of 25 January 2000, para. 38; *Sotiris and Nikos Koutras ATTEE v. Greece*, App. No. 39442/98, Judgment of 16 November 2000, para. 20; *Běleš and Others v. the Czech Republic*, App. No. 47273/99, Judgment of 12 November 2002, para. 50; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 97.

⁷⁴² *Airey v. Ireland*, App. No. 6289/73, Judgment of 9 October 1979, para. 24-26.

⁷⁴³ *Golder v. the United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 38; *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012, para. 230; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 78.

⁷⁴⁴ *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012, para. 230; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 78.

kabul edilebilirlik koşulları söz konusu olduğunda⁷⁴⁵ veya adaletin/yargının düzgün bir şekilde idare edilmesi ve ulusal yargı kararlarının etkinliği ile ilgili vakalarda⁷⁴⁶ geçerlidir. Bununla birlikte AİHM, içkin sınırlamanın sınırlarını da belirlemiştir. Buna göre, içkin sınırlamaların, bireye bırakılan erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde sınırlandırması gerekir. Aynı şekilde, meşru bir amacı izlemeyen ve kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmayan bir sınırlama, Madde 6/1'e uygun değildir.⁷⁴⁷ Bununla birlikte, bunun basit bir orantılılık testi olduğu şüphelidir. Zira Mahkeme, "hakkın özüne zarar verecek derecede orantısız olan sınırlamalar" için ihlal kararı vermektedir.⁷⁴⁸ Nitekim ihlal verilen kararların çoğunda Mahkeme, hakkın özüne dokunulduğunu bulgulamıştır.⁷⁴⁹ Ulusal hukuku yorumlama ve uygulama yetkisi genel olarak ulusal makamlara ait olsa da⁷⁵⁰, bu yorumlama ve uygulama keyfi veya açıkça mantıksız/dayanaksız olamaz.⁷⁵¹

Mahkeme, takip edilmesi gereken meşru amaç gerekliliği bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Bu bakımdan, bireysel veya toplumsal menfaatler izlenerek, mahkemeye erişim hakkı sınırlanabilir. Akıl hastalarının bakımından sorumlu olanların dava nedeniyle haksız yere tacize uğramasını engelleme⁷⁵², adaletin/yargının düzgün bir şekilde idare edilmesini ve ulusal yargı kararlarının etkililiğini

⁷⁴⁵ *Luordo v. Italy*, App. No. 32190/96, Judgment of 17 July 2003, para. 85; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 107-109.

⁷⁴⁶ *Naït-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, GC Judgment of 15 March 2018, para. 122.

⁷⁴⁷ *Ashingdane v. the United Kingdom*, App. No. 8225/78, Judgment of 28 May 1985, para. 57; *Fayed v. the United Kingdom*, App. No. 17101/90, Judgment of 21 September 1994, para. 65; *Markovic and Others v. Italy*, App. No. 1398/03, GC Judgment of 14 December 2006, para. 99; *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012, para. 230; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*, App. No. 76943/11, GC Judgment of 29 November 2016, para. 89; *Naït-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, GC Judgment of 15 March 2018, para. 114-115; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 78.

⁷⁴⁸ Bkz. *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 125.

⁷⁴⁹ Örnek olarak bkz. *Canea Catholic Church v. Greece*, App. No. 25528/94, Judgment of 16 December 1997, para. 42; *Baka v. Hungary*, App. No. 20261/12, GC Judgment of 23 June 2016, para. 121-122; *Grzęda v. Poland*, App. No. 43572/18, GC Judgment of 15 March 2022, para. 349-350.

⁷⁵⁰ *Nusret Kaya and Others v. Turkey*, App. No. 43750/06 and 4 others, Judgment of 22 April 2014, para. 38.

⁷⁵¹ *Naït-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, GC Judgment of 15 March 2018, para. 116; *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 79.

⁷⁵² *Ashingdane v. the United Kingdom*, App. No. 8225/78, Judgment of 28 May 1985, para. 58.

güvence altına alma⁷⁵³, hukuki kesinlik⁷⁵⁴, devlet dokunulmazlığının tanınmasını gerektirebilecek iyi uluslararası ilişkiler oluşturma⁷⁵⁵, egemenliğin geri elde edilmesindeki kamusal yarar⁷⁵⁶, mahkemelerin aşırı dava yükünü engelleme⁷⁵⁷, iflas eden kişinin alacaklılarının hak ve menfaatlerini koruma⁷⁵⁸, başkalarının haklarını koruma⁷⁵⁹, yüksek mahkemelerin rolü/fonksiyonu⁷⁶⁰ ve kişinin kendisinin korunması⁷⁶¹ amaçları meşru amaç olarak kabul edilmiştir.⁷⁶²

Sınırlamanın ölçülülüğü ise birçok etkene dayanabilmektedir. Mahkeme, kamusal alandaki faaliyetlerin düzenlenmesi söz konusu olduğunda mahkemeye erişim üzerindeki sınırlamaların, kendi namıyla hareket eden kişilerin davranışlarına ilişkin vakalara kıyasla daha kapsamlı olabileceğini kabul etmektedir.⁷⁶³ Usuli sınırlamaların da orantılı olması gerekir. Sözgelimi *Zubac* vakasında⁷⁶⁴, başvuru temyiz başvurusu için belirli bir dava değeri sınırı (*ratione valoris*) sebebiyle temyiz yoluna başvuramamışlardır. Yüksek Mahkeme, duruşmada belirtilen değeri değil dava dilekçesinde belirtilen değeri (10.000 Hırvat Kunası) dikkate alarak, başvuru eşiği olan 100.000 Hırvat Kunasının altında olduğundan temyizi kabul edilemez bulmuştur.⁷⁶⁵ Büyük Daire, bu müdahalenin mahkemeye erişim hakkını sınırladığını belirledikten sonra⁷⁶⁶, dava değeri sınırının ölçülülüğü bakımından üç kriter belirlemiştir: i) temyiz için

⁷⁵³ *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, App. No. 18139/91, Judgment of 13 July 1995, para. 61; *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012, para. 241; *Naït-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, GC Judgment of 15 March 2018, para. 122.

⁷⁵⁴ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998, para. 45.

⁷⁵⁵ *Al-Adsani v. the United Kingdom*, App. No. 35763/97, GC Judgment of 21 November 2001, para. 54.

⁷⁵⁶ *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, App. No. 42527/98, GC Judgment of 12 July 2001, para. 69.

⁷⁵⁷ *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, App. No. 26737/95, Judgment of 19 December 1997, para. 36.

⁷⁵⁸ *Luordo v. Italy*, App. No. 32190/96, Judgment of 17 July 2003, para. 86.

⁷⁵⁹ *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*, App. No. 76943/11, GC Judgment of 29 November 2016, para. 91.

⁷⁶⁰ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 105.

⁷⁶¹ *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012, para. 241.

⁷⁶² Krş. Barkhuysen - van Emmerik - Jansen - Fedorova, "Right to a Fair Trial", s. 536.

⁷⁶³ *Fayed v. the United Kingdom*, App. No. 17101/90, Judgment of 21 September 1994, para. 75.

⁷⁶⁴ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018.

⁷⁶⁵ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 9 vd.

⁷⁶⁶ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 73 vd.

izlenecek usul, davacı açısından öngörülebilir olmalıdır;⁷⁶⁷ ii) yargılama sırasında yapılan ve başvurunun mahkemeye erişimini engelleyen usul hataları tespit edildikten sonra, başvurunun bu hatalar nedeniyle aşırı bir yüke katlanmak zorunda kalıp kalmadığı belirlenmelidir;⁷⁶⁸ iii) söz konusu sınırlamaların aşırı şekilcilik içerip içermediği incelenmelidir.⁷⁶⁹ Mahkeme bu vakada, başvurunun usul hukuku uyarınca uyuşmazlığın değerini değiştirme ve buna ek olarak olağanüstü temyiz imkanının bulunduğunu ve fakat bunları kullanmadığını dikkate almıştır. Bu itibarla, ilgili iç hukuktan ve Yüksek Mahkeme uygulamasından kaynaklanan söz konusu sınırlamanın niteliğinin, kendi başına esnek olmayan usul kurallarının bir sonucu gibi görünmediğini vurgulamıştır.⁷⁷⁰ AİHM, temyiz için izlenecek usulün tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde düzenlendiğini⁷⁷¹, başvurunun kendisinin uyuşmazlığın değerini artırmaya çalışırken gerekli özeni göstermediğini⁷⁷² ve usul kurallarının makul olmayan ve özellikle katı bir şekilde uygulanmasını ifade eden aşırı şekilciliğin söz konusu olmadığını⁷⁷³ tespit ederek, müdahalenin orantılı olduğu ve Taraf Devletin takdir marjını aşmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁷⁷⁴

AİHM, usul kurallarının aşırı katı bir şekilde yorumlanmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir. *Pérez de Rada Cavanilles* vakasında⁷⁷⁵, *reposición* (kararın iptali istemiyle temyiz) başvurusu, yasada belirtilen üç gün içinde postalanmış olmasına rağmen, bu sürenin dolmasından iki gün sonra yerel mahkemenin kayıtlarına geçmiştir. Bu sebeple, bu başvuru kabul edilemez bulunmuştur.⁷⁷⁶ Postanın teslim edilmesi için geçen olağan süre göz önüne alındığında, bir mektubun hedefine daha çabuk ulaşması pek mümkün görünmemektedir. Başvurucunun başvurusunu hazırlayıp, itiraz edilen kararın kendisine tebliğ edilmesinin ertesi günü, yani 27 Kasım 1993 tarihinde göndermesinin fiziksel olarak mümkün olduğu varsayılsa bile, yerel mahkemenin kaleminin, başvuruyu kaydetme süresi olan 30 Kasım 1993

⁷⁶⁷ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 87-89.

⁷⁶⁸ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 90-95.

⁷⁶⁹ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 96-99.

⁷⁷⁰ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 103.

⁷⁷¹ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 110-113.

⁷⁷² *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 114 vd.

⁷⁷³ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 122-124.

⁷⁷⁴ *Zubac v. Croatia*, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018, para. 125.

⁷⁷⁵ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998.

⁷⁷⁶ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998, para. 9 vd.

tarihine kadar başvuruyu alacağının garantisi yoktur.⁷⁷⁷ Başvurusunu sunmak için kendisine tanınan ve yeterli gerekçeleri sunması gereken kısa süre göz önünde bulundurulduğunda, başvuru ihmalî davranmakla suçlanamaz. İlgili iç hukuk uyarınca, söz konusu karar, bir sözleşmenin icrası için açılan davalar bağlamında öngörülebilir olarak değerlendirilemez.⁷⁷⁸ AİHM, söz konusu karar kendisine Madrid’de tebliğ edilmişken, başvuru için öngörülen süre içinde başvuruda bulunmak için Aoiz’e seyahat etmesinin (iki şehir arasında yaklaşık 500 km mesafe bulunmaktadır) makul olmayacağını belirtmiştir.⁷⁷⁹ Mahkeme, ayrıca başvurucuya aşırı yük yüklendiğini de tespit etmiştir. Başvurucunun komşusuyla yaptığı anlaşmanın geçersiz olduğunu ilan ettiği karara karşı bir *reposición* başvurusu yapma niyetini açıkça ortaya koyduğu ve bu başvurunun zaman aşımından reddedilmesinin temyize gitmesini engellediği göz önüne alındığında, Mahkeme, bu durumda, ulusal mahkemeler tarafından bir usul kuralının özellikle katı bir şekilde uygulanmasının başvuru mahkemeye erişim hakkından mahrum bıraktığını ve Madde 6/1’in ihlal edildiğini kabul etmiştir.⁷⁸⁰

3.2.2.6.1.2. Susma ve Kendini Suçlamaya Zorlanmama Hakkı

Şüpheli veya sanık kendi suçsuzluğunu ispat etmek zorunda değildir. Bunun kural olarak iddia makamı tarafından ispatlanması gerekmektedir. Şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanması, yargı makamlarının kural olarak bu suskunluktan bir çıkarım yapmamasını doğurur. AİHS Madde 6’da susma ve kendisini suçlamaya zorlanmama hakkı lafzi olarak geçmese de AİHM, bu hakkın, adil bir usul nosyonunun temelinde yer alan uluslararası standartlardan biri olduğunu dile getirmiştir. AİHM, kendisini suçlamaya zorlanmama hakkını, genel olarak, sanığın sessiz kalma iradesine saygı çerçevesinde değerlendirmektedir.⁷⁸¹ AİHM, sessiz kalma ve kendisini suçlamaya zorlanmama hakkı çerçevesinde dört güvence belirlemiştir: i) sanık veya şüpheli, sessiz kalmanın hukuki sonuçları hakkında uyarılmalıdır; ii) sessizlikten bir sonuç

⁷⁷⁷ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998, para. 46.

⁷⁷⁸ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998, para. 47.

⁷⁷⁹ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998, para. 48.

⁷⁸⁰ *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998, para. 49-50.

⁷⁸¹ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 45; *Saunders v. the United Kingdom*, App. No. 19187/91, GC Judgment of 17 December 1996, para. 68; *Bykov v. Russia*, App. No. 4378/02, GC Judgment of 10 March 2009, para. 92. Ayrıca bkz. Seyfullah Tosun, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 66-67.

çıkarmadan önce bir *prima facie* dava⁷⁸² oluşturulmalıdır; iii) aksi çıkarımda bulunup bulunmama konusunda, duruşma hakimine veya jüriye bir takdir alanı tanınmalıdır; iv) bu takdir alanı temyizde denetlenebilir olmalıdır.⁷⁸³ Kendini suçlamama güvencesi, tek başına kendini suçlayan bir beyana karşı değil, zorlama ve baskı yoluyla delil elde edilmesine karşı koruma sağlar. Kendini suçlamama güvencesinin korumasını tetikleyen husus, bu zorlamanın varlığıdır.⁷⁸⁴ AİHM, içtihat hukukunda, susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkının korumasını tetikleyen üç tür durum tespit etmiştir.⁷⁸⁵ Bunlardan ilki bir şüphelinin yaptırım tehdidi altında ifade vermeye zorlandığı ve bunun sonucunda ifade verdiği⁷⁸⁶ ya da ifade vermeyi reddettiği için yaptırıma maruz kaldığı⁷⁸⁷ durumlardır. İkincisi, somut delil veya ifade elde etmek için, genellikle AİHS Madde 3'ü ihlal eden bir muamele olan fiziksel veya psikolojik baskı uygulanmasıdır.⁷⁸⁸ Üçüncüsü ise, yetkililerin sorgulama sırasında elde edemedikleri bilgileri elde etmek için hileye başvurusudur.⁷⁸⁹ Zorlama altında alınan ve görünüşte suçlayıcı nitelikte olmayan ifadeler, ceza yargılamasında iddiayı desteklemek için, sözgelimi sanığın diğer ifadeleriyle ya da yargılama sırasında verdiği ifadelerle çelişmek ya da bunlara şüphe elde etmek ya da başka bir şekilde güvenilirliğini sarsmak için kullanılabilir. Bu nedenle, kendini suçlamaya zorlanmama hakkı, doğrudan suçlayıcı ifadelerle sınırlandırılmaz.⁷⁹⁰ Bununla birlikte, kendini suçlamama güvencesi, şüpheliden zorlayıcı yetkilere başvurularak elde edilebilen ancak şüphelinin iradesinden bağımsız

⁷⁸² *Prima facie* davayı AİHM, mahkemede suçun temel unsurlarının kanıtlanması bakımından makul şüphenin ötesine geçen bir kanaat oluşturabilecek doğrudan delillerden ve bu delillere dayanan meşru çıkarımlardan oluşan dava olarak tanımlamıştır. Bkz. *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 51.

⁷⁸³ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 51; Andrew Stumer, **Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives**, Oxford, Hart Publishing, 2010, s. 112; Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, s. 67-68.

⁷⁸⁴ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 267.

⁷⁸⁵ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 267.

⁷⁸⁶ Bkz. *Saunders v. the United Kingdom*, App. No. 19187/91, GC Judgment of 17 December 1996.

⁷⁸⁷ Bkz. *Heaney and McGuinness v. Ireland*, App. No. 34720/97, Judgment of 21 December 2000; *Weh v. Austria*, App. No. 38544/97, Judgment of 8 April 2004.

⁷⁸⁸ *Magee v. the United Kingdom*, App. No. 28135/95, Judgment of 6 June 2000; *Jalloh v. Germany*, App. No. 54810/00, GC Judgment of 11 July 2006; *Gäfgen v. Germany*, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010.

⁷⁸⁹ *Allan v. the United Kingdom*, App. No. 48539/99, Judgment of 5 November 2002.

⁷⁹⁰ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 268.

bir varlığa sahip olan, arama emri uyarınca elde edilen belgeler, nefes, kan ve idrar örnekleri ve DNA testi amacıyla vücut dokusu gibi materyallerin ceza yargılamalarında kullanılması kapsamaz.⁷⁹¹

Susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkını içinde barındıran, AİHS Madde 6/1'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ve Madde 6/2'de güvence altına alınan masumiyet karinesinin herhangi bir sınırlama kaydı bulunmasa da, bu hak mutlak bir hak değildir.⁷⁹² Bir sanığın sessizliğinden aleyhte çıkarımlar yapılması doğrudan Madde 6/1'i ihlal etmez. Burada Mahkeme, vakanın bütün koşulları ışığında, özellikle çıkarımların yapılabileceği durumları, ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirirken çıkarımlara verilen ağırlığı ve zorlamanın derecesini dikkate alır.⁷⁹³ AİHM ayrıca, başvurunun yargılamasına konu olan delillerin kabul edilebilirliği ve güvenilirliğinin değerlendirilmesine ilişkin güvenceleri, iddia edilen zorlamanın niteliği ve derecesini ve elde edilen materyallerin kullanımını da dikkate alır.⁷⁹⁴ Uygulanan zorlamanın derecesinin kendini suçlamama güvencesinin özüne dokunması, Madde 6'nın ihlaline yol açar.⁷⁹⁵ Ancak her doğrudan zorlama, kendini suçlamama güvencesinin özüne dokunmaz ve Madde 6'nın ihlaline yol açmaz.⁷⁹⁶

John Murray vakasında⁷⁹⁷, bir IRA (*Irish Republican Army*) örgütü üyesinin ihbar ettiği evde yakalanan ve hem soruşturma aşamasında hem de mahkemede

⁷⁹¹ *Saunders v. the United Kingdom*, App. No. 19187/91, GC Judgment of 17 December 1996, para. 69; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, App. No. 15809/02; 25624/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 47.

⁷⁹² *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 47; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, App. No. 34720/97, Judgment of 21 December 2000, para. 47; *Weh v. Austria*, App. No. 38544/97, Judgment of 8 April 2004, para. 46; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, App. No. 15809/02; 25624/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 53; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 269.

⁷⁹³ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 47.

⁷⁹⁴ *Jalloh v. Germany*, App. No. 54810/00, GC Judgment of 11 July 2006, para. 101; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, App. No. 15809/02; 25624/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 55; *Bykov v. Russia*, App. No. 4378/02, GC Judgment of 10 March 2009, para. 104; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 269.

⁷⁹⁵ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 49; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 269.

⁷⁹⁶ *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, App. No. 15809/02; 25624/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 53; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016, para. 269.

⁷⁹⁷ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996.

sessiz kalma hakkını kullanan başvurusunun, bir örgüt üyesinin polise bilgi vermesinden dolayı bir evde haksız yere hapsedilmesine yardım ve yataklık suçundan mahkûm olması söz konusudur. Polis kapıyı çaldıktan kayda değer bir süre sonra eve girdiğinde, başvuruçuyu, IRA tarafından kişinin esir tutulduğu evin merdivenlerinden inerken bulmuştur.⁷⁹⁸ Yukarıdaki inceleme kriterlerini belirten Büyük Daire, öncelikle zorlayıcılık derecesini inceler. Ulusal hukukta sessiz kalmanın, herhangi bir adli suça veya mahkemeye saygısızlığa karşılık gelmediğini ve suçluluğun göstergesi olarak dikkate alınmadığını tespit eden Mahkeme, mevcut vakada yalnızca dolaylı bir zorlama olduğunu belirlemiştir. AİHM'e göre dolaylı zorlama tek başına belirleyici bir etken değildir.⁷⁹⁹ Mahkeme, öncelikle bu yargılamanın jürisiz bir yargılama olduğunu, tecrübeli hakimlerden oluşan bir mahkeme heyetinin olduğunu ve ilgili hüküm uyarınca bir çıkarımın uygulanmasının, savunma haklarını ve dayanılabilecek çıkarımlara güvenin sınırlarını tasarlayan önemli bir dizi güvencelere tabi olduğunu dikkate almıştır. AİHM, burada, sessiz kalmanın hukuki etkileri bakımından şüpheli veya sanığın uygun bir şekilde bilgilendirilmesi gerektiğini ve iddia makamının şüpheliye karşı *prima facie* dava oluşturması zorunluluğunu belirtmiştir. Bu bağlamda AİHM, iddia makamı tarafından ileri sürülen delillerin bir cevap gerektirecek kadar güçlü olup olmadığının değerlendirileceğini, şüpheli veya sanığın sadece susmayı tercih etmesinden dolayı suçlu kabul edilemeyeceğini, bununla beraber ortaya konan delil şüpheli veya sanığın verebilecek bir durumda olduğu bir açıklama yapmasını gerekli kılıyorsa, bu açıklamayı yapmaması durumunda, sağduyu (*common sense*) gereği olarak şüpheli veya sanığın suçlu olduğuna yönelik bir çıkarım yapılabileceğini dile getirmiştir. Nitekim yapılan bu çıkarımlarda, başvuruçucu birçok önemli usuli güvenceye de sahip olmuştur.⁸⁰⁰ Mahkeme, özellikle başvuruçucu aleyhine olan delillerin ağırlığını göz önüne alarak, başvuruçunun sessizliğinden çıkarım yapılmasının ve dolayısıyla başvuruçunun aksini ispat etmesi gerektiği bir fiili karinenin yüklenmesinin haksız veya dayanaksız olmadığını belirlemiştir. Bu çerçevede, Büyük Daire, başvuruçunun davranışlarından makul çıkarımlar yapılmasının, masumiyet karinesi ilkesini ihlal edecek şekilde ispat yükünü iddia makamından savunmaya kaydırma etkisi yaratmadığı

⁷⁹⁸ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 11 vd.

⁷⁹⁹ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 48-50.

⁸⁰⁰ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 51.

sonucuna ulaşmıştır.⁸⁰¹

Susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkı, mahkemeye erişim hakkına nazaran daha çok yargılama haklarına ilişkin dogmatiğe tabi olmuştur. Bu bakımdan, bir meşru amaç veyahut dengeleme söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte, yargılamaya ilişkin haklar bakımından, kabul edilebilecek genel sınırlama amacının adaletin/yargının düzgün bir şekilde idare edilmesini ve ulusal yargı kararlarının etkililiğini güvence altına alma olduğu söylenebilir. Özellikle delillerin oldukça kuvvetli olduğu durumlarda, mahkemelerin fiili karine oluşturabilmeleri ve dolayısıyla kişinin sessiz kalmasından çıkarımlar yapabilmeleri, bu amaca dayanmaktadır. Nitekim, içtihat hukukunda delillerin ağırlığı ile kişinin zorlanma derecesi arasında bir dengeleme yapıldığı da açıktır. Buna göre, deliller ne kadar kuvvetliyse, kişiye yönelen zorlama derecesi de o kadar yüksek olabilir. Ancak her halükârda, bu zorlamanın, kişilerin haklarını tamamen ortadan kaldırmaması ve dolayısıyla kişilere belirli usuli güvenceler çerçevesinde kendisine yüklenen fiili karinenin aksini ispat etme imkânı vermesi gerekir.

3.2.2.6.2. Madde 13: Etkili Başvuru Hakkı

AİHS Madde 13, Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlali karşı ulusal makamlar nezdinde etkili başvuru hakkını güvence altına alır. Madde 13’ün amacı, bireylerin, Mahkeme önünde uluslararası şikâyet mekanizmasını harekete geçirmeden önce, Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlali durumunda ulusal düzeyde çözüm elde edebilecekleri bir araç sağlamaktır.⁸⁰² Bu nedenle, Madde 13 kural olarak, Sözleşme hükümlerinin maddi ihlallerine ilişkin şikâyetlerle ilgilidir. Bu madde, Taraf Devletlerin insan haklarını her şeyden önce kendi hukuk sistemleri içinde koruma yükümlülüğünü doğrudan ifade ederken, bireyin bu haklardan etkili bir şekilde yararlanmasını sağlamak için ek bir güvence oluşturmaktadır.⁸⁰³ Madde 13’ün uygulanması, diğer haklarla ilgili şikâyetlerin konu bakımından kabul edilemezlik bulunmamasına ve iddia edilebilir/tartışılabilir olmasına bağlıdır. Madde 13’ün koruması diğer haklardan bağımsız olarak tetiklenemez.⁸⁰⁴ Nitekim bireyin şikâyetinin yöneldiği

⁸⁰¹ *John Murray v. the United Kingdom*, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996, para. 54.

⁸⁰² *Kudla v. Poland*, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 152.

⁸⁰³ *Kudla v. Poland*, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 152.

⁸⁰⁴ *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, App. No. 9659/82; 9658/82, Judgment of 27 April 1988, para. 52; *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, GC Judgment of 4 May 2000, para. 67; *Maurice v. France*, App. No. 11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, para. 106; Tom Barkhuysen - Michiel van Emmerik, “Right to an Effective Remedy”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 1036-1037.

ve iç hukukta çözüm bulunması gereken mağduriyetin Sözleşme açısından iddia edilebilir/tartışılabilir olması gerekir.⁸⁰⁵ İddia edilebilirlik/Tartışılabilirlik kriteri, soyut bir şekilde değil, somut olgular ve hukuki meselenin niteliği bakımından değerlendirilir.⁸⁰⁶ Şikâyetin kabul edilebilir bulunması, iddia edilebilirliğe/tartışılabilirliğe bir gerekçe sunabilirken, şikâyetin kabul edilemez bulunması⁸⁰⁷, ilgili şikâyetin iddia edilebilir/tartışılabilir olmadığına bir gerekçe sunabilir.⁸⁰⁸ Bununla birlikte, başka bir haktan ihlal bulunması bir zorunluluk değildir.⁸⁰⁹

Madde 13, bir bireyin Sözleşme'yi ihlal ettiği iddia edilen bir tedbirden zarar gördüğünü düşünmesi halinde, hem iddiasının karara bağlanması hem de uygun olması halinde telafi elde edebilmesi için ulusal bir "makam" önünde bir hukuk yoluna sahip olmasını gerektirmektedir.⁸¹⁰ Bu ulusal makamın, yargı makamı olması zorunlu değildir.⁸¹¹ Ancak, ihlal edilen hakkın/hukuki menfaatin niteliği dikkate alınarak ulusal makamın bir yargı makamı olması gerektiği belirlenebilir.⁸¹² Hukuk yolunun etkili olabilmesi için, itiraz edilen durumu doğrudan telafi edebilecek nitelikte olması gerekir.⁸¹³ Davayı karara bağlayan ulusal makamlar, Sözleşme kapsamında yer alan şikâyetin esasını incelemelidir.⁸¹⁴ "Etkili" terimi, hukuk yolunun yeterli ve erişilebilir olması ve

⁸⁰⁵ *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, App. No. 9659/82; 9658/82, Judgment of 27 April 1988, para. 52; *Maurice v. France*, App. No. 11810/03, GC Judgment of 6 October 2005, para. 106.

⁸⁰⁶ *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, App. No. 9659/82; 9658/82, Judgment of 27 April 1988, para. 55; *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, App. No. 10126/82, Judgment of 21 June 1988, para. 27.

⁸⁰⁷ *Hatton and Others v. the United Kingdom*, App. No. 36022/97, GC Judgment of 8 July 2003, para. 137.

⁸⁰⁸ *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, App. No. 9659/82; 9658/82, Judgment of 27 April 1988, para. 54.

⁸⁰⁹ *Hatton and Others v. the United Kingdom*, App. No. 36022/97, GC Judgment of 8 July 2003, para. 130, 137 vd.; *Nuri Kurt v. Turkey*, App. No. 37038/97, Judgment of 29 November 2005, para. 117; *Ratushna v. Ukraine*, App. No. 17318/06, Judgment of 2 December 2010, para. 85.

⁸¹⁰ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 64; *Silver and Others v. the United Kingdom*, App. No. 5947/72 and 6 others, Judgment of 25 March 1983, para. 113; *Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, para. 77.

⁸¹¹ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 67; *Silver and Others v. the United Kingdom*, App. No. 5947/72 and 6 others, Judgment of 25 March 1983, para. 113.

⁸¹² *Ramirez Sanchez v. France*, App. No. 59450/00, GC Judgment of 2006, para. 165-166.

⁸¹³ *Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland*, App. No. 12742/87, Decision of 3 May 1989.

⁸¹⁴ *Smith and Grady v. the United Kingdom*, App. No. 33985/96; 33986/96, Judgment of 27 September 1999, para. 138; *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, App. No. 30985/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 100; *Peck v. the United Kingdom*, App. No. 44647/98, Judgment of 28 January 2003, para. 105-106; *Hatton and Others v. the United Kingdom*, App. No.

ivedilik yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiği anlamına gelir.⁸¹⁵ Mahkeme, yalnızca ilgili Sözleşmecî Devletin hukuk sistemindeki resmi hukuk yollarının varlığını değil, aynı zamanda bu hukuk yollarının işlediği genel hukuki ve siyasi bağlamı ve başvurucunun kişisel koşullarını da gerçekçi bir şekilde dikkate alır.⁸¹⁶ Bu bakımdan, hukuk yolunun hem uygulamada ve hem de teoride etkili olması gerekir.⁸¹⁷

Etkili başvuru hakkı mutlak bir hak değildir. AİHS Madde 13'ün herhangi bir sınırlama kaydı olmasa da, bu hak içkin sınırlara tabidir.⁸¹⁸ Madde 13'ün korumasını tetikleyen bir hususta, bireyin ilgili yasalara uyulmasını güvence altına alabileceği bir iç hukuk mekanizması mevcutsa, Madde 13'ün gereklilikleri yerine getirilmiş olur. Her halükârda, burada oluşturabilecek iç hukuk mekanizması, düzenleme konusunun hususiyetini dikkate alan içkin sınırlamalara tabidir.⁸¹⁹ AİHM, Madde 13'ün sınırlanmasında Sözleşme'nin bütünlüğüne atıf yapmıştır.⁸²⁰ Buna göre, Sözleşme bir bütün olarak yorumlanmalıdır ve Madde 13'ün herhangi bir yorumu Sözleşme'nin mantığı ile uyumlu olmalıdır. Bu sebeple, ihlali edildiği ileri sürülen diğer Sözleşme haklarının Sözleşme ile uyumlu olduğu sonucuna ulaşıldığında, Mahkeme, Madde 13'ü bu sonucu geçersiz kılacak şekilde yorumlayamaz. Bu sebeple, Madde 8 bakımından demokratik toplumda gerekli olduğu kabul edilen bir sınırlama, Madde 13'ü ihlal edemez.⁸²¹ Sözelimi gizli gözetleme/izleme sistemleri söz konusu olduğunda, gizli dinleme/gözetleme/izleme sistemine içkin bulunan kısıtlı başvuru yapabilme imkanının

36022/97, GC Judgment of 8 July 2003, para. 141; *Glas Nadezhda EOOD and Elenkov v. Bulgaria*, App. No. 14134/02, Judgment of 11 October 2007, para. 69.

⁸¹⁵ *Paulino Tomas v. Portugal*, App. No. 58698/00, Decision of 27 March 2003; *Çelik and İmret v. Turkey*, App. No. 44093/98, Judgment of 26 October 2004, para. 59.

⁸¹⁶ *Akdivar and Others v. Turkey*, App. No. 21893/93, GC Judgment of 16 September 1996, para. 69.

⁸¹⁷ *Menteş and Others v. Turkey*, App. No. 23186/94, GC Judgment of 28 November 1997, para. 89; *İlhan v. Turkey*, App. No. 22277/93, GC Judgment of 26 June 2000, para. 97.

⁸¹⁸ *Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, para. 79; *Kudla v. Poland*, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 151; Barkhuysen - van Emmerik, "Right to an Effective Remedy", s. 1037; Marten Breuer, "Art. 13: Recht auf wirksame Beschwerde", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 385; Dagmar Richter, "Das Recht auf wirksame Beschwerde", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1270.

⁸¹⁹ *Leander v. Sweden*, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987, para. 79.

⁸²⁰ Breuer, "Art. 13", s. 385.

⁸²¹ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 68.

dikkate alınması gerekir.⁸²² Dolayısıyla iddia edilen bir ihlalin, meydana geldiği bağlam, iç hukuk yolu üzerinde içkin sınırlamalar gerektirebilir.⁸²³ AİHM, Madde 13 bakımından gerçekleştirilen içkin sınırlamaların asgari düzeyde tutulması gerektiğini de vurgulamıştır.⁸²⁴ Bu içkin sınırlamanın nasıl bir sınırlama dogmatikliği oluşturduğu, içtihat hukukunda oldukça belirsiz kalmıştır. Bununla birlikte, Madde 13'ün sınırlama dogmatikliği, özellikle Madde 13'ün yapısından kaynaklanan yükümlülüklerin "pozitif" niteliğine göre şekillenmiştir.⁸²⁵ Pozitif yükümlülüklerin kapsamı ve dolayısıyla Madde 13'ün sınırlanması, şikâyetin niteliğine ve şikâyet edilen diğer Sözleşme hakkının niteliğine bağlıdır.⁸²⁶ Yaşam hakkı (AİHS Madde 2) veya işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı (AİHS Madde 3) gibi temel öneme sahip bir hakkın söz konusu olduğu durumlarda⁸²⁷ veya kişilerin hürriyetinden mahrum bırakıldığı durumlarda⁸²⁸ (AİHS Madde 5) Mahkeme daha sıkı bir denetim yapar.

Klass ve Diğerleri vakasında⁸²⁹, "G-10" Yasası, ülkeyi "yakın tehlikelere" karşı korumak amacıyla belirli makamlara posta ve postayı açma ve denetleme, telgraf mesajlarını okuma ve telefon konuşmalarını dinleme ve kaydetme izni veriyordu. G-10'a göre, kısıtlayıcı tedbirlerin emredilmesi ve uygulanmasıyla ilgili olarak mahkemelere başvurulmasa da, kendisinin gözetim altında olduğuna inanan bireye başka bazı hukuk yolları da açıktı. Bununla birlikte, FAYM'ın 1970 tarihli bir kararı⁸³⁰ uyarınca, yetkili makam, izleme tedbirleri sona erer ermez ilgili kişiyi bilgilendirmekle yükümlüdür ve bildirim, kısıtlamanın amacını tehlikeye atmadan yapılabilir. Böyle bir bildirimin yapıldığı andan itibaren, mahkemeler nezdinde çeşitli yasal yollar birey için

⁸²² *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 69.

⁸²³ *Kudla v. Poland*, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 151.

⁸²⁴ *Kudla v. Poland*, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 152.

⁸²⁵ Barkhuysen - van Emmerik, "Right to an Effective Remedy", s. 1038.

⁸²⁶ *Chahal v. the United Kingdom*, App. No. 22414/93, GC Judgment of 15 November 1996, para. 150-151; *Aksoy v. Turkey*, App. No. 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para. 95; *Aydın v. Turkey*, App. No. 23178/94, GC Judgment of 25 September 1997, para. 103; *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, App. No. 30985/96, GC Judgment of 26 October 2000, para. 98; *Z and Others v. the United Kingdom*, App. No. 29392/95, GC Judgment of 10 May 2001, para. 108; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, App. No. 46477/99, Judgment of 14 March 2002, para. 96; *Toimi v. Sweden*, App. No. 55164/00, Decision of 31 August 2004.

⁸²⁷ *Kaya v. Turkey*, App. No. 22729/93, Judgment of 19 February 1998, para. 107; *Yaşa v. Turkey*, App. No. 22495/93, Judgment of 2 September 1998, para. 114.

⁸²⁸ *Kurt v. Turkey*, App. No. 24276/94, Judgment of 25 May 1998, para. 140.

⁸²⁹ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978.

⁸³⁰ BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil [1970].

kullanılabilir hale gelmektedir.⁸³¹ AİHM bu vakada öncelikle, Madde 13'te geçen ulusal makamının zorunlu olarak yargı makamı olmasının gerekmediğini ve bununla birlikte bu ulusal makamın uyuşmazlığı çözecek yetkiye ve usuli güvencelere sahip olması gerektiğini belirtmiştir.⁸³² Mahkeme daha sonra şikâyetin yöneldiği konunun niteliğini ve bağlamını dikkate almıştır. Burada gerçekleştirilen dinlemelerin, önlemin niteliği dolayısıyla gizli olması gerekir. Bu gizli dinleme/izleme sistemleri, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve düzensizliğin veya suçun önlenmesi için gereklidir. Nitekim Mahkeme, Sözleşme'nin bütünlüğü ilkesi gereği, Madde 8 bakımından demokratik toplumda gerekli bulunan sınırlamanın ve bu sınırlamaya karşı iç hukukta oldukça sınırlı bir başvuru yolu olmasının Madde 13'ü ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Önlemin niteliği gereği gizli olarak dinlenen kişiye bildirim yapılmaması Madde 13'ü ihlal etmez.⁸³³ Mevcut önlemlerin amaçları doğrultusunda, "etkili bir hukuk yolu", herhangi bir gizli izleme sisteminin doğasında bulunan kısıtlı başvuru kapsamı göz önünde bulundurulduğunda olabildiğince etkili bir hukuk yolu anlamına gelmesi gerekir.⁸³⁴ AİHM'e göre, dinlendiğini düşünen kişilerin halen bu gizli dinlemeye karşı başvurabilecekleri bazı hukuk yolları bulunmaktadır: G-10 Komisyonu'na ve anayasa şikâyetine başvuru. Mahkeme, önlemin gizli olma niteliğini dikkate alarak, bu istisnai başvuru yollarının yeterli olduğu kanaatine ulaşmıştır.⁸³⁵ Diğer taraftan, dinleme/izleme/gözetleme tedbirleri sona erdikten sonra dinlenen/izlenen/gözetlenen kişiye bildirim yapılması zorunluluğunun yasada da düzenlenmesi sebebiyle, kişilerin başvurabilecekleri daha fazla hukuk yolu da söz konusu olacaktır.⁸³⁶ Bu bakımdan, AİHM, Alman hukukunda öngörülen başvuru yollarının Madde 13'ün gerekliliklerini karşıladığına karar vermiştir.⁸³⁷

⁸³¹ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 10 vd.

⁸³² *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 67.

⁸³³ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 68.

⁸³⁴ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 69.

⁸³⁵ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 70.

⁸³⁶ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 71.

⁸³⁷ *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978, para. 72.

3.2.2.6.3. Protokol No. 1 Madde 2: Eğitim Hakkı

Protokol No. 1 Madde 2’de (P1-2) düzenlenen eğitim hakkı, iki haktan oluşmaktadır. P1-2’nin ilk cümlesinde, hiç kimsenin eğitim hakkından mahrum bırakılamayacağı düzenlenmiştir. P1-2’nin ikinci cümlesinde ise velilerin kendi dini ve felsefi inançlarına uygun eğitim ve öğretim sağlama hakkı güvence altına alınmıştır. Bu bakımdan, ilk cümlede okula/eğitime erişimin engellenmesine karşı bir güvence mevcutken, ikinci cümlede ise okul/eğitim sırasında velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkı söz konusudur.⁸³⁸ İlk cümle, genel bir eğitim hakkı ve eğitime katılım hakkını güvence altına almaktadır.⁸³⁹ Buna ek olarak, P1-2, devletin bir eğitim sistemi kurma ve sürdürme ve böylece bireyler için eğitim fırsatlarına erişim yaratma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. P1-2’nin ikinci cümlesi, devletin eğitim görevi ile ebeveyn hakları arasında bir ayrım içerir ve ikili bir işleve sahiptir. Devlet, eğitim sistemini tasarlarken, devleti ebeveynlerin dini ve ideolojik inançlarına uygun olarak eğitim yapma zorunluluğu ile bağlar ve bu açıdan devletin bir eğitim sistemi kurma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için maddi bir gereklilik belirler. P1-2’nin bu iki cümlesi, devletin bir eğitim sistemi kurma görevi ile velilerin çocuklarını kişisel inançlarına göre yetiştirme hakkı arasında var olan gerilimi yansıtmaktadır.⁸⁴⁰

⁸³⁸ *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 40. Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 129 vd.

⁸³⁹ Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 129 vd.; *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. No. 5095/71 and 2 others, Judgment of 7 December 1976, para. 52. Ayrıca bkz. Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 370; Luzius Wildhaber, “Right to Education and Parental Rights”, **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by Ronald St. John Macdonald - Franz Matscher - Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 532; Stephan Bitter, “Art. 2 ZP I: Recht auf Bildung”, **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 424; Hanschmann, “Artikel 2”, s. 765 vd.; Jochen Abraham Frowein, “Artikel 2 des 1. ZP”, **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 672; Christine Langenfeld, “Das Recht auf Bildung”, **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1618-1619.

⁸⁴⁰ Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, s. 150 vd.; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 370; Bitter, “Art. 2 ZP I”, s. 424-425; Hanschmann, “Artikel 2”, s. 763-765, 771 vd.; Frowein, “Artikel 2 des 1. ZP”, s. 672-673; Ben Vermeulen - Marjolein van Roosmalen, “Right to Education”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 890; Jost Delbrück, “The Right to Education as an International Human Right”, **German Yearbook of International Law - Jahrbuch für Internationales Recht**, Vol. 35, 1992, pp. 92-104, s. 104.

Birinci cümlede düzenlenen eğitim hakkı, belirli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını⁸⁴¹, bilgi aktarımını ve entelektüel gelişimi⁸⁴² ve aynı zamanda alınan eğitimden yararlanma olanağını⁸⁴³ kapsar. Eğitim hakkı, ilköğretimi⁸⁴⁴, ortaöğretimi⁸⁴⁵, lise ve üniversite eğitimi⁸⁴⁶ kapsar. İkinci cümlede düzenlenen velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkında yer alan “saygı” (*respect*) ibaresi, kabul etmek (*acknowledge*) ve dikkate almak (*taken into account*) terimlerinden daha fazlasını ifade eder.⁸⁴⁷ İnanç (*convictions*) ibaresi ise fikir (*opinion*) ve düşünce (*idea*) terimleri ile aynı anlama gelmemekte, belirli bir mantıklılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem düzeyine ulaşan görüşleri ifade etmektedir.⁸⁴⁸ Velilerin çocuklarının okulunda bedensel cezayı kabul etmemeleri, felsefi inanç kapsamında değerlendirilmiştir.⁸⁴⁹ P1-2’nin ikinci cümlesi, yalnızca din eğitimi için değil tüm dersler için geçerlidir. Cinsel eğitim ve etik dersleri, velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkının kapsamına girmektedir.⁸⁵⁰ Bu hak, aynı zamanda, hem öğretimin içeriğine hem de veriliş şekline uygulanır. Tatil gününde okul sınırları dışında geçit töreni yapma zorunluluğu da velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkını tetikler.⁸⁵¹ Müfredatın belirlenmesi ve planlanması kural olarak Sözleşmeciler Devletlerin yetkisi dahilindedir⁸⁵² ve dini veya felsefi nitelikte bilgi veya malumat içermesini engelleyecek hiçbir şey yoktur.⁸⁵³ Bu

⁸⁴¹ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 4.

⁸⁴² *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 33.

⁸⁴³ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 3-5.

⁸⁴⁴ *Sulak v. Turkey*, App. No. 24515/94, Decision of 17 January 1996.

⁸⁴⁵ *Cyprus v. Turkey*, App. No. 25781/94, GC Judgment of 10 May 2001, para. 278.

⁸⁴⁶ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 141; *Mürsel Eren v. Turkey*, App. No. 60856/00, Judgment of 7 February 2006, para. 41.

⁸⁴⁷ *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 37.

⁸⁴⁸ *Valsamis v. Greece*, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996, para. 25, 27.

⁸⁴⁹ *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, para. 36.

⁸⁵⁰ *Jiménez Alonso and Jiménez Merino v. Spain*, App. No. 51188/99, Decision of 25 May 2000; *Appel-Irrgang and Others v. Germany*, App. No. 45216/07, Decision of 6 October 2009; *Dojan and Others v. Germany*, Decision of 13 September 2011.

⁸⁵¹ *Valsamis v. Greece*, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996, para. 31; *Efstathiou v. Greece*, App. No. 24095/94, Judgment of 18 December 1996, para. 32.

⁸⁵² *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. No. 5095/71 and 2 others, Judgment of 7 December 1976, para. 53; *Valsamis v. Greece*, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996, para. 28.

⁸⁵³ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. No. 5095/71 and 2 others,

takdirin sınırını devletin endoktrinasyon amacı oluşturur. P1-2'nin ikinci cümlesi, devletin "velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermediği düşünülebilecek bir endoktrinasyon/telkin amacı gütmemesi" yasaklar. "Bu, aşılması gereken bir sınırdır."⁸⁵⁴

P1-2'de herhangi bir sınırlama kaydı olmamakla birlikte, eğitim hakkı mutlak bir hak değildir. Bu hak doğası gereği, devletin düzenlemesini gerektirir. Dolayısıyla eğitim hakkı için sınırlamaya tabidir.⁸⁵⁵ Bununla birlikte, bu sınırlamaların yerine getirmesi gereken gereklilikler vardır. Buna göre, bu sınırlamanın öngörülebilir olması ve meşru bir amacı izlemesi gerekir. Ancak Mahkeme, meşru amaç kriteri bakımından P1-2'yi AİHS Madde 8-11'den ayırmıştır. AİHM'e göre, Madde 8-11, kapsamlı bir meşru amaç listesine sahipken, P1-2, böyle bir kapsamlı liste ile bağlı değildir.⁸⁵⁶ Ancak Büyük Daire'nin bu ifadeleri, P1-2'nin daha sıkı bir koruma öngörüp öngörmediği hususunda kafa karıştırıcıdır. Zira bir yandan Madde 8-11'in tabi olduğu sınırlama kaydının öngördüğü meşru amaç listesinin oldukça geniş olduğu belirtilmekte, diğer taraftan P1-2'nin bu geniş listeyi dahi bağlı olmadığı ifade edilmektedir. Bu bakımdan, burada ulusal makamlara daha geniş bir takdir alanı bırakılmaktadır. Büyük Daire ayrıca, Taraf Devletlerin P1-2'ye gerçekleştirilen sınırlamayı meşrulaştırabilmeleri için kullanılan araç ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra, müdahalenin aynı zamanda hakkın özüne dokunmaması gerekir.⁸⁵⁷ Ancak Mahkeme, hakkın özü ile meşru amaç ve öngörülebilirlik arasında bir ilişki kurmuştur. Buna göre, bir sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması ve etkililiğini ortadan kaldırmaması için sınırlamanın öngörülebilir olması ve bir meşru amacı izlemesi gerekir.⁸⁵⁸

Judgment of 7 December 1976, para. 53.

⁸⁵⁴ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, App. No. 5095/71 and 2 others, Judgment of 7 December 1976, para. 53; *Valsamis v. Greece*, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996, para. 28.

⁸⁵⁵ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968, para. 5; Wildhaber, "Right to Education and Parental Rights", s. 537; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 372-373; Hanschmann, "Artikel 2", s. 769-771; Bitter, "Art. 2 ZP I", s. 437, 441; Peters - Altwicker, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 212, 214. Krş. Delbrück, "The Right to Education as an International Human Right", s. 104; Langenfeld, "Das Recht auf Bildung", s. 1638 vd.

⁸⁵⁶ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 154. Aksi yönde bkz. Wildhaber, "Right to Education and Parental Rights", s. 537.

⁸⁵⁷ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 154.

⁸⁵⁸ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 154.

AİHM'in P1-2'nin birinci cümlesi bakımından yaptığı inceleme, hak dogmatığı bakımından daha belirli ve somutken, P1-2'nin ikinci cümlesi bakımından yaptığı inceleme oldukça belirsizdir. İkinci cümle açısından devletin gerçekleştirdiği sınırlamanın bir yasal dayanağının olup olmadığı, devletin bir meşru amaç izleme zorunluluğu olup olmadığı, sınırlamanın bir orantılılığı gerektirip gerektirmediği belirsizdir. Ancak velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkı bakımından, devletin gerçekleştirdiği sınırlamanın meşrulaştırılmasında, ilgili toplumdaki dini yapı, ilgili dersin çoğulculuk ve tarafsızlık ilkelerine ne kadar bağlı kaldığı, belirli bir dine ağırlık verilen derslerde muafiyet hakkı verilir verilmediği ve bu muafiyet hakkının usuli düzenlemesi dikkate alınmaktadır.⁸⁵⁹

Leyla Şahin vakasında⁸⁶⁰, başvuru İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı'nın çıkardığı genelge uyarınca başörtüsü takması sebebiyle ders kayıtlarını yaptıramamış ve sınavlara alınmamıştır.⁸⁶¹ Mahkeme öncelikle eğitim kurumlarına erişme, aldığı eğitimden kazanç sağlama ve tamamladığı eğitimin resmi olarak tanınmasının, P1-2'nin ilk cümlesi tarafından korunduğunu belirtir.⁸⁶² Bunun akabinde ise yukarıda belirtilen, sınırlamanın öngörülebilir olması, bir meşru amacı takip etmesi, orantılı olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekliliklerini ifade eder.⁸⁶³ AİHM, müdahaleye dayanak oluşturan genelgenin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu Madde 17'ye dayandığını, özellikle AYM'nin *Türban I*⁸⁶⁴ ve *Türban II*⁸⁶⁵ kararları⁸⁶⁶ ışığında⁸⁶⁷ kabul eder. Bu bakımdan, bu müdahalenin öngörülebilir olduğuna karar verir.⁸⁶⁸ Büyük Daire, yerel mahkemelerin kararlarını dikkate alarak, başkalarının hak ve

⁸⁵⁹ Krş. *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 85 vd.; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, App. No. 1448/04, Judgment of 9 October 2007, para. 56 vd.

⁸⁶⁰ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005.

⁸⁶¹ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 14 vd.

⁸⁶² *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 152, 157.

⁸⁶³ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 154.

⁸⁶⁴ AYM, E.1989/1, K.1989/12, Karar Tarihi 07.03.1989.

⁸⁶⁵ AYM, E.1990/36, K.1991/8, Karar Tarihi 09.04.1991.

⁸⁶⁶ Kararların incelemesi ve tenkidi için bkz. Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, s. 5 vd.; Yüksel, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, s. 193 vd.

⁸⁶⁷ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 92-93.

⁸⁶⁸ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 98, 158.

özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunmasını meşru amaçlar olarak belirlemiştir.⁸⁶⁹

Müdahalenin orantılılığını inceleyen Mahkeme, ilk olarak söz konusu tedbirlerin öğrencilerin dini vecibelerini yerine getirmelerini açıkça engellemediğine kanaat getirmiştir.⁸⁷⁰ Buna göre, Türk üniversitelerinde Müslüman öğrencilerin *alışlagelmiş* olan ibadet biçimlerini yerine getirmek için özgür olduklarının kabul edildiği vurgulanmıştır.⁸⁷¹ İkinci olarak, genelgenin uygulanmasına ilişkin karar alma süreci, söz konusu olan menfaatlerin tartımını mümkün olduğunca karşılamıştır. Üniversite yetkilileri, başörtüsü takan öğrencileri üniversiteye erişimlerini engellemekten kaçınabilecekleri ve aynı zamanda başkalarının haklarını ve eğitim sisteminin çıkarlarını koruma yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri bir yol aramışlardır.⁸⁷² AİHM, bu karar alma süreci boyunca, üniversite yetkililerinin, bir yandan düzenin korunmasını ve özellikle de söz konusu dersin niteliğinin getirdiği gerekliliklere uyulmasını sağlarken, diğer yandan da ilgili kişilerle sürekli diyalog halinde olarak, başörtüsü takan öğrencilerin üniversiteye erişimini engellemeyecek şekilde gelişen duruma uyum sağlamaya çalıştıklarını dikkate almıştır.⁸⁷³ Ayrıca Büyük Daire, bu sınırlamanın eğitim hakkının özüne dokunmadığını da belirlemiştir.⁸⁷⁴ Bu itibarla, P1-2'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸⁷⁵

Folgerø ve Diğerleri vakasında⁸⁷⁶, Norveç Hümanist Derneği'ne üye olan başvurucular, nüfusun %86'sının tabi olduğu bir devlet dini (Evanjelik Lutheran dini) ve devlet kilisesi olan Norveç'te, çocuklarının zorunlu ders olan "Hristiyanlık, din ve felsefe" (KRL) adlı dersten yalnızca kısmen muaf tutulmalarından şikâyet etmişlerdir.⁸⁷⁷ P1-2, devlete, ister dini ister felsefi olsun, tüm devlet eğitim programı boyunca ebeveynlerin inançlarına saygı göstermesini emreder. Veliler, çocuklarına karşı doğal bir görevin yerine getirilmesinde - veliler çocuklarının "eğitim ve öğretiminden" birinci derecede sorumludur - devletten dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini talep

⁸⁶⁹ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 99, 158.

⁸⁷⁰ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 159.

⁸⁷¹ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 118.

⁸⁷² *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 159.

⁸⁷³ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 120.

⁸⁷⁴ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 161.

⁸⁷⁵ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005, para. 162.

⁸⁷⁶ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007.

⁸⁷⁷ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 7 vd.

edebilirler. Dolayısıyla bu hak, eğitim hakkından yararlanma ve bu hakkı kullanma ile yakından bağlantılı bir sorumluluğa karşılık gelmektedir. AİHM'e göre, bireysel menfaatlerin zaman zaman bir grubun menfaatlerine tabi olması gerekse de, demokrasi çoğunluğun görüşlerinin her zaman üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmez: azınlıklara adil ve uygun muamele yapılmasını sağlayan ve hâkim konumun kötüye kullanılmasını önleyen bir denge sağlanmalıdır. Ancak, müfredatın belirlenmesi ve planlanması kural olarak Sözleşmeciler Devletlerin yetkisi dahilindedir. Bu esasen, Mahkeme'nin karar veremeyeceği ve çözümü meşru olarak ülkeye ve döneme göre değişebilecek olan yerindelik sorunlarını içermektedir. Özellikle, P1-2'nin ikinci cümlesi, devletlerin öğretim veya eğitim yoluyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türden bilgi veya malumat vermesini engellemez. Hatta velilerin bu tür bir eğitimin veya öğretimin okul müfredatına dahil edilmesine itiraz etmelerine bile izin vermez, çünkü aksi takdirde kurumsallaşmış tüm öğretimler uygulanamaz hale gelme riskiyle karşı karşıya kalır. Bununla birlikte, P1-2'nin ikinci cümlesi, devletin, eğitim ve öğretimle ilgili olarak üstlendiği görevleri yerine getirirken müfredatta yer alan bilgilerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına özen göstermesi gerekliliğini içerir. Devletin, ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermediği düşünülebilecek bir endoktrinasyon amacı gütmesi yasaklanmıştır.⁸⁷⁸

Mahkeme bu vakada incelenmesi gereken hususun devletin ilgili dersin müfredatında yer alan bilgilerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına özen gösterip göstermediği veya başvuru velilerin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermeyen bir endoktrinasyon amacı güdüp gütmeyeceği ve böylece P1-2'nin gerekli kıldığı sınırı aşp aşmadığı olduğunu belirlemiştir.⁸⁷⁹ KRL dersinin başlatılmasının ardındaki hakim niyetin, Hristiyanlığı, diğer dinleri ve felsefeleri birlikte öğretmek, öğrencinin sosyal geçmişine, dini inancına, milliyetine veya etnik grubuna vb. bakılmaksızın açık ve kapsayıcı bir okul ortamını mümkün kılmak olduğu belirlenmiştir. Amaç, okulun vaaz verme veya misyonerlik faaliyetleri için bir arena değil, öğrencilerin kendi düşünce ve gelenekleri hakkında bilgi edinebilecekleri farklı dini ve felsefi inançlar için bir buluşma yeri olmasıdır. Büyük Daire, bu haliyle dersin çoğulculuk ve tarafsızlık ilkeleriyle açıkça uyumlu olduğunu belirlemiştir.⁸⁸⁰ Mahkeme, Taraf Devletin ulusal

⁸⁷⁸ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 84.

⁸⁷⁹ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 85.

⁸⁸⁰ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para.

tarihinde ve geleneğinde Hristiyanlığın işgal ettiği yeri göz önüne alarak, dersinin büyük kısmını diğer dinlere nazaran Hristiyanlıkla ilgili bilgilerden oluşmasının çoğulculuk ve tarafsızlık ilkelerinden bir sapma ve bir endoktrinasyon oluşturmayacağını dile getirir.⁸⁸¹ Ancak dersin Hristiyanlık ve Hristiyan yaşam görüşünün ne anlama geldiği konusunda kapsamlı bir kavrayış kazandırmanın yanı sıra, özellikle dini faaliyetlere katılabilmeleri söz konusu olduğundan AİHM, söz konusu faaliyetlerin en azından bazılarına katılımın, özellikle de küçük çocuklar söz konusu olduğunda, öğrencilerin zihinlerini P1-2 kapsamında bir soruna yol açacak şekilde etkilediğinin varsayılabilceğini belirtir.⁸⁸² Dolayısıyla, KRL dersi, Hristiyanlığın öğretilmesinde diğer din ve felsefelerle kıyasla sadece niceliksel değil niteliksel farklılıklar olduğunu göstermektedir.⁸⁸³

Mahkeme, oluşan bu dengesizliğin, KRL dersinden kısmi muafiyetle P1-2 bakımından kabul edilebilir bir seviyeye getirilip getirilemeyeceğini inceler. Yasada, öğrenci, yazılı bir veli belgesinin sunulması üzerine, ilgili okuldaki öğretimin, kendi dini veya yaşam felsefesi açısından, başka bir dinin uygulanması veya başka bir yaşam felsefesine bağlılık anlamına geldiğini düşündüğü kısımlarından muaf tutulacağı düzenlenmiştir.⁸⁸⁴ Mahkeme burada özellikle velilerin kısmi muafiyet haklarını kullanabilmeleri için velilerin ders planları hakkında sürekli bilgilendirilmesi gerektiği ve bunun öğretmenler için oldukça zor bir görev olduğunu belirlemiştir.⁸⁸⁵ Muafiyet talebinin açıkça dini faaliyetlerle ilgili olduğu durumlar haricinde, ebeveynlerin talepleri için makul gerekçeler sunma gerekliliğinin velilerin kendi dini ve felsefi inançlarının mahrem yönlerini okul yetkililerine ifşa etmek zorunda hissetme riski taşıdığını tespit etmiştir.⁸⁸⁶ Nitekim Mahkeme, dersin dini faaliyetler içermesinin ve faaliyetler ile bilgi aktarımı arasında yapılan ayrımın uygulamada oldukça karmaşık olduğunu ve kısmi muafiyet hakkının etkinliğini de önemli ölçüde azalttığını ifade etmiştir.⁸⁸⁷ Mahkeme, bu

88.

⁸⁸¹ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 89.

⁸⁸² *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 92-94.

⁸⁸³ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 95.

⁸⁸⁴ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 96.

⁸⁸⁵ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 97.

⁸⁸⁶ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 98.

⁸⁸⁷ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para.

etkenleri dikkate alarak, kısmi muafiyet sisteminin, ilgili velileri, özel hayatlarının gereksiz yere açıklanması riskiyle birlikte ağır bir yüke maruz bırakabileceğini ve çatışma potansiyelinin onları bu tür taleplerde bulunmaktan caydırabileceğini tespit etmiştir. Bazı durumlarda, özellikle de dini nitelikteki faaliyetlerle ilgili olarak, kısmi muafiyetin kapsamı önemli ölçüde azalmaktadır. AİHS Madde 8 ve 9 ile birlikte ele alındığında, Büyük Daire, bu durumun P1-2'nin amaçları doğrultusunda, ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesi hakkıyla pek uyumlu olmadığını ifade etmiştir.⁸⁸⁸ AİHM burada, Taraf Devletin ileri sürdüğü özel okul alternatifini de çoğulculuk ilkesi sebebiyle reddetmiştir.⁸⁸⁹ Sonuç olarak, Mahkeme'ye göre, müfredatta yer alan bilgilerin P1-2'nin amaçları doğrultusunda tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına yeterince özen gösterildiği görülmemektedir. Bu sebeple, P1-2 ihlal edilmiştir.⁸⁹⁰

3.2.2.6.4. Protokol No. 1 Madde 3: Serbest Seçim Hakkı

Protokol No. 1 Madde 3'te (P1-3), Sözleşmeciler Devletlere yasama organının seçiminde, halkın görüşlerinin serbestçe ifade edilmesini sağlayacak koşullar altında makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. P1-3 yalnızca yasama organının seçimiyle ilgilidir. Ancak bu ulusal parlamento ile sınırlı değildir. Söz konusu devletin anayasal yapısının incelenmesi gerekir.⁸⁹¹ Bu bakımdan, yasama yetkilerinin belirli ölçüde devredildiği veya dağıldığı bölge ve federe yönetimin yasama organının seçiminde P1-3 uygulama alanı bulur.⁸⁹² "Seçimler" terimi kural olarak referandumu kapsamaz.⁸⁹³ Devlet başkanının seçimleriyle ilgili olarak, Mahkeme, devlet başkanının yetkilerinin, P1-3 anlamında bir "yasama" yetkisi olarak yorumlanamayacağı görüşünü benimsemiştir. Bununla birlikte, P1-3'ün devlet başkanlığı seçimlerine uygulanması olasılığını dışlamamıştır. Söz konusu devlet başkanlığı makamına yasa ihdas sürecini başlatma ve kabul etme yetkisi verildiği veya yasaların geçmesini kontrol etmek için geniş yetkilere sahip olduğu veya yasaları

99.

⁸⁸⁸ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 100.

⁸⁸⁹ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 101.

⁸⁹⁰ *Folgerø and Others v. Norway*, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007, para. 102.

⁸⁹¹ *Timke v. Germany*, App. No. 27311/95, Decision of 11 September 1995.

⁸⁹² *Mólka v. Poland*, App. No. 56550/00, Decision of 11 April 2006.

⁸⁹³ *Cumhuriyet Halk Partisi v. Turkey*, App. No. 48818/17, Decision of 21 November 2017, para. 33, 38; *Moohan and Gillon v. the United Kingdom*, App. No. 22962/15; 23345/15, Decision of 13 June 2017, para. 40.

belirleyen başlıca makamları kınama yetkisine sahip olduğu tespit edilirse, bu makamın P1-3 anlamında bir “yasama organı” olduğu düşünülebilir.⁸⁹⁴ Seçimlerin makul aralıklarla yapılıp yapılmadığı sorusunun, parlamento seçimlerinin amacına atıfta bulunularak belirlenmesi gerekir. Bu amaç, kamuoyunda hâkim olan görüşlerdeki temel değişikliklerin halkın temsilcilerinin görüşlerine yansımaları sağlamaktır. Parlamento ilke olarak, uzun vadeli yasama planları da dahil olmak üzere, yasama niyetlerini geliştirebilecek ve uygulayabilecek bir konumda olmalıdır. Seçimler arasındaki sürenin çok kısa olması seçmen iradesinin hayata geçirilmesi için siyasi planlama yapılmasını engelleyebilir; sürenin çok uzun olması ise Parlamento’daki siyasi gruplaşmaların fosilleşmesine yol açabilir ve bu gruplaşmalar artık seçmen iradesi ile hiçbir benzerlik taşımayabilir.⁸⁹⁵

Madde metnine bakıldığında herhangi bir sübjektif hakkın tanınmadığı ve daha çok objektif hukuk düzenlemesi olduğu görülmektedir.⁸⁹⁶ Bununla birlikte Sözleşme organları, hazırlık çalışmalarına da dayanarak bu maddeden iki sübjektif hak türetmiştir: seçme hakkı ve seçilme hakkı.⁸⁹⁷ P1-3’te herhangi bir sınırlama kaydı bulunmasa da, bu sübjektif haklar mutlak bir hak değildir. Bu haklar, içkin sınırlamaya

⁸⁹⁴ *Boškoski v. “The Former Yugoslav Republic of Macedonia”*, App. No. 11676/04, Decision of 2 September 2004.

⁸⁹⁵ *Timke v. Germany*, App. No. 27311/95, Decision of 11 September 1995. Ayrıca bkz. Tolga Şirin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, Sayı 1-2, 2011, pp. 283-348, s. 318.

⁸⁹⁶ Hansko Broeksteeg, “Right to Free Elections”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018, s. 911; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 483; Felix Arndt, “Art. 3 ZP I: Recht auf freie Wahlen”, **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015, s. 443; Dagmar Richter, “Das Recht auf freie Wahlen”, **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, s. 1680-1682; Jens Meyer-Ladewig – Matthias Lehnert, “Artikel 3: Recht auf freie Wahlen”, **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 783-784; Jochen Abraham Frowein, “Artikel 3 des 1. ZP”, **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009, s. 680-681; Peters - Altwicker, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 115; H. Burak Gemalmaz, “Democracy, Free Elections and Independent Candidates: Critical Remarks On The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Vol. 76, No. 1, 2018, pp. 9-63, s. 27-28; Şirin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, s. 291.

⁸⁹⁷ *W., X., Y. and Z. v. Belgium*, App. No. 6745/74; 6746/74, Decision of 30 May 1975; *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987, para. 48-51; *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 102.

tabidir.⁸⁹⁸

Mahkeme, bu hakkın sınırlandırılmasında devletlerin uyması gereken gereklikleri de belirlemiştir. Buna göre, Taraf Devlet P1-3'ü sınırlandırırken meşru bir amacı izlemesi gerekir.⁸⁹⁹ Bununla birlikte Mahkeme, sınırlama kaydı bulunmayan diğer Sözleşme ve Protokollerindeki haklardan farklı olarak, Taraf Devletlerin takip edebilecekleri meşru amaçlar bakımından bir sınırlama gerçekleştirmiştir. AİHM'e göre, P1-3'ün Madde 8-11'de sayılanlar gibi meşru amaçlar listesi ile sınırlı olmadığı göz önüne alındığında, Sözleşmeciler Devletler, belirli bir vakanın özel koşullarında bu amacın hukuk devleti ilkesi ve Sözleşme'nin genel amaçlarıyla uyumlu olmak koşuluyla, bir sınırlamayı meşrulaştırmak için Madde 8-11'de yer almayan bir amaca dayanabilir.⁹⁰⁰ Mahkeme, demokratik bir toplumda fikir çoğulculuğuna saygının güvence altına alınması ihtiyacına dayanarak, öncelikle P1-3 ile Madde 10 ve Madde 11 arasında maddi bir bağlantı kurarak bu hükümlerin birbirine benzediğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra AİHM, Sözleşme ve Protokoller'in bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir.⁹⁰¹ Dolayısıyla Mahkeme meşru amaç kriteri bakımından öncelikle Madde 8-11'de yer alan listeyi kabul ettiğini ancak bu listenin dışında da hukuk devleti ve Sözleşme'nin temel amaçları ile uyumlu olan meşru amaçların Taraf Devletler tarafından izlenebileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, nadiren devletlerin izlediği amaçların meşru olmadığına kanaat getirmiştir.⁹⁰² Sözgelimi iflas edenlerin seçme hakkından sürelili olarak mahrum bırakılması⁹⁰³ ve belirli bir etnik gruba aidiyet dolayısıyla, belirli temsil organlarında kişilerin seçilme hakkından mahrum bırakılması⁹⁰⁴ meşru amaç kriterini karşılamamıştır. Nitekim Mahkeme'nin aynı zamanda sınırlamanın hukukiliği

⁸⁹⁸ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987, para. 52; *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 103; Broeksteeg, "Right to Free Elections", s. 913-914; Grabenwarter - Pabel, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 489 vd.; Arndt, "Art. 3 ZP I", s. 445; Richter, "Das Recht auf freie Wahlen", s. 1713-1718; Frowein, "Artikel 3 des 1. ZP", s. 681; Peters - Altwickler, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 117; Gemalmaz, "Democracy, Free Elections and Independent Candidates", s. 30-32.

⁸⁹⁹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987, para. 52; *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 104.

⁹⁰⁰ *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 115.

⁹⁰¹ *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 115; *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 107.

⁹⁰² Broeksteeg, "Right to Free Elections", s. 913.

⁹⁰³ *Campagnano v. Italy*, App. No. 77955/01, Judgment of 23 March 2006, para. 48-49.

⁹⁰⁴ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996; 34836/06, GC Judgment of 22 December 2009, para. 42 vd.

denetimini de yaptığı gör÷lmektedir.⁹⁰⁵ Bununla birlikte, Mahkeme, öngör÷lebilirlik testini re'sen değil, taraflar arasında müdahalenin öngör÷lebilirliği üzerinde ihtilaf bulunması üzerine incelemektedir.⁹⁰⁶

Mahkeme'nin 8 ila 11. maddeler bağlamında kullanılan geleneksel "gereklilik" veya "sosyal ihtiyaç baskısı" testlerini uygulamadığı gör÷lmektedir. Mahkeme, P1-3'e uygunluğu incelerken, temel olarak iki kritere odaklanmıştır: keyfilik veya orantısızlık olup olmadığı ve sınırlamanın halkın görüşlerini özgürce ifade etmesine müdahale edip etmediği. Buna ek olarak, herhangi bir seçim mevzuatının ilgili ÷lkenin siyasi evrimi ışığında değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bu da bir sistemdeki kabul edilemez özelliklerin başka bir sistemde haklı gör÷lebileceği anlamına gelmektedir.⁹⁰⁷ AİHM'e göre, bir sınırlamanın P1-3'e uygunluğunun tespiti için uygulanacak standartların ve denetimin, Madde 8-11 maddeleri kapsamında uygulananlardan daha az katı/sıkı olduğu düşün÷lmelidir.⁹⁰⁸ Bu itibarla, AİHM'in P1-3'ü, burada incelenen diğer sınırlama kaydı olmayan haklar gibi (nitelikli) sınırlama kaydı olan diğer haklara nazaran daha zayıf bir koruma sağlaması söz konusudur.⁹⁰⁹ Her hal÷kârda, P1-3'ün özünü zedeleyecek ve etkinliğini ortadan kaldıracak ölç÷de bir sınırlama yapılamaz.⁹¹⁰ Mahkeme'nin P1-3 bakımından bir ölç÷l÷l÷k (orantılılık) testi yapması pek mümkün göz÷kmemektedir. Özellikle P1-3'ün korumasının Madde 8-11'e nazaran daha düşük standartlara sahip olmasının ve Madde 8-11 anlamında bir gereklilik testinin değil, keyfilik testinin mevcut olmasının Mahkeme tarafından açıkça belirtilmesi, P1-3 bakımından yalnızca bir öz denetimi yapıldığını göstermektedir.⁹¹¹

Devletin aldığı bir tedbirin orantılılığı gözden geçirilirken, seçim sistemlerini organize etmenin ve yür÷tmenin çok sayıda yolu olduğu dikkate alınmalıdır. Avrupa'da,

⁹⁰⁵ *Campagnano v. Italy*, App. No. 77955/01, Judgment of 23 March 2006, para. 45; *Seyidzade v. Azerbaijan*, App. No. 37700/05, Judgment of 3 December 2009, para. 32 vd.; *Dicle and Sadak v. Turkey*, App. No. 48621/07, Judgment of 16 June 2015, para. 82-83; Peters - Altwicker, **Europäische Menschenrechtskonvention**, s. 117.

⁹⁰⁶ Bkz. *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 118; *Seyidzade v. Azerbaijan*, App. No. 37700/05, Judgment of 3 December 2009, para. 32.

⁹⁰⁷ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987, para. 52; *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 103-104, 115.

⁹⁰⁸ *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 115.

⁹⁰⁹ Benzer yönde bkz. şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", s. 321.

⁹¹⁰ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987, para. 52; *Ždanoka v. Latvia*, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006, para. 104.

⁹¹¹ Bkz. *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 127 vd., 146-147.

tarihsel gelişim, kültürel çeşitlilik ve siyasi düşünce açısından, her bir Sözleşmecî Devletin kendi demokratik vizyonuna göre şekillendirmesi gereken çok sayıda farklılık bulunmaktadır.⁹¹² Bu, seçim mevzuatının (ve oy kullanma haklarına getirilen her türlü sınırlamanın) orantılılığının, belirli bir ülkenin sosyo-politik gerçekleri ışığında da değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Sözleşme her şeyden önce insan haklarının korunmasına yönelik bir sistem olduğundan, Mahkeme genel olarak Sözleşmecî Devletler’de değişen koşulları dikkate almalı ve ulaşılması gereken standartlar konusunda ortaya çıkan fikir birliğine cevap vermelidir. Bu bağlamda, yetkililerin takdir marjının kapsamının belirlenmesinde ilgili faktörlerden biri, Sözleşmecî Devletler’in yasaları arasında ortak bir zeminin ve hatta eğilimlerin varlığı veya yokluğu olabilir.⁹¹³ İtiraz edilen tedbirin parlamento denetimine tabi olup olmadığı da, her ne kadar belirleyici olmasa da, Mahkeme’nin orantılılık değerlendirmesiyle ilgilidir.⁹¹⁴

Shindler vakasında⁹¹⁵, Britanya vatandaşı olan başvuru, 1982 yılında emekli olduktan sonra Birleşik Krallık’tan ayrılmış ve İtalyan eşiyle birlikte İtalya’ya taşınmıştır. Yurtdışında on beş yıl ikamet ettiğinden, artık Birleşik Krallık’taki parlamento seçimlerinde oy kullanma hakkından mahrum bırakılmıştır.⁹¹⁶ Mahkeme öncelikle, yukarıda belirtilen içkin sınırlama dogmatikğini seçme hakkının genel ilkeleri bağlamında belirlemiştir.⁹¹⁷ Mahkeme seçme hakkına ikamet sınırının getirilmesini genel olarak P1-3’e uygun bulmaktadır.⁹¹⁸ Mahkeme’ye göre, ikamet sınırlamasının dört temel gerekçesi vardır: Birincisi, yerleşik olmayan vatandaşların ülkelerinin günlük sorunlarıyla

⁹¹² *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 61; *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, App. No. 42202/07, GC Judgment of 15 March 2012, para. 66; *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 102.

⁹¹³ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 78, 81, 84; *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, App. No. 42202/07, GC Judgment of 15 March 2012, para. 66; *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 102.

⁹¹⁴ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005, para. 78-79; *Doyle v. the United Kingdom*, App. No. 30158/06, Decision of 6 February 2007; *Alajos Kiss v. Hungary*, App. No. 38832/06, Judgment of 20 May 2010, para. 41; *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 102.

⁹¹⁵ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013.

⁹¹⁶ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 5-6.

⁹¹⁷ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 100-102.

⁹¹⁸ *Hilbe v. Liechtenstein*, App. No. 31981/96, Decision of 7 September 1999; *Melnichenko v. Ukraine*, App. No. 17707/02, Judgment of 19 October 2004, para. 56; *Doyle v. the United Kingdom*, App. No. 30158/06, Decision of 6 February 2007; *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 105.

daha az doğrudan veya daha az sürekli olarak ilgilendikleri ve bunlar hakkında daha az bilgi sahibi oldukları varsayımı; ikincisi, yerleşik olmayan vatandaşların adayların seçiminde veya seçim programlarının oluşturulmasında daha az etkiye sahip oldukları gerçeği; üçüncüsü, parlamento seçimlerinde oy kullanma hakkı ile bu şekilde seçilen siyasi organların eylemlerinden doğrudan etkilenme olgusu arasındaki yakın bağlantı; ve dördüncüsü, yasama organının, yurtdışında yaşayan vatandaşların, esas olarak ülkede yaşayan kişileri etkileyen konulardaki seçimlerdeki etkisini sınırlama konusundaki meşru kaygısı.⁹¹⁹ Mahkeme, münferit bir vakada, başvurucunun menşe ülkesiyle bağlarını koparmamış olmasının mümkün olduğunu ve bu gerekçelerin uygulanamayabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle, her münferit vakada ikamet sınırlamasının P1-3'e uygunluğu ayrı ayrı incelenmelidir.⁹²⁰

Mahkeme bu vakada, meşru amacı, parlamento için seçme hakkının Birleşik Krallık ile yakın bir bağı olan ve bu nedenle yasalarından en doğrudan etkilenecek olan vatandaşlarla sınırlandırılması olarak belirlemiştir.⁹²¹ Mahkeme, ikamet etmeyen kişilerin 15 yıl boyunca oy kullanmalarına izin verilmesini ve bu kişilerin yaşamak üzere geri dönmesi halinde oy hakkı verilmesini dikkate alarak, başvurucunun P1-3 kapsamındaki haklarının özüne zarar vermediğini kabul etmiştir.⁹²² Mahkeme bunu belirledikten sonra, vatandaşı oldukları devlette ikamet etmeyen kişilerin seçme hakkına ilişkin olarak Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin tavsiyelerine ve Venedik Komisyonu'nun raporlarına atıfta bulunarak Avrupa'daki hareketliliği ve taşınmayı göz önüne almış ve ülkede ikamet etmeyen kişilerin seçme hakkına daha olumlu bir yaklaşım sergilenmesi tavsiyelerini dikkate almıştır.⁹²³ Üye devletler bakımından yaptığı incelemede ise yurt dışında ikamet edenlerin oy kullanmasına izin verme yönünde açık bir eğilim olduğunu; 44 devletin yurt dışında ikamet eden vatandaşlarına oy kullanma hakkı tanıdığını; bunlardan 35 devletin vatandaşın belirli bir süre yurtdışında ikamet ettikten sonra bu hakkı kaldırmadığını tespit etmiştir. 9 devletin ise vatandaşın yurtdışında kaldığı süreye atıfta bulunarak hakkı sınırlandırdığını belirlemiştir. Ancak

⁹¹⁹ *Hilbe v. Liechtenstein*, App. No. 31981/96, Decision of 7 September 1999; *Melnichenko v. Ukraine*, App. No. 17707/02, Judgment of 19 October 2004, para. 56; *Doyle v. the United Kingdom*, App. No. 30158/06, Decision of 6 February 2007; *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 105.

⁹²⁰ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 105.

⁹²¹ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 107.

⁹²² *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 108.

⁹²³ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 111-114.

Mahkeme'ye göre, bu mevcut çoğunluk, yasama eğilimlerinde yurt dışında yerleşik kişilerin seçme hakkına ilişkin ortak bir Avrupa yaklaşımının varlığını ortaya koymak için yeterli değildir. Özellikle, devletlerin mukim olmayanların oy kullanma hakkını kullanmalarını sağlama yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin ortak bir yaklaşım bulunmamaktadır. Bu sebeple AİHM devletin bu alanda sahip olduğu takdir marjının hala geniş bir marj olmaya devam ettiğini kabul etmiştir.⁹²⁴

Mahkeme, orantılılık incelemesinde ülkede ikamet etmeyenlerin ülkeden ayrıldıktan sonra on beş yıl boyunca oy kullanabilmesinin azımsanmayacak bir süre olduğunu ve başvurucunun kişisel olarak Birleşik Krallık ile yüksek düzeyde temas kurmuş olmasının ve bu ülkenin günlük sorunları hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmasının ve bunlardan bazılarının etkilenmesinin, on beş yıl kuralının uygulanmasını orantısız hale getirmediğini belirlemiştir. Nitekim AİHM, mukim olmayan bir kişinin oy kullanmak için yaptığı her başvuruda, bu kişinin ülkeyle yeterince yakın bir bağı olup olmadığını tespit etmek zorunda kalması halinde, devlete ciddi bir yük yükleneceğini de belirtmiştir.⁹²⁵ Nitekim Mahkeme, yasama organının yasama çalışmalarında çatışan menfaatleri dengelemesini, on beş yıl kuralının orantılılığını değerlendirmesini ve söz konusu çatışan menfaatler bakımından yapılan dengelemenin adillliğini ve on beş yıllık sürenin orantılılığını aktif olarak Hükümet tarafından değerlendirilmeye devam edildiğini de dikkate almıştır. Bu bakımdan, P1-3'ün Taraf Devletlere ayrı bir usuli yükümlülük de yüklediği görülmektedir.⁹²⁶ Sonuç olarak Mahkeme, Taraf Devletin ikamet kriteri çerçevesinde getirdiği sınırlamanın orantılı olduğunu kabul etmiş ve vatandaşı olarak başvurucunun kendi ülkesindeki parlamento seçimlerine katılma konusundaki gerçek menfaati ile parlamentonun seçimlerine ilişkin Taraf Devletin seçme hakkını ülke ile yakın bir bağı olan ve bu nedenle yasalarından en doğrudan etkilenecek olan vatandaşlarla sınırlamak için seçtiği yasama politikası arasında adil bir denge kurduğuna ikna olmuştur.⁹²⁷

Yumak ve Sadak vakasında⁹²⁸, başvurucuların mensup olduğu partinin bir ilde %45'i aşmasına rağmen, partinin ülke genelinde %10'u aşamaması sebebiyle başvurucular seçilememişlerdir. Nitekim bu ilde %14.05 ve %9.69 oranında oy alan partilerin adayları seçilmiştir. 3 Kasım 2002 seçimlerinde oyların %45.3'ü bu şekilde %10

⁹²⁴ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 115.

⁹²⁵ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 116.

⁹²⁶ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 117.

⁹²⁷ *Shindler v. the United Kingdom*, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013, para. 118.

⁹²⁸ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008.

seçim barajını aşamayan partilerin adaylarına gitmiştir.⁹²⁹ Bu vakada Büyük Daire öncelikle yukarıda da ifade edilen P1-3'ün sınırlanması ile ilgili genel ilkeleri belirtmiştir.⁹³⁰ Mahkeme, seçim sistemleri ve seçim barajı ile ilgili olarak, her seçim mevzuatının ilgili ülkenin siyasi evrimi ışığında değerlendirilmesi gerektiğini; P1-3'ün seçimin sonucuna ilişkin olarak tüm oyların mutlaka eşit ağırlığa sahip olması veya tüm adayların eşit kazanma şansına sahip olması gerektiği anlamına gelmediğini; seçim barajlarına ilişkin düzenlemelerin büyük ölçüde devletin takdir marjında olduğunu ve parlamentonun aşırı derecede parçalanmasını önlediğini ifade etmiştir.⁹³¹

Büyük Daire, sınırlamanın aşırı ve yıpratıcı parlamento bölünmesini önleme ve böylece hükümet istikrarını güçlendirme meşru amaçları olduğunu kabul etmiştir.⁹³² Mahkeme seçim barajı konusunda yine Avrupa konsensüsünü incelemiştir. Türkiye dışında yüksek baraj olarak Lihtenştayn'ın %8, Rusya ve Gürcistan'ın ise %7'lik bir seçim barajı belirlediği tespit edilmiştir. Devletlerin üçte biri %5'lik bir baraj uygularken, on üç tanesi daha düşük bir rakam seçmiştir.⁹³³ Mahkeme ayrıca Türkiye'deki seçim barajının düşürülmesine ilişkin Avrupa Konseyi organlarının çağrılarını da dikkate almıştır.⁹³⁴ Mahkeme, barajların oynadığı rolün, belirlendikleri seviyeye ve her ülkedeki parti sistemine göre değiştiğini ve seçim sisteminin yasama organının seçiminde halkın görüşünün özgürce ifade edilmesini sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁹³⁵ Bu itibarla, Büyük Daire, %10 barajını aşamayan partilerin alternatif imkanlarının olup olmadığını, diğer bir deyişle bu sınırlamadan sonra ne kadar özgürlük kullanım alanı olduğunu incelemiştir. Burada özellikle, %10 barajını aşamayan partilerin adaylarının bağımsız aday olarak seçilme ihtimali üzerinde durulmuştur. Her ne kadar Mahkeme, bağımsız adayların siyasi tartışmalarda partilerin yerini dolduramayacağını ve Türkiye'de bağımsız adayların siyasi partilere uygulanmayan bir dizi olumsuz sınırlamalara ve şarta tabi olduğunu kabul etse de⁹³⁶,

⁹²⁹ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 11 vd.

⁹³⁰ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 105-109.

⁹³¹ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 110-115.

⁹³² *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 125.

⁹³³ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 129.

⁹³⁴ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 130.

⁹³⁵ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 131-132.

⁹³⁶ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 136.

bu yöntemin etkisiz olmadığını ve Türkiye’de somut olarak etkili bir şekilde kullanılabildiğini belirtmiştir.⁹³⁷ Bağımsız adayın yanı sıra, Büyük Daire, siyasi partilerin seçim koalisyonu kurarak bu seçim barajını aşabilecekleri ve Türkiye’deki seçimlerde bunun somut bir şekilde gerçekleştirilebildiğini kabul etmiştir.⁹³⁸ Oyların %45.3’ünün seçim barajını aşamayan partilerin adayları için kullanılmış olması parlamentonun temsili bir demokraside oynadığı hayati rolle pek uyumlu olmasa da⁹³⁹, Mahkeme burada Kasım 2002 seçiminin bir kriz ortamında gerçekleştiğini dikkate almıştır.⁹⁴⁰ Nitekim Mahkeme, 1983’ten 2007’ye kadar olan seçimlerde seçim barajını aşamayan partilerin adayların oy oranlarının %19.4’ü geçmediğini belirterek, Kasım 2002 seçimlerinin istisnailiğine vurgu yapmıştır.⁹⁴¹ Büyük Daire ayrıca AYM’nin kararlarına atıfta bulunmuş ve AYM’nin P1-3’e ilişkin çeşitli usuli ve kurumsal güvenceleri sağladığını belirterek, P1-3’ün özüne dokunulmadığını belirlemiştir.⁹⁴² Sonuç olarak Mahkeme, %10 seçim barajının aşırı olduğunu düşünse de, Kasım 2002 seçimlerinin özel siyasi bağlamı ve uygulamadaki etkilerini sınırlayan düzeltici tedbirler ve diğer güvenceleri dikkate alarak bu sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığına ve P1-3’ün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹⁴³

3.3. TÜRK ANAYASASI ÇERÇEVESİNDE İÇKİN SINIRLAMA DOKTRİNİN UYGULANMASI

Türk anayasal sisteminde uygulanan içkin sınırlama kategorileri incelenmeden önce (3.3.2.), anayasal haklara ilişkin temel unsurlar ve sınırlama dogmatikliği (3.3.1.) incelenecektir.

3.3.1. Anayasal Haklara İlişkin Temel Hususlar ve Sınırlama Dogmatikliği

Bu başlık altında öncelikle Türk Anayasası’nda benimsenen anayasal hak

⁹³⁷ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 137.

⁹³⁸ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 139.

⁹³⁹ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 140.

⁹⁴⁰ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 141.

⁹⁴¹ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 142.

⁹⁴² *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 143-146.

⁹⁴³ *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008, para. 147-148. Kararın eleştirisi için bkz. Gemalmaz, “Democracy, Free Elections and Independent Candidates”, s. 38 vd.; Şirin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, s. 338-339.

dogmatik ve bu dogmatik ile ilgili sorunlar (3.3.1.1.) ve içkin sınırlamanın Türk anayasa literatüründeki görünümü (3.3.1.2.) ele alınacaktır.

3.3.1.1. Türk Anayasası'nda Benimsenen Anayasal Hak Dogmatik

1982 Anayasası'nın insan imgesi, özellikle Danışma Meclisi'nin açılışında Kenan Evren'in sözlerinde somutlaşmaktadır. Burada Evren, bireylerin özgürlüğü, devletin mevcudiyetine ve iktidarının felç olmamasına bağlı tutmuştur. Zira devlet iktidarının felce uğraması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmamasına yol açar.⁹⁴⁴ Nitekim zellikle 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, özellikle 1970'lerde çeteler arasındaki çatışmanın durdurulamaması sebebiyle 1982 Anayasası'nın daha kontrolcü olduğu ve birey ile toplum arasındaki kaçınılmaz çatışmada toplum lehine tercihte bulunduğu belirtilmiştir.⁹⁴⁵ Bu bakımdan, 1982 Anayasası'nda benimsenen insan imgesi, Alman Anayasası'nda benimsenen insan imgesine benzemektedir.

1982 Anayasası'nda anayasal haklar yalnızca negatif statü haklarından değil, aynı zamanda pozitif statü haklarından oluşmaktadır. Anayasa metninde negatif statü hakları "kişinin hakları ve ödevleri", pozitif statü hakları ise "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Madde 148/3 gereğince, bireysel başvuru yolu AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde yer alan haklar ile aynı zamanda 1982 Anayasası tarafından güvence altına alınmış anayasal hakların ortak koruma alanları için açıktır.⁹⁴⁶

1982 Anayasası, anayasal hak teorisi bakımından birçok farklı belgenin ve anayasal sistemin etkisinde kalmıştır. 1982 Anayasası'nın ilk yapımında özellikle anayasal hakların sınırlandırılması bakımından AİHS'in bir tesirinin olduğu gözlemlenmektedir.⁹⁴⁷ Türk Anayasası Madde 13'n ilk halinde, sınırlamanın sınırı bakımından 1961 Anayasası'nda benimsenen hakkın özü kriteri yerine demokratik toplumda

⁹⁴⁴ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 1, 1. Birleşim, Birinci Oturum, 23.01.1981, s. 4. Ayrıca bkz. Burhan Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990 s. 20-22.

⁹⁴⁵ Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 217.

⁹⁴⁶ Ortak koruma yönündeki bu düzenlemenin yarattığı sorunlar için bkz. Fazıl Sağlam, "Anayasa Mahkemesi'nin ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma", **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı**, C. II, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, s. 1117 vd.; Tuba Aykanat - Yüksel Metin, "Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve zgrlklerin Kapsamının Belirlenmesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, Sayı 1, 2023, pp. 3-44, s. 18 vd.

⁹⁴⁷ Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022, s. 593-594.

gereklilik kriteri benimsenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde açıkça AİHS'e atıf yapılmıyorsa da, Danışma Meclisi'nin gerekçesinde genel bir şekilde uluslararası sözleşmelere atıf yapılmıştır.⁹⁴⁸ 2001 değişikliğinde, genel sınırlama klozu teşkil eden sınırlama ölçütlerinden dönülerek, inhisari sınırlama klozu (kademelendirilmiş sınırlama sistemi) benimsenmiştir. Değişiklik gerekçesinde ise Madde 13'ün AİHS ilkeleri uyarınca yeniden düzenlenmesi ibaresi yer almıştır.⁹⁴⁹ 2010 tarihli anayasa değişikliği ile AYM'ye bireysel başvuru yolu 23 Eylül 2012 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Anayasa Komisyonu Raporunda da açık bir şekilde görülebileceği üzere, bireysel başvuru yolunun yürürlüğe konmasının amacı, AİHM'e yapılan başvuru sayısını azaltmak ve gerçekleşen insan hakları ihlallerini ulusal hukuk içerisinde çözmektir.⁹⁵⁰ Bununla birlikte, 1982 Anayasası'nda yer alan anayasal hak düzenlemeleri yalnızca AİHS'in etkisinde kalmamıştır. Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası'ndaki anayasal haklar üzerinde Alman Anayasası'nın ve Alman jurisprüdansının tesiri görülmektedir. Öze dokunma yasağı ve ölçülülük ilkesinin kabulü bu etkiye işaret eder. Alman anayasal hak teorileri özellikle 1980 ve sonrasında Fazıl Sağlam⁹⁵¹ ile birlikte Türk anayasa hukukunda hak doktrinleri üzerinde büyük etki kazanmıştır.⁹⁵²

AYM'nin benimsediği hak dogmatığı, büyük ölçüde Türk Anayasası Madde 13'e dayanmaktadır. Nitekim bu madde yalnızca sınırlamanın meşrulaştırılması ile ilgili olduğundan benimsenen bu hak dogmatığı büyük ölçüde sınırlamanın sınırı ile ilgilidir. Bu bakımdan, hakkın kapsamı ve müdahale aşamaları doktrinde fazla bir yer edinmez. Madde 13'e göre, anayasal hakların sınırlanması i) kanunla, ii) anayasal haklar için öngörülen özel sınırlama klotunda yer alan sınırlama ölçütlerine bağlı olarak gerçekleştirilir. Bu sınırlamalar, iii) anayasanın sözüne ve ruhuna, iv) laik Cumhuriyetin gereklerine, v) demokratik toplum düzeninin gereklerine ve vi) ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Her halükârda vii) sınırlama hakkın özüne dokunamaz.⁹⁵³ Nitekim

⁹⁴⁸ Yunus Emre Yılmazoğlu - İsmail Emrah Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, s. 66-67.

⁹⁴⁹ Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 69.

⁹⁵⁰ Bkz. Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip Erdoğan ve 264 Milletvekilinin; 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656), Sıra Sayısı: 497, Dönem 23, Yasama Yılı: 4, s. 16, 18, 34-35. Rapora ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Çevrimiçi: 19.09.2023).

⁹⁵¹ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

⁹⁵² Christian Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, Turhan, 1995, s. 123.

⁹⁵³ Krş. Oktay Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**,

aşağıda belirtilenlerden de görülebileceği üzere, AYM bu sayılan ölçütlerin hepsini anayasal hakların sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak uygulamadığı gibi, tamamen birbirinden bağımsız da uygulamaz.⁹⁵⁴

Her ne kadar hakkın kapsamı aşaması doktrinde veyahut içtihatlarda ciddi bir şekilde irdelenmese de⁹⁵⁵, AYM'nin inceleme şemasının ilk aşamasını müdahalenin varlığı, diğer bir deyişle hakkın kapsamı oluşturur.⁹⁵⁶ Genel olarak AYM'nin kararlarında hakkın kapsamına ilişkin fazla bir belirlemenin yapılmadığı görülmektedir. Ancak

İstanbul, Kazancı, 1992, s. 54 vd.; Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku: Ders Notları**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 298 vd.; Tolga Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı: Üçüncü Yıl Değerlendirmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Ed. by Ece Göztepe - Mustafa Mert Albaz, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 66 vd.; Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa, Ekin, 2017, s. 336 vd.; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2021, s. 333 vd.; Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta, 2019, s. 155 vd.; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 593 vd.; Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, İstanbul, Beta, 2004, s. 66 vd.; Ergün Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin, 2018, s. 113 vd.; Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 224 vd.; Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, 15. Baskı, Ankara, İmaj, 2012, s. 59 vd.; Murat Erdoğan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2019, s. 308 vd.; Semih Batur Kaya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 173 vd.; Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 125 vd.; Mehmet Akad - Bihter Vural Dinçkol - Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 275 vd.; Cemal Bali Akal - Ozan Erözden - Olgun Akbulut - Emre Zeybekoğlu, **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, İstanbul, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, 2003, s. 28-29; Sibel İncoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. by Sibel İncoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 26 vd.; Arda Atakan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 3 vd., 242 vd.; Halil İbrahim Kılıç, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Öz", **Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 53 vd.

⁹⁵⁴ AYM'nin bu sayılan ölçütleri/gereklikleri bağımsız bir şekilde uygulamamasının eleştirisi için bkz. Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 337-338.

⁹⁵⁵ Anayasal haklar (temel hak ve özgürlükler) konusunu işleyen Türk anayasa hukukuna ilişkin ders kitaplarında, anayasal hak dogmatikindeki hakkın kapsamı aşaması maalesef ayırt edilememiştir. Bu konudaki en önemli irdeleme, Sağlam'ın Müller'den devşirdiği ve AYM'nin de zaman zaman bir terim olarak kullandığı "norm alanı" kavramı etrafında gerçekleşmiştir. Bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 47 vd.

⁹⁵⁶ Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 54 vd.; Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı", s. 67-69; Tolga Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 9 vd.; Gülay Arslan Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2019, s. 23 vd., 153; Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 1 vd., 103 vd.; Ulaş Karan, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 3 vd., 45 vd., 105 vd.; Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 33 vd., 100 vd.; Y. Metin Özdemir, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, Sayı 5, 2014, pp. 413-442, s. 419-420.

hakkın kapsamının belirlenmesindeki temel etken AİHM'in içtihatlarıdır. AYM'nin hakkın kapsamına ilişkin en belirgin içtihatları Anayasa Madde 35'te düzenlenen mülkiyet hakkında ortaya çıkmaktadır. Burada da AYM mülkün ve müdahalenin varlığı konusunda büyük ölçüde AİHM'i izlemektedir.⁹⁵⁷

Aynı şekilde müdahalen/sınırlama aşaması da Mahkeme içtihatları ve doktrin bakımından belirsizliğini korumaktadır. AYM'nin mülkiyet hakkına ilişkin kararlarının birçoğunda hakkın kapsamı (mülkün varlığı) - müdahalenin varlığı ayrımını yaptığı görülmektedir.⁹⁵⁸ Mahkeme devletin negatif yükümlülüğünü söz konusu olduğunda kamu makamlarının mülkiyet hakkına doğrudan müdahalesini aramaktadır.⁹⁵⁹ Bununla birlikte, kamu otoritelerinin doğrudan mülkün kullanımına yönelik olmayan ancak sonuçları itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen dürtmeler de müdahale kapsamındadır.⁹⁶⁰ Nitekim başka haklar bakımından da bu ayrıma rastlanmaktadır.⁹⁶¹ Ancak AYM bu yaklaşımını mülkiyet hakkı bakımından dahi oldukça istikrarsız bir şekilde sürdürmektedir.⁹⁶²

Bir anayasal hakka müdahale söz konusu olduğunda, ikinci olarak tespit edilmesi gereken husus, müdahaleye izin veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır.⁹⁶³ Nitekim kanunun yalnızca maddi anlamda kanun olması yeterli değildir.

⁹⁵⁷ Bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 33 vd., 100 vd.

⁹⁵⁸ Bkz. *Necdet Çetinkaya Başvurusu*, Baş. No. 2013/7725, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 51 vd.; *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, Baş. No. 2014/1546, Karar Tarihi 02.02.2017, para. 49 vd.; *Emin Acar Başvurusu*, Baş. No. 2014/333, Karar Tarihi 04.10.2017, para. 60 vd.; *Feriha Şencan ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2017/28732, Karar Tarihi 29.01.2020, para. 52 vd.; *Fatma Eladırsın Başvurusu*, Baş. No. 2018/16483, Karar Tarihi 14.09.2021, para. 38 vd.; *M.I.I. Başvurusu*, Baş. No. 2020/7518, GK Karar Tarihi 12.10.2023, para. 42 vd.

⁹⁵⁹ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, Baş. No. 2014/1546, Karar Tarihi 02.02.2017, para. 58-59; *Feridun Çalışkan ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2017/32275, Karar Tarihi 16.09.2020, para. 43; *Onur Özdamar Başvurusu*, Baş. No. 2019/1450, Karar Tarihi 22.02.2022, para. 26; *Osman Akgül Başvurusu*, Baş. No. 2019/4912, Karar Tarihi 21.09.2022, para. 26; *Nurdan Köseoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2019/23351, GK Karar Tarihi 23.03.2023, para. 41.

⁹⁶⁰ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, Baş. No. 2014/1546, Karar Tarihi 02.02.2017, para. 58.

⁹⁶¹ Bkz. ve krş. *Mehmet Aksoy Başvurusu*, Baş. No. 2014/5433, GK Karar Tarihi 11.07.2019, para. 49 vd.; *Ayhan Orhanlı Başvurusu*, Baş. No. 2019/7991, GK Karar Tarihi 23.02.2023, para. 50 vd., 61 vd.; *Ahmet Baş Başvurusu*, Baş. No. 2019/42746, GK Karar Tarihi 17.05.2023, para. 48 vd.; *İsmail Tuncel Başvurusu*, Baş. No. 2019/9609, GK Karar Tarihi 21.12.2023, para. 31 vd.; *Gemak Gemi İnşaat Sanayi ve Ticaret A. Ş. Başvurusu (2)*, Baş. No. 2020/11509, GK Karar Tarihi 29.02.2024, para. 39 vd.; *Gülhan Şimşek Başvurusu*, Baş. No. 2019/655, GK Karar Tarihi 28.03.2024, para. 20

⁹⁶² Sözelimi bkz. *Feridun Çalışkan ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2017/32275, Karar Tarihi 16.09.2020; *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven Başvurusu*, Baş. No. 2018/1567, GK Karar Tarihi 10.02.2022; *Onur Özdamar Başvurusu*, Baş. No. 2019/1450, Karar Tarihi 22.02.2022; *Osman Akgül Başvurusu*, Baş. No. 2019/4912, Karar Tarihi 21.09.2022.

⁹⁶³ Örnek olarak bkz. *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi

Dolayısıyla hem parlamento tarafından çıkarılan⁹⁶⁴, hem de öngörülebilir ve ulaşılabilir olan bir kanunun sınırlamaya izin vermesi gerekir.⁹⁶⁵

Üçüncü olarak anayasal hakların sınırlanması, ilgili anayasal hakka özel olarak düzenlenen sınırlama ölçütlerine bağlı olarak gerçekleştirilir. 2001 değişikliğinden önce sınırlama ölçütleri, genel sınırlama klozu⁹⁶⁶ olarak ve bütün haklar için uygulanacak şekilde belirtilmiştir. Ancak 2001 değişikliğinden sonra, her bir hak için ayrı bir şekilde uygulanabilecek özel sınırlama klost⁹⁶⁷ öngörülmüştür. Alman Anayasası'ndan farklı olarak, Türk Anayasası Madde 13'te, anayasal hakların yalnızca anayasal haklar için öngörülen meşru amaçlara dayanılarak sınırlanabileceğinin belirtilmesi, diğer sınırlama kayıtlarından sınırlama ölçütü devşirilmesini de engeller. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların nasıl sınırlandırılacağına ilişkin sorun ise aşağıda ele alınacaktır.⁹⁶⁸ AYM meşru amacı belirlerken, özellikle ifade özgürlüğü hakkının Anayasa'da farklı maddelere olan dağılımını dikkate almamakta, bilim sanat hürriyetini⁹⁶⁹ veya basın hürriyetini⁹⁷⁰ Madde 26'da güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında tek tipleştirmektedir.⁹⁷¹ AYM'nin son dönemde Genel Kurul olarak verdiği bir kararda sınırlamanın kanuni olup olmadığı ve müdahalenin bir meşru amacı izleyip izlemediği incelemesini tamamlamadan ve hatta kanuni dayanağın ve izlenen meşru amacın mevcudiyeti hususunda şüphe olduğunu belirterek, ölçülülük/demokratik toplumda gereklilik testine geçmiştir.⁹⁷² Mahkeme'nin bu uygulaması yerinde değildir. Her ne kadar AİHM kararları örnek alınarak kanunilik

19.12.2013, para. 36; *Gülsim Genç Başvurusu*, Baş. No. 2013/4439, Karar Tarihi 06.03.2014, para. 30; *Yunis Ağlar Başvurusu*, Baş. No. 2013/1239, Karar Tarihi 20.03.2014, para. 27; *Yotube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/4705, GK Karar Tarihi 29.05.2014, para. 55; *Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2014/6192, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 41.

⁹⁶⁴ AYM, E.1985/21, K.1986/23, Karar Tarihi 06.10.1986; *Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2015/17510, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 56.

⁹⁶⁵ *Tuğba Arslan Başvurusu*, Baş. No. 2014/256, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 84 vd.; *Fikriye Aytin ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6154, Karar Tarihi 11.12.2014, para. 36 vd.; *Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2015/17510, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 56-59.

⁹⁶⁶ Bkz. **Bölüm 1.1.2.3.**

⁹⁶⁷ Bkz. **Bölüm 1.1.2.1., Bölüm 1.1.2.2. ve Bölüm 1.1.2.4.**

⁹⁶⁸ Bkz. **Bölüm 3.3.1.2. ve Bölüm 3.3.2.6.**

⁹⁶⁹ *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 104.

⁹⁷⁰ *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 88.

⁹⁷¹ Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı", s. 73-74.

⁹⁷² Bkz. *Yaman Akdeniz Başvurusu (2)*, Baş. No. 2016/6815, GK Karar Tarihi 15.02.2023, para. 80.

testinin ölçülülük içerisinde bir etken olarak dikkate alınması ile kanunilik testi esnetilse de, AYM'nin bir meşru amaç tespit etmeden ölçülülük ilkesini nasıl ve hangi ölçüte göre uyguladığı ve hangi amacın kullanılan aracı meşrulaştırdığı/meşrulaştırmadığı soruları belirsiz kalmaktadır.⁹⁷³

AYM'nin anayasal hakların sınırlandırılmasında kanunilik ve meşru amaç testini geçtikten sonra dördüncü aşamada anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama kriteri incelenir. Her ne kadar Türk Anayasası Madde 13'te anayasanın sözüne ve ruhuna ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama şartları belirtilse de, bu kriterler AYM içtihatlarındaki inceleme şemasında pek bir yer bulamaz. AYM nadiren anayasal hak sınırlamalarında Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olmama kriteri bakımından inceleme yapmaktadır.⁹⁷⁴ AYM'ye göre Anayasa'nın sözüne aykırı olmama kriteri, Anayasa'nın lafzını ifade etmekte ve kişilerin anayasal haklarına getirilen ek güvenceleri⁹⁷⁵ ve dolayısıyla anayasa koyucunun devlete sınırlama bakımından getirdiği sınırlama aracı kısıtlamasını imlemektedir. Bu bağlamda, AYM, devletin organlarının, anayasa koyucunun oluşturduğu bu araç sınırlamasına bağlı olmadan sınırlama yapılmasını, anayasanın sözüne aykırı olmama kriterinin yerine getirilmemesi olarak niteler.⁹⁷⁶ Sözgelimi Anayasa Madde 28/1'de öngörülen basının sansür edilemeyeceği, Madde 30'da belirtilen basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilememesi veya işletilmekten alıkonulmaması yasağı, Madde 34'te toplanma için izin almama güvencesi, anayasa koyucunun öngördüğü bu ek güvencelerdendir ve devlete yönelen araç sınırlamalarıdır. AYM'nin Anayasa'nın sözüne aykırı olmama kriterini uyguladığı kararlarda ikili bir inceleme şeması ortaya çıkar. Buna göre, AYM öncelikle müdahalenin varlığını tespit etmekte, akabinde anayasanın sözüne aykırılık incelemesini yapmaktadır.⁹⁷⁷ Anayasa'nın ruhuna aykırı olmama hususunun neyi ifade ettiği AYM'nin içtihatlarında belirli değildir.

⁹⁷³ Benzer yönde bir eleştiri için bkz. Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı", s. 75.

⁹⁷⁴ Bu kriterin abesle iştiğal olduğu yönünde bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 355.

⁹⁷⁵ Ek güvenceler kavramı için bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 156 vd.

⁹⁷⁶ AYM, E.2014/101, K.2017/142, Karar Tarihi 28.09.2017, para. 84; *Yasemin Mutlu Başvurusu*, Baş. No. 2013/1426, Karar Tarihi 25.03.2014, para. 54; *Zekiye Şanlı Başvurusu*, Baş. No. 2012/931, 26.06.2014, para. 55; *Ülkü Tanca ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2012/928, Karar Tarihi 11.12.2014, para. 56; *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2)*, Baş. No. 2018/30030, GK Karar Tarihi 17.09.2020, para. 69; *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3)*, Baş. No. 2020/32949, GK Karar Tarihi 21.01.2021, para. 79; *Cihan Tüzün ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2019/13258, GK Karar Tarihi 10.11.2013, para. 27.

⁹⁷⁷ *Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2)*, Baş. No. 2018/30030, GK Karar Tarihi 17.09.2020, para. 61 vd.; *Cihan Tüzün ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2019/13258, GK Karar Tarihi 10.11.2013, para. 22 vd.

Bununla birlikte, Anayasa'nın ruhunun büyük ölçüde anayasanın bütünlüğünü ve objektif değerler düzenini ifade ettiği daha yerinde bir yaklaşımdır.⁹⁷⁸

2001 değişikliği ile Madde 13'e laik cumhuriyetin gerekleri ölçütü eklenmiştir. Ancak en başından itibaren laik cumhuriyetin gereklerinin bir sınırlamanın sınırı ölçütü olması tartışmalı olmuştur. Anayasa Komisyonu Başkanı Turhan Tayan, eklenen bu laiklik ölçütünün Cumhuriyet'in temel niteliklerinden birisi olduğunu ve Madde 13'e yapılan bu eklemenin bir ilave olarak görülmemesi gerektiğini ve Cumhuriyet'in temel niteliklerinin bir unsuru olarak tekrar edildiğini ifade etmiştir.⁹⁷⁹ DYP grubu adına söz alan Ahmet İyimaya, laik cumhuriyetin gereklerinin, sınırlamanın sınırı ölçütü olmaya elverişli olmadığını dile getirmiştir.⁹⁸⁰ Doktrinde de bazı hakların sınırlandırılmasında bir meşru amaç olarak yer almasına ve Anayasa Madde 14 tarafından ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında laik Cumhuriyet'in korunmasına dayanılarak, haklı bir şekilde bu kriterin Madde 13'te yer almaya uygun olmadığı belirtilmiştir.⁹⁸¹

Beşinci ve son aşamada ölçülülük veya demokratik toplumda gereklilik incelemesini gerçekleştirilir. Burada, ölçülülük⁹⁸², demokratik toplumda gereklilik ve hakkın

⁹⁷⁸ Bu yönde bkz. *AYM, E.1967/41, K.1969/57*, Karar Tarihi 25.10.1969; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 632-633; Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 143-144; İnCEOğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 46; Kaya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi**, s. 202-203; Kılıç, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özü", s. 68. Krş. *AYM, E.1963/25, K.1963/87*, Karar Tarihi 08.04.1963; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 352, 354-355; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 114.

⁹⁷⁹ **TBMM Tutanak Dergisi**, 21. Dönem, C. 70, 131. Birleşim, İkinci Oturum, 24.09.2001, s. 44.

⁹⁸⁰ **TBMM Tutanak Dergisi**, 21. Dönem, C. 70, 132. Birleşim, İkinci Oturum, 25.09.2001, s. 88-89.

⁹⁸¹ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 636; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 135. Krş. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 391-394; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 314; İnCEOğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 46. Aksi yönde bkz. Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, s. 65-66.

⁹⁸² Gözler, ölçülülük ilkesinin anayasada lafzi olarak yer almasının yanlış olduğunu belirtir. Gözler'e göre pozitif hukuk metninde ölçülülük ilkesine yer verilmesi ile aslında bir doğal hukuk ilkesine atıf yapılmaktadır. Bunun yanı sıra, Gözler, burada pozitif hukuk metnlerinin kendi koydukları ilkelere isim vermediğini, o ilkenin içeriğini hüküm altına aldıktan sonra bunun doktrin tarafından isimlendirildiğini belirtir. Bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 356-357; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 369-370. Ancak bu yerinde bir yaklaşım değildir. Kanımca Gözler'in bu görüşü, genel olarak anayasal haklar literatürüne yabancı olmasından kaynaklanmaktadır. Öncelikle ölçülülük ilkesinin temel nüveleri, gerçekten de *Vernunftrecht*'ten doğar. Ancak bu durum, günümüzdeki pozitifleşmiş haliyle ölçülülük ilkesini bir doğal hukuk ilkesi yapmaz. Kaldı ki, sınırlamanın yasaya dayanması gibi, anayasal haklara ve anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin birçok kriter ve ölçüt de *Vernunftrecht*'ten doğar. Bkz. **Bölüm 2.1.1**. Ancak bu haklar ve ölçütler, artık doğal hukuk düşüncesine ait değildir ve pozitifleştirilmiştir. İçerikleri ve anlamları büyük ölçüde pozitif hukukta oluşturulmuştur. Daha önceden de ifade edildiği üzere, ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinden ve anayasal hakların kendisinden doğar. Tarihsel olarak ise ölçülülük ilkesi, idare hukukunda idarenin (özellikle kolluğun) aşırılığını engellemeye

özü kriterleri AYM tarafından tek bir potada eritilmiş ve ölçülülük veyahut demokratik toplumda gereklilik başlığı altında incelenmiştir. AYM'nin birçok kararında genel olarak bu üç gereklilik iç içe geçmiştir.⁹⁸³ Gerçekten de AYM bu son aşamayı kimi zaman ölçülülük⁹⁸⁴, kimi zaman demokratik toplumda gereklilik olarak⁹⁸⁵, kimi zaman da birlikte⁹⁸⁶ adlandırmıştır.⁹⁸⁷ Bu adlandırma yalnızca şekli bir adlandırmayı da ifade etmemektedir. Kriterin yalnızca demokratik toplum düzeninin gereklilikleri olarak adlandırıldığı kararlarda AYM, yalnızca AİHM'in kararlarını izlemekte ve incelemesini zorunlu ihtiyaç baskısı ve ilgili ve yeterli gerekçe kriterleri üzerinde yoğunlaştırmaktadır.⁹⁸⁸

çalışan ve özellikle 19. yüzyıl doktrininde ve uygulamasında tebellür eden bir ilkedir. Nitekim anayasa hukukunda/anayasal haklarda uygulanan ölçülülük ilkesi, özellikle FAYM'ın kararlarında belirlenen ve anlam kazanan bir ilkedir. Dolayısıyla AYM'nin kararlarında da türev bir anayasal norm haline gelen ölçülülük ilkesinin pozitif hukuk metninde belirtilmesinde bir sakınca olamaz.

⁹⁸³ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 595; Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı", s. 82. AYM'nin bu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 367-368; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 380 vd. Nitekim Gözler ayrıca demokratik toplum düzeninde gereklilik kriterinin, sınırlama amacı ile aracı arasında bir denge oluşturulurken temel alınması gereken ölçüyü ifade ettiğini ileri sürer. Bkz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 383.

⁹⁸⁴ Bkz. *Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2013/865, GK Karar Tarihi 01.06.2016; *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2015/6728, GK Karar Tarihi 01.02.2018; *Mohamed Kashet ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2015/17659, GK Karar Tarihi 20.06.2019; *Şehmus Altuğrul Başvurusu*, Baş. No. 2017/38317, Karar Tarihi 13.01.2021; *Abdullah Tantaş ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/2739, GK Karar Tarihi 15.12.2021; *Ali Kuş Başvurusu*, Baş. No. 2017/27822, GK Karar Tarihi 10.02.2022; *Samandağ Vakıflı Köyü Ermeni Ortodoks Kilisesi Vakfı Başvurusu*, Baş. No. 2018/9214, GK Karar Tarihi 27.10.2022.

⁹⁸⁵ Bkz. *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17354, GK Karar Tarihi 22.05.2019; *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2015/18936, GK Karar Tarihi 22.05.2019; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022; *Yaman Akdeniz Başvurusu (2)*, Baş. No. 2016/6815, GK Karar Tarihi 15.02.2023.

⁹⁸⁶ Bkz. *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014; *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014; *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015; *Bekir Coşkun Başvurusu*, Baş. No. 2014/12151, GK Karar Tarihi 04.06.2015; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015; *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, Baş. No. 2014/12166, GK Karar Tarihi 02.07.2015; *Dilan Ögüz Canan Başvurusu*, Baş. No. 2014/20411, GK Karar Tarihi 30.11.2017; *Ayla Demir İşat Başvurusu*, Baş. No. 2018/24245, GK Karar Tarihi 08.10.2020; *Onur Can Taştan Başvurusu*, Baş. No. 2018/32475, GK Karar Tarihi 27.10.2021.

⁹⁸⁷ Her ne kadar Şirin, AYM'nin demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine uygunluk kriterini, AİHS Madde 8-11 için kullandığını belirtse de (Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı", s. 66-67), AYM'nin bu kriteri eğitim hakkı ve mahkemeye erişim hakkı bakımından da uyguladığını görmek mümkündür. Eğitim hakkı bakımından bkz. *Özcan Özsoy Başvurusu*, Baş. No. 2014/5881, Karar Tarihi 15.02.2017; *Özcan Bayrak Başvurusu*, Baş. No. 2019/14060, Karar Tarihi 03.11.2022. Mahkemeye erişim hakkı bakımından bkz. *Şinasi Umaz Başvurusu*, Baş. No. 2016/40621, Karar Tarihi 23.10.2019.

⁹⁸⁸ Bkz. *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17354, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 89 vd.; *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret*

Kriterin yalnızca ölçülülük olarak adlandırıldığı kararlarda AYM, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerini tanımlamakta ve incelemesini bu ilkeler üzerinden gerçekleştirmektedir. Bu kararlarda ayrıca AİHM'in kriteri olan zorunlu toplumsal ihtiyaç kriterine de yer verilmemektedir.⁹⁸⁹ Kriterin demokratik toplum düzeninin gerekliliklerinin ölçülülük ilkesi ile birlikte adlandırıldığı kararlarda AYM, bazı kararlarında⁹⁹⁰ AİHM'in kriterlerini ve ölçülülük ilkesini uygulamayıp yalnızca ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini belirtmekle yetinirken, bazı kararlarında⁹⁹¹ hem AİHM'in kriterlerine (zorunlu toplumsal ihtiyaç) hem de ölçülülük ilkesine değinmekle birlikte AİHM'in kriterlerine ağırlık vermektedir. Nitekim AYM'ye göre, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesi iki ayrı ilke olarak düzenlenmiş olsa bile, bu iki kriter arasında sıkı bir bağ vardır.⁹⁹² Aynı şekilde öze dokunma yasağı ile ölçülülük ilkesi ve demokratik toplumda gereklilik ilkesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır.⁹⁹³ Mahkeme, bazı kararlarında öze dokunma yasağını ölçülülük ilkesinin bir parçası olarak nitelendirmiştir.⁹⁹⁴ Nihayetinde AYM her üç ilkenin de bir bütünün parçaları

A.Ş. *Başvurusu*, Baş. No. 2015/18936, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 47 vd.; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 61 vd.; *Yaman Akdeniz Başvurusu* (2), Baş. No. 2016/6815, GK Karar Tarihi 15.02.2023, para. 81 vd.

⁹⁸⁹ *Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2013/865, GK Karar Tarihi 01.06.2016, para. 146 vd.; *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2015/6728, GK Karar Tarihi 01.02.2018, para. 99 vd.; *Mohamed Kashet ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2015/17659, GK Karar Tarihi 20.06.2019, para. 52 vd.; *Şehmus Altuğrul Başvurusu*, Baş. No. 2017/38317, Karar Tarihi 13.01.2021, para. 49 vd.; *Abdullah Tantaş ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/2739, GK Karar Tarihi 15.12.2021, para. 55 vd.; *Ali Kuş Başvurusu*, Baş. No. 2017/27822, GK Karar Tarihi 10.02.2022, para. 40 vd.; *Samandağ Vakıflı Köyü Ermeni Ortodoks Kilisesi Vakfı Başvurusu*, Baş. No. 2018/9214, GK Karar Tarihi 27.10.2022, para. 91 vd.

⁹⁹⁰ *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 92 vd.; *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 91 vd.; *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015, para. 133 vd.; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 70 vd.

⁹⁹¹ *Bekir Coşkun Başvurusu*, Baş. No. 2014/12151, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 47 vd.; *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, Baş. No. 2014/12166, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 68 vd.; *Dilan Ögüz Canan Başvurusu*, Baş. No. 2014/20411, GK Karar Tarihi 30.11.2017, para. 32 vd.; *Ayla Demir İşat Başvurusu*, Baş. No. 2018/24245, GK Karar Tarihi 08.10.2020, para. 123 vd.; *Onur Can Taştan Başvurusu*, Baş. No. 2018/32475, GK Karar Tarihi 27.10.2021, para. 59 vd.

⁹⁹² *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/9343, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 70-72; *Bekir Coşkun Başvurusu*, Baş. No. 2014/12151, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 53-55; AYM, E.2017/130, K.2017/165, Karar Tarihi 29.11.2017, para. 18; AYM, E.2018/69, K.2018/47, Karar Tarihi 31.05.2018, para. 13.

⁹⁹³ AYM, E.2018/69, K.2018/47, Karar Tarihi 31.05.2018, para. 11.

⁹⁹⁴ *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 45; *Serap Tortuk Başvurusu*, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 44; *Meltem Sukan Başvurusu*,

olduğunu benimsemiştir.⁹⁹⁵ Sonuç olarak AYM, bu üç anayasal gereklilik arasında somut farklar ortaya koyamamakta⁹⁹⁶ ve üç gerekliliği genel tek bir kriterde birleştirerek AİHM'in yatay/esnek ölçülülük ilkesini benimsemektedir.⁹⁹⁷

Bu itibarla, AYM'nin katı bir ölçülülük incelemesinden ziyade, AİHM'in esnek ölçülülük ilkesini ve dolayısıyla demokratik toplumda gereklilik ilkesini benimsemesi söz konusudur. Türk Anayasası Madde 13'te yer alan demokratik toplum ibaresinin hangi demokrasiyi ifade ettiği tartışma konusu olmuştur. Burada bir görüş demokrasi-nin Türkiye'nin ulusal demokrasisine atıfta bulunduğunu, diğer görüş ise Batı demok-rasilerine atıfta bulunduğunu ileri sürer. Öncelikle 1982 Anayasası Madde 13'e ilişkin Danışma Meclisi gerekçesinde, sınırlamaların "genellikle kabul gören demokratik re-jim anlayışı ile uzlaşabilir" olması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁹⁸ Burada genellikle kabul gö-ren demokratik rejim ibaresi, anayasayı hazırlayan kurucu iktidarın belirlediği demok-ratik rejimin dışında bir demokrasi kavramını ifade eder. Bununla birlikte, meclis tuta-naklarında özellikle bu kavramın oldukça belirsiz olduğunun tartışılmasının yanı sıra⁹⁹⁹, Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü tarafından demokrasinin ulusal demokrasi olduğu ve demokratik toplumdan Anayasa'nın demokratik toplumu anlamının çıkarılması gerektiği açıklanmıştır.¹⁰⁰⁰ AYM ilk dönem kararlarında da bu demokratik toplum düzeniyle, Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasinin ve bu-nun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin ifade edildiğini belirtmiştir.¹⁰⁰¹ AYM bazı kararlarında ise Anayasa'da benimsenen demokrasi tanımını klasik demokrasi olarak

Baş. No. 2013/9459, Karar Tarihi 21.04.2016, para. 81; *İlknur Yüksel Başvurusu*, Baş. No. 2014/7738, Karar Tarihi, 13.07.2016, para. 42; *Tevfik Türkmen Başvurusu*, Baş. No. 2013/9704, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 68; *Mehmet Zahit Şahin Başvurusu*, Baş. No. 2013/4708, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 58; *Bülent Polat Başvurusu*, Baş. No. 2013/7666, GK Karar Tarihi 10.12.2015, para. 104; *Hüseyin Yelkenci Başvurusu*, Baş. No. 2013/9706, Karar Tarihi 10.03.2016, para. 67; *Hakan Erdoğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9481, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 79; Ö. Ç. *Başvurusu*, Baş. No. 2014/8203, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 68; *Güzide Defne Samyeli Başvurusu*, Baş. No. 2014/4399, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 90. Ayrıca bkz. **Bölüm 1.4.2.**

⁹⁹⁵ AYM, E.2018/69, K.2018/47, Karar Tarihi 31.05.2018, para. 15. Gözler'e göre, bu üç kriterin bir bütünün parçası olması, ölçülülük ilkesinin bağımsız bir şekilde uygulanmasını engellemez. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 368.

⁹⁹⁶ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 595.

⁹⁹⁷ Bu yönde bkz. İsmail Köküsarı, **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2020, s. 214; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 308-310.

⁹⁹⁸ Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 66.

⁹⁹⁹ **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 8, 130. Birleşim, Üçüncü Oturum, 19.08.1982, s. 136 vd.

¹⁰⁰⁰ **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 130. Birleşim, Dördüncü Oturum, 19.08.1982, s. 149.

¹⁰⁰¹ AYM, E.1985/21, K.1986/23, Karar Tarihi 06.09.1986.

değiştirerek¹⁰⁰², ulusal demokrasi kavramını aşmıştır.¹⁰⁰³ Nihayetinde bireysel başvuru kararlarında ise AYM, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün AİHS'ten alındığını ifade etmiştir. Buna göre, demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır.¹⁰⁰⁴ Doktrinde de bu görüş ağırlıktadır.¹⁰⁰⁵

Her ne kadar Avrupa ülkelerinin ortak bir siyasi gelenek, ideal, özgürlük ve hukuk devleti konularında ortak bir mirasa sahip olduğu varsayılsa da¹⁰⁰⁶, her devletin kendi anayasal yapısı devletin kendi siyasal, sosyal ve kültürel yapısına göre şekillenen bir demokrasisi bulunmaktadır.¹⁰⁰⁷ Gerçekten de Türkiye'de uygulanan demokrasiyi çoğulcu, özgürlükçü ve liberal olarak nitelenmek zordur. Türkiye'de uygulanan demokrasi modeli, Gemalmaz/Gemalmaz'ın belirttiği gibi "Türk tipi demokrasi" modelidir.¹⁰⁰⁸ Aynı şekilde her demokrasi, kendine özgü düşmanlarına göre şekillenir ve ona göre bir mücadeleci demokrasiye sahip olur. Demokratik toplumda gereklilik ölçütü, kendi kriterlerini geliştirir veyahut en azından geliştirmesi gerekir.

Doktrinde Metin, anayasa koyucunun bu üç anayasal gerekliliği de tutmasından hoşnut olmasa da¹⁰⁰⁹, AYM'nin bu karmaşasını en makul zemine çekebilen yazar olmuştur. Buna göre, öze dokunma yasağı ile demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama kriterleri anayasal hakların sınırlandırılmasındaki son çizgiyi ifade ederken,

¹⁰⁰² AYM, E.1985/8, K.1986/27, Karar Tarihi 26.11.1986

¹⁰⁰³ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 623.

¹⁰⁰⁴ Abdullah Öcalan Başvurusu, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 93; Mehmet Ali Aydın Başvurusu, Baş. No. 2013/9343, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 65.

¹⁰⁰⁵ Bkz. Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 176; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 311; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 116-117; Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, s. 64-65; Mehmet Turhan, "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", **Anayasa Yargısı**, C. 8, pp. 401-420, s. 409; Bülent Tanör, **İki Anayasa: 1961-1982**, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 124; İncoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 38. Gözler ise bu tartışmayı anlamsız bulmuştur. Alman demokrasisi ile Fransız demokrasisi birbirinden farklıdır, ancak her ikisi de demokrasinin asgari şartlarını karşıladığı için burada bir farklılık oluşmaz. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 377-378; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 388. Ancak bu görüş, özellikle mücadeleci demokrasiyi dikkate almadığı için yerinde değildir. Zira mücadeleci demokrasi, anayasal hakların hem tahdit edilmesine hem de sınırlandırılmasına yol açar. Bkz. **Bölüm 2.3.5**.

¹⁰⁰⁶ Burada AİHS'in Giriş kısmına bakılabilir.

¹⁰⁰⁷ Nitekim Gemalmaz, AYM'nin *Türban I* kararında (AYM, E.1989/1, K.1989/12, Karar Tarihi 07.03.1989) geçen "Türkiye'ye özgü laiklik" ibaresinden, AYM'nin Türkiye'ye özgü bir demokratik rejimi benimsediği sonucunu çıkarmıştır. Bkz. Gemalmaz, **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, s. 9-10.

¹⁰⁰⁸ Mehmet Semih Gemalmaz - H. Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce - İfade ve İletişim Mevzuatı**, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004, s. 229 vd.

¹⁰⁰⁹ Yüksel Metin, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", **Anayasa Yargısı**, C. 40, Sayı 1, 2023, pp. 333-370, s. 337.

ölçülülük ilkesi bu sınırlardan önceki sınırlama alanının denetlenmesini sağlar. Dolayısıyla diğer kriterlerden farklı olarak hakların gereğinden fazla ve keyfi olarak sınırlandırılmasını engeller. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, hakların nasıl sınırlandırılacağı hususunda devlet organlarını yönlendirir.¹⁰¹⁰ Öze dokunan sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine evleviyetle aykırı olduğunu belirten Metin, bu yüzden bir sınırlamada öncelikle hakkın özü yasağının incelenmesi gerektiğini, sonrasında bütün unsurlarıyla birlikte ve sırasıyla ölçülülük ilkesinin ve en son demokratik toplum düzeninin gereklilikleri kriterinin uygulanması gerektiğini ileri sürer.¹⁰¹¹ Ancak Metin'in bu savı da bazı uyumsuzluklar içerir. Öncelikle bu sav içerisinde hakkın özü yasağının özgün bir anlamı olmayıp ve uygulanmasının da bir anlamı kalmamaktadır. İkinci olarak, AİHM'in geliştirdiği demokratik toplumda gereklilik ilkesinden farklılaştırılmadığı müddetçe bir demokratik toplum düzeninin gereklilikleri (adil denge) büyük ölçüde ölçülülük ilkesi ile örtüşecektir. Bu bakımdan, öncelikle (ölçülülük ilkesi ile birlikte uygulanan) hakkın özü yasağının özgün anlamını oluşturmak gerekir.¹⁰¹² İkinci olarak ise demokratik toplum düzeninin gereklilikleri kriterinin uygulanmayarak ölçülülük ilkesinin tercih edilmesi gerekir. Zira demokratik toplum düzeninin gereklilikleri kriteri bir uluslararası belge olan AİHS'in asgari standartlarını imler. Bu sebeple, daha yüksek standartlar koyabilecek olan ölçülülük ilkesinin uygulanması gerekir.

Sonuç olarak, AYM içtihat hukukunda, anayasal hak dogmatigi temel olarak iki aşamaya sahiptir: hakkın kapsamı ve sınırlamanın meşrulaştırılması. Sınırlamanın meşrulaştırılmasının biraz daha açılması ile birlikte AYM'nin inceleme şeması 5 aşamaya çıkar: i) hakkın kapsamı/müdahalenin mevcudiyeti, ii) sınırlamanın kanuniliği, iii) sınırlamanın meşru amacı, iv) sınırlamanın anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmaması ve v) sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olması.¹⁰¹³ AYM,

¹⁰¹⁰ Metin, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", s. 336-337.

¹⁰¹¹ Metin, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", s. 337-338.

¹⁰¹² Bkz. **Bölüm 1.4.2.**

¹⁰¹³ Krş. Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 54 vd.; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, s. 298 vd.; Şirin, "Anayasa Şikayeti Hakkı", s. 66 vd.; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 336 vd.; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 333 vd.; Tanör - Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 155 vd.; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 593 vd.; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, s. 66 vd.; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 113 vd.; Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 224 vd.; Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, s. 59 vd.; Akal - Erözden - Akbulut - Zeybekoğlu, **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, s. 28-29; Erdoğan, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, s. 308 vd.; Kaya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal**

anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama kriterini her kararında uygulamaz. Bu kriteri yalnızca bu kriterin uygulama alanı bulabildiği kararlarda uygular.

AYM'nin bu hak dogmatikliği büyük ölçüde negatif ve pozitif yükümlülük yükleyen anayasal haklar için geçerlidir. Ancak usuli veyahut yargılamaya ilişkin hakların, sözgelimi adil yargılanma hakkının dogmatikliği AİHM'de olduğu gibi farklılık arz eder. AYM adil yargılanma hakkı söz konusu olduğunda büyük ölçüde, ikili bir incelemede bulunur: hakkın kapsamı ve sınırlamanın meşrulaştırılması. Burada sınırlamanın meşrulaştırılmasında, genel olarak yukarıdaki dogmatik izlenmez. AYM'nin incelediği şey öncelikle i) müdahalenin varlığıdır. Müdahale mevcutsa, AYM, başvurucunun ii) usuli güvencelerden ne ölçüde yararlanabildiğini incelemektedir. Belirli usuli güvencelerin sağlanması ve başvurucunun, sözgelimi sanığın kendini savunma imkanının sınırlama ile önemli ölçüde etkisizleştirilmemesi gerekir.¹⁰¹⁴ Aynı şekilde, ikinci aşamada kişinin mahkemeye başvurmasını tamamen imkansız hale getiren veya mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlama olup olmadığı incelenir.¹⁰¹⁵ Bu aşamada, başvuruya konu yargılamada tarafların esasa etkili (temel) iddialarının ne ölçüde dikkate alındığı¹⁰¹⁶, yargılamanın sonucuna etki edebilecek bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir yanıt verilip verilmediği¹⁰¹⁷, yargılamayı fiilen adaletsiz kılan bir eşitsizliğin, diğer bir deyişle iddialara karşı savunma araçlarının kullanımının imkansız hale getirilip getirilmediği¹⁰¹⁸ ve kişinin kendisine yüklenen kanuni veya fiili karinelerin aksini ispat imkanının olup olmadığı ve aksini ispat bakımından önemli bir dezavantajın oluşmaması¹⁰¹⁹ denetlenir. Bu denetime yakından bakıldığında, AYM'nin belirli ölçüde öze

Hakların Hukuki Rejimi, s. 173 vd.; Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 125 vd.; İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 26 vd.; Atakan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler", s. 3 vd., 242 vd.; Kılıç, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özünü", s. 53 vd.

¹⁰¹⁴ Bkz. *Ufuk Rifat Çobanoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/6971, Karar Tarihi 01.02.2017, para. 46; *Ayşe Eşlik Başvurusu*, Baş. No. 2014/15969, Karar Tarihi 21.06.2017, para. 32.

¹⁰¹⁵ Bkz. *Özkan Şen Başvurusu*, Baş. No. 2012/791, Karar Tarihi 07.11.2013, para. 52; *İbrahim Topcu Başvurusu*, Baş. No. 2014/1295, Karar Tarihi 23.03.2017, para. 33.

¹⁰¹⁶ Bkz. *Emin Arda Büyük Başvurusu*, Baş. No. 2017/28079, GK Karar Tarihi 02.07.2020, para. 52, 55; *Abbas Demiroğlu Başvurusu*, Baş. No. 2018/31300, Karar Tarihi 07.04.2021, para. 74, 79.

¹⁰¹⁷ Bkz. *Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/7800, GK Karar Tarihi 18.06.2014, para. 35, 39; *Yılmaz Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2014/13117, GK Karar Tarihi 19.07.2018, para. 42-44.

¹⁰¹⁸ Bkz. *Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/253, GK Karar Tarihi 09.01.2015, para. 66.

¹⁰¹⁹ Bkz. *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/3954, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 39-40; *Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirket Başvurusu*, Baş. No. 2014/3905, Karar Tarihi 19.04.2017, para. 32-34. Ayrıca bkz. Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel**

dokunma yasağını uyguladığı görülmektedir. Kişinin adil yargılanma güvencelerini kullanma imkanlarının tamamen ortadan kaldırılmaması gerekir. Bununla birlikte, AYM, AİHM'in içtihatlarında olduğu mahkemeye erişim hakkı bakımından negatif ve pozitif yükümlülük yükleyen anayasal haklar için geçerli olan hak dogmatikğine yaklaşmaktadır.¹⁰²⁰

AYM'nin burada belirtilen hak dogmatikğine sadık kalması da beklenmemektedir. Zira yukarıda da gösterildiği üzere, AYM öngörülebilir bir hak dogmatikği belirlemediği gibi, aynı zamanda kararlarında da bu inceleme şeması sürekli değişmektedir. Bu bağlamda, AYM'nin halen bir anayasal hak dogmatikği oluşturamadığı ileri sürülmektedir.¹⁰²¹

Gerçekten de, AYM'nin içtihatları, yalnızca yüzeysel ve şekli kabullerle AİHS'in içtihat hukukunun kötü bir kopyasını teşkil etmekte, Sözleşme standartlarını karşılamakta zorlanmakta, bir yansımadan/illüzyondan öteye geçememekte ve adeta yansıma doktrinler üretmektedir.¹⁰²² AYM'nin bilinçsizce/otomatik pilota/kontrolsüz verdiği kararlar, AİHS haklarına ilişkin doktrinlerin kötü bir yansımasını/illüzyonunu teşkil etmekte ve anayasal hakların özgün argümanlarını, sınırlamaya karşı oluşturulan standartları ve yapısal ilkeleri (öngörülebilir bir şekilde) belirleyememektedir. Bu yansıma doktrinler, AYM'ye teşhisi konulan içtihadi amnezi¹⁰²³ semptomunun da temel sebebidir. AYM'nin anayasal haklar üzerine olan bu teorilerin ve dogmatiklerin esasını kavrayamaması, bundan dolayı farklı sorunlarda bu teorileri geliştirememesi ve aynı zamanda daha yüksek standart oluşturabilecek kendi özgün dogmatikğini geliştirememesi söz konusudur. Nitekim bütün bu eksiklikler, AYM'nin kararlarında kendi iç tutarlılığını da yitirmesine yol açmaktadır. Sözelimi AYM'nin FAYM'ı izleyerek dikey/katı bir ölçülülük ilkesini benimsediği kararların¹⁰²⁴ bulunmasının yanı sıra, AİHM'i

Başvuruda Masumiyet Karinesi, s. 54 vd.

¹⁰²⁰ Bkz. *Hasan İştin Başvurusu*, Baş. No. 2015/1950, Karar Tarihi 22.02.2018, para. 41 vd.; *Şinasi Umaz Başvurusu*, Baş. No. 2016/40621, Karar Tarihi 23.10.2019, para. 43 vd.; *Ziya Özden Başvurusu*, Baş. No. 2016/67737, Karar Tarihi 19.11.2019, para. 50 vd.

¹⁰²¹ Korkut Kanadoğlu - Ahmet Mert Duygun - Battal Niyazi Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", **Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a Armağan**, Ed. by Ece Göztepe - Ozan Ergül - Selda Çağlar, Ankara, Seçkin, 2022, s. 276 vd., 296.

¹⁰²² Orcan bu sorunu "çeviri doktrinler" olarak kavramlaştırmıştır. Bkz. Necdet Umut Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, Ankara, Adalet, 2023, s. 184-185.

¹⁰²³ Bkz. Cem Tecimer, "Anayasal Amnezi: Anayasa Mahkemesinin İchtihat Seçiciliği Üzerine Bir Deneme", <https://www.anayasa.gen.tr/tecimer-4.pdf> (Yayın Tarihi: 28 Kasım 2023) (Çevrimiçi: 27.05.2024), s. 1 vd.

¹⁰²⁴ Bkz. AYM, E.2013/32, K.2013/112, Karar Tarihi 10.10.2013; AYM, E.2013/15, K.2013/131,

izleyerek yatay/esnek bir ölçülülük ilkesini benimsediği kararları¹⁰²⁵ da bulunmaktadır. Ayrıca AYM'nin ölçülülük ilkesinin tanımladığı bazı kararlarında¹⁰²⁶, sınırlamayı ölçülülük ilkesi bakımından incelememiştir.¹⁰²⁷ Aynı şekilde AYM'nin bir taraftan mutlak hakkın özü teorisini, diğer taraftan görelî hakkın özü teorisini benimsediği görülmektedir.¹⁰²⁸ AYM'nin özellikle müdahalenin meşrulaştırılması aşamasında yaşadığı kavramsal karmaşa, anayasal hakları dogmatize etmeyi engellemektedir.¹⁰²⁹ AYM'nin kararlarında, oluşturduğu kriterlerden sürekli olarak sapma gerçekleştirmesi¹⁰³⁰, kamu makamlarının uygulayamayacağı ölçüde çok ve belirsiz kriter belirlemesi¹⁰³¹ ve bu kriterlerin değerlendirilmesinde çelişki üretmesi¹⁰³² öngörülebilirliği tamamen ortadan kaldırmaktadır. AYM'nin oluşturduğu bu tutarsızlık bir hak dogmatizminin oluşmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek bir hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Bütün bu olgular, Mahkeme üyelerinin vakaya ilişkin görüşler üzerinde tartışarak ve müzakere ederek bir oylama ile sonuca ulaşmak ve kararın gerekçesini oluşturmak yerine¹⁰³³, oylama sonucuna göre kararın gerekçesini oluşturduğu kanaatini kuvvetlendirmiştir. Oylama sonucuna ısmarlama gerekçe oluşturmanın/argümantasyonun, herhangi bir hak dogmatizmi oluşturamayacağı ve bir belirlilik sağlayamayacağı açıktır. Bunda Türk anayasa hukuku öğretisinin anayasal hak dogmatizmi bakımından oldukça eksik olmasının da katkısı vardır.¹⁰³⁴

Karar Tarihi 14.11.2013; AYM, E.2013/158, K.2014/68, Karar Tarihi 27.03.2014; AYM, E.2017/142, K.2017/150, Karar Tarihi 01.11.2017, para. 15-16.

¹⁰²⁵ Bkz. Ali Turhan Başvurusu, Baş. No. 2014/20484, Karar Tarihi 06.12.2017, para. 31-33.

¹⁰²⁶ AYM, E.2016/124, K.2016/155, Karar Tarihi 07.09.2016, para. 15 vd.

¹⁰²⁷ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 369 vd.

¹⁰²⁸ Bkz. **Bölüm 1.4.2.**

¹⁰²⁹ Bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 185 vd.

¹⁰³⁰ Bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 194 vd., 211 vd.

¹⁰³¹ Bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 200 vd.

¹⁰³² Bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 215 vd.

¹⁰³³ Bu gereklilik için bkz. Sami Selçuk, **Toplu Mahkemede Görüşme İlkeleri ve Oylama Yöntemi**, Ankara, İmge, 2023, s. 37.

¹⁰³⁴ Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Ed. by Ece Göztepe - Mustafa Mert Alpbaz, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 135. Doktrinde yenice yapılan bir öneri için bkz. Orcan, **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, s. 223 vd., 240 vd.

Bu sorunların temelinde ise tarihsel ve sosyolojik olgular yer alır. Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat/(resepsiyon) dönemine kadar hakim olan hukuk modelinin olay hukuk modeli¹⁰³⁵ olduğu söylenebilir. Her ne kadar İslam hukukunun ceza hukuku ve özel hukuk alanlarında sabit kuralları bulunsa da, kadıların bu kuralları vaka hassasiyeti yüksek bir şekilde uyguladıkları vakidir. Nitekim bu sabit kuralların; sürekli bir devinim içerisinde olan toplumun sorunlarını ve normatif ihtiyaçlarını karşılaması da mümkün olmadığından¹⁰³⁶, kadıların özellikle vakanın koşulları çerçevesinde yeni ilkelere ve kurallara benimsemesi gerekliliği de doğmaktadır. Gerçekten Osmanlı Devleti'nde uygulanan şer-î hukukun en önemli tezahür şekli içtihatlardır. Bu bakımdan, Osmanlı Devleti'ndeki şer-î hukuk, "müçtehit hukukçuların İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak fıkıh usulü ilmindeki esaslar çerçevesinde yapmış oldukları içtihatlarla dayanmaktadır."¹⁰³⁷ Dolayısıyla İslam hukuku büyük ölçüde içtihat hukukundan oluşur.¹⁰³⁸ Burada İslam hukukunun meselecî/kazuistik niteliğini de dikkate almak lazımdır. "[K]lasik İslam hukuku eserlerinde benzer hukuki işlemlerin veya olayların tabi olduğu genel hükümlerin ortaya konması yerine, her işlem ve olayın ayrı ayrı ele alınarak tabi olduğu hükümlerin belirlenmesi tercih edilmiştir."¹⁰³⁹ Bu kazuistik metot ayrıca kuralların uygulanmasında da belirsizlik oluşturmuş ve bu sebeple hangi içtihadın uygulanacağı hususunda da fetvaları zorunlu kılmıştır.¹⁰⁴⁰ Padişahların ihdas ettikleri kanunlarla teşekkül eden örfî hukuk bakımından, kanunname geleneğine rağmen Tanzimat dönemine kadar bir hukuk dalının bütününe içine alan kanunlaştırma veya tedvin faaliyetine rastlanmamıştır. Örfî hukuk, her padişaha ve ortaya çıkan yeni hukuki ve sosyal şartlara göre devamlı olarak değişmiştir.¹⁰⁴¹ Her halükârda bir hibrit modelin söz konusu olduğu kabul edilse bile, olay hukuk modelinin temel belirleyici

¹⁰³⁵ Çin'de yapılan olay ve kural hukuk modeli ayrımı için bkz. Edgar Bodenheimer, "Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", **Georgia Law Review**, Vol. 11, No. 5, 1977, pp. 1143-1172, s. 1143-1144. Ralf Poscher, "Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs", **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021, s. 151 vd.

¹⁰³⁶ M. Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 5. Baskı, İstanbul, Hars, 2005, s. 41.

¹⁰³⁷ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 71.

¹⁰³⁸ Halil Cin - Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 110.

¹⁰³⁹ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 68. Ayrıca bkz. Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk**, 7. Bası, İstanbul, Arı Sanat, 2021, s. 108; Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi**, 12. Bası, Ankara, Adalet, 2023, s. 118.

¹⁰⁴⁰ Coşkun Üçok - Ahmet Mumcu - Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Bası, Ankara, Turhan, 2008, s. 69.

¹⁰⁴¹ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 71-72.

model olduğu aşikardır. Olay hukuk modeli sabit kuralların bağlayıcılığını ve etkililiğini zayıflatır. Zira olaya özgün koşullar, olaya uygulanması gereken kuralın uygulanması için bir gerekçe/sebep teşkil edebilir. Devlet-i Aliyye’de geçerli olan olay hukuk modeli ve bu modelin hakim kıldığı hukuk kültürü, resepsiyonlara ve Cumhuriyet devrimlerine rağmen tam anlamıyla değiştirilememiştir. Dolayısıyla Cumhuriyet, olay hukuk modelinin oluşturduğu hukuk kültürünü ve geleneğini miras almıştır. Bu sebeple, devralınan bu hukuk kültürünün kuralların bağlayıcılığını ve etkililiğini sekteye uğratıldığını kabul etmek gerekir.

1876 tarihli Kanûn-ı Esâsî ve ondan sonraki bütün Türk anayasaları, belirli bir tabana dayanan, yani organik olarak gelişen anayasalar değildir. Bu anayasaların hiçbirisi, Avrupa’daki gelişim çizgisini izlememiştir. Bu anayasaların hiçbirisi bir burjuva sınıfının baskısıyla oluşmamıştır.¹⁰⁴² Zira burjuva sınıfının baskısı bir yandan belirli bir çıkar grubuna hizmet etmiş, diğer yandan parlamento ile kraliyet arasındaki mücadelede, parlamentonun çıkardığı kanunların uygulanmasını ve dolayısıyla etkililiğini sağlamıştır. Kriz zamanlarında, diğer bir deyişle normların kurduğu ideal dünya ile sosyal gerçeklik arasında bir uyumsuzluk olduğunda, bu burjuva tabanlı anayasal (normatif) sistemler değişime ve evrime açık kalarak normların uygulanmasını ve etkililiğini sürdürmüşlerdir. Kanûn-ı Esâsî’den bu yana ise Osmanlı Devleti’nde ve Türkiye Cumhuriyeti’ndeki yasalar ve anayasalar, bir burjuva sınıfına değil, siyasi elitlere dayanmıştır.¹⁰⁴³ Bu bakımdan, Türkiye’de çoğunlukla anayasa normlarının oluşturduğu ideal dünya ile anayasal gerçeklik arasında uyumsuzluk olmuştur.¹⁰⁴⁴ Cumhuriyet döneminde, Kemalizmin gerekleri ile toplumsal gerçeklik arasında aşılammış bir uçurum oluşmuştur.¹⁰⁴⁵ 2002 yılından sonraki AK Parti iktidarında ise özellikle anayasa değişiklikleri ve bürokrasinin değişimiyle ideoloji, aktörler, çıkar grupları ve siyasi elitler değişmiş ve fakat aynı uçurum belirli ölçüde korunmuştur. Buna siyasi çevreye ve konjonktüre duyarlı olan AYM içtihatları da eklenmiştir. Bu durum, normların, normların muhatapları tarafından içselleştirilememesine¹⁰⁴⁶ yol açmış, illegal kestirme

¹⁰⁴² Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Ankara, Say, 1988, s. 91, 125-126; Hamdi Gökçe Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 60-61, 64-65.

¹⁰⁴³ Yine bir siyasi elit grubu tarafından oluşturulan Mecelle ise aslında daha uzun sürede ve toplumsal gerçeklik dikkate alınarak hazırlanmıştır.

¹⁰⁴⁴ Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 4-5.

¹⁰⁴⁵ Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 5.

¹⁰⁴⁶ Bkz. Manfred Rehbinder, **Hukuk Sosyolojisi**, Çev. İlyas Doğan - Hilal Kafkas, 2. Baskı, Ankara, Astana, 2019, s. 209.

yollarının başarı imkanını¹⁰⁴⁷ sağlamış ve normlara yaptırım nedeniyle itaati¹⁰⁴⁸ zayıflatmıştır. Bunun yanı sıra, 1950'lerden bu yana devam edegelen anayasayı ihlal geleneği¹⁰⁴⁹ de anayasa normlarının etkisizliğine yol açmıştır. Gerçekten de AYM kararlarının bağlayıcılığı birçok defa derece mahkemeleri tarafından sorgulanmış ve derece mahkemeleri adeta Anayasa'ya meydan okumuştur.¹⁰⁵⁰ 2023-2024 senelerinde ise bu meydan okuma Can Atalay başvuruları ile doruk noktasına çıkmıştır. AYM, başvurucunun Anayasa Madde 67'de güvence altına alınan seçme ve seçilme hakkının ve Madde 19'da güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini 25 Ekim 2023 tarihinde¹⁰⁵¹ ve bu kararın yerine getirilmemesi üzerine 21 Kasım 2023 tarihinde¹⁰⁵² iki kez tespit etmiştir. Ancak her iki seferde de gerek İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi gerek Yargıtay 3. Ceza Dairesi bu kararları uygulamamıştır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 8 Kasım 2023¹⁰⁵³ ve 03.01.2024¹⁰⁵⁴ tarihli kararlarında, AYM kararının hukuki geçerliliği olmadığına ve bu sebeple uyulmayacağına karar vermiştir. Hatta 8 Kasım 2023 tarihli kararında hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili AYM üyeleri için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir. Türkiye'de mevcut olan anayasayı ihlal geleneğinin 22 senelik AK Parti iktidarından sonra yargının en yüksek makamları olan yüksek mahkemeler tarafından da benimsendiği açık hale gelmiştir. Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararları, yalnızca anayasayı ihlal etmekle kalmaz. Aynı zamanda bu kararlar, AYM kararlarına uymak istemeyen derece mahkemelerine yerde ararken gökte buldukları bir dayanak sağlar. Bu kararlar, AYM'nin bundan sonra vereceği bütün kararlarda karşılaşılabileceği direncin nirengi noktasıdır. Bu bağlamda, Weimar Cumhuriyeti için söylenen "Cumhuriyetçisiz Cumhuriyet" ifadesi¹⁰⁵⁵, Türk anayasa hukuku ve Türk

¹⁰⁴⁷ Bkz. Rehbinden, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 202 vd.

¹⁰⁴⁸ Bkz. Rehbinden, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 207.

¹⁰⁴⁹ Tolga Şirin, **Anayasa'dan Çıkış**, 3. Baskı, Ankara, İmge, 2023, s. 35 vd.

¹⁰⁵⁰ Sözelimi Şahin Alpay kararını (*Şahin Alpay Başvurusu*, Baş. No. 2016/16092, GK Karar Tarihi 11.01.2018) uygulamayan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi ve İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, AYM'nin yetkilerini sorgulamış AYM'nin bu kararının bağlayıcı olmadığına karar vermiştir. Bkz. *Şahin Alpay Başvurusu* (2), Baş. No. 2018/3007, GK Karar Tarihi 15.03.2018. Ayrıca bkz. *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, App. No. 13237/17, Judgment of 20 March 2018.

¹⁰⁵¹ Bkz. *Şerafettin Can Atalay Başvurusu* (2), Baş. No. 2023/53898, GK Karar Tarihi 25.10.2023.

¹⁰⁵² Bkz. *Şerafettin Can Atalay Başvurusu* (3), Baş. No. 2023/99744, GK Karar Tarihi 21.12.2023.

¹⁰⁵³ Bkz. *Yargıtay 3. CD, E.2023/12611, Değişik İş K.2023/112*, Karar Tarihi 08.11.2023.

¹⁰⁵⁴ Bkz. *Yargıtay 3. CD, E.2023/12611, Değişik İş K.2024/1*, Karar Tarihi 03.01.2024.

¹⁰⁵⁵ Axel Hopfauf, "Einleitung", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl

anayasaları için de geçerlidir. Nihayetinde hukukun bu etkisizliği ve belirsizliği AYM'yi yalnızca vaka çerçevesinde bir adalet bulmaya çalışan kadıya dönüştürmüştür.¹⁰⁵⁶

Bu sonuca 1924 Anayasası'ndan bu yana benimsenen anayasal kimlik ve bu anayasal kimliğe yol açan kurucu travmalar¹⁰⁵⁷ da yol açmıştır. Bugünkü Alman Anayasası'nda oluşan anayasal kimliğin temel kurucu travmasını Nasyonal Sosyalist yönetimin faaliyetleri oluşturduğu gibi, Balkan yıkımı da İttihat ve Terakkî Cemiyeti/siyasal elitler aracılığıyla Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne anayasal kimliği belirleyen bir travma olarak taşınmıştır.¹⁰⁵⁸ İmparatorluktan ulus-devlete geçişte verilen varoluş savaşı, bürokrasinin, devlet adamlarının ve aydınların yüklendiği devleti kurtarma misyonu ve Balkanlar'da yaşanan yıkımın Anadolu'da da gerçekleşme tehlikesi ile karşılaşma, i) katı merkezîyetçilik (devletin ve ülkenin bölünmezliğine sıkı bir şekilde bağlılık) ve ii) ulusal homojenlik tercihlerinin benimsenmesine yol açmıştır.¹⁰⁵⁹ Nitekim anayasal kimliği oluşturan bu ilkeler, anayasal kimlik içerisinde yer alabilecek demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti ilkelerini bilinçli olarak veya bilinç-dışında ikinci plana itmiştir.¹⁰⁶⁰ Nitekim 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmının ilk halinde yer

Heymanns Verlag, 2018, s. 55.

¹⁰⁵⁶ Kadı adaletinin anlamı konusunda bkz. ve krş. Max Weber, "Wirtschaft und Gesellschaft", **Max Weber Gesamtausgabe**, Bd. XXII/3, Ed. by Horst Baier - Gangolf Hübinger - M. Rainer Lepsius - Wolfgang J. Mommsen - Wolfgang Schluchter - Johannes Winckelmann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, s. 526 vd., 633 vd.; Lawrence Rosen, **The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society**, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, s. 58 vd.; David S. Powers, **Law, Society, and Culture in the Maghrib, 1300-1500**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, s. 23 vd.; Muharrem Kılıç, "Klasik Oryantalist Geleneğe Eleştirel Bir Bakış: David Stephan Powers Örneği", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 4, 2004, pp. 175-195, s. 176 vd. İkinci kadı adaleti "suçlamasını" reddeder. Ona göre Weber, kadı adaletini kuralsızlık olarak belirlemiştir. Halbuki şer-î hukuk daha ziyade dinamizm ve rasyonalizm ile nitelendirilebilir. Bkz. İkinci, **Osmanlı Hukuku**, s. 168-169. Ancak Weber İslam hukuku ile ilgili uzun anlatısı bunlardan çok daha fazlasını anlatır. Weber burada bir keyfilikten veya kuralsızlıktan ziyade, kodifiye edilmiş bir kanunun/kuralın yokluğunda somut olayın hakkaniyetinin ağır bastığını ve buna göre karar verildiğini vurgular. Bunun yanı sıra formel hukukun yaklaşımının eksikliği karşısında sistematik bir hukuk oluşturulmadığı tespitinde bulunur. Bkz. Weber, "Wirtschaft und Gesellschaft", s. 530 vd., 535.

¹⁰⁵⁷ "Kurucu travma" kavramı, "kurucu kriz" kavramı ile karşılaştırılabilir. Bkz. Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul, BFS Yayınları, 1989, s. 76 vd.

¹⁰⁵⁸ Osman Can, "Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine: Türkiye Özelinde Bir Deneme", **Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan**, C. II, Ed. by Engin Yıldırım - Yusuf Şevki Hakyemez - Murat Şen - Ömer Gedik, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024, s. 1217 vd.

¹⁰⁵⁹ Yunus Heper, **Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milliyetiyle Bölünmez Bütünlüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 19 vd., 319 vd., 427 vd., 472 vd., 480 vd.; Can, "Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine", s. 1228-1229.

¹⁰⁶⁰ Can, "Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine", s. 1214-1215.

alan “[h]içbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği” ifadesinin belirtilmesi de buna işaret etmektedir.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, AYM’nin kararlarından bir hak dogmatigi veya bir doktrin elde etmek çok mümkün gözükmemektedir. Sözgelimi AYM’nin kurumsal anayasal haklar ile negatif statü hakları arasında bir ayrımı yapması beklenmemektedir. Aynı şekilde AYM’nin memurları, kamu görevlilerini, mahkûmları, öğrencileri vs. içine alan iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişilerin ayrık durumunu sistematikleştirmesi mümkün gözükmemektedir. AYM’nin kararlarından bu doktrinsel veyahut dogmatik yapı tespit edilemese de, bu tezde ileri sürülen içkin sınırlama kategorilerine yaklaşan içtihatları değerlendirilecektir.

3.3.1.2. İçkin Sınırlamanın Türk Anayasa Hukuk Literatüründeki Görünümü

Türk anayasa hukukunda içkin sınırlama doktrininin genel olarak sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar üzerinden incelendiği görülmektedir. Gerek 1961 Anayasası’nda gerek 1982 Anayasası’nın ilk halinde genel sınırlama klozunun öngörülmesi, gerekse de sübjektif anayasal hakların gelişiminin geç bir tarihte doğması bu konudaki öğretinin zayıf kalmasına yol açmıştır.

İçkin sınırlama kavramı, Fazıl Sağlam ile Türk anayasa hukuk literatüründe yer edinmiştir.¹⁰⁶¹ Sağlam, eserinde Müller’in anayasal hakların hak konusuna özgü kullanılmasını¹⁰⁶² benimsemiş ve bunu Türk hukuk literatürüne nesnel sınır teorisi olarak kazandırmıştır.¹⁰⁶³ Müller’in teorisi yukarıda incelendiğinden burada Sağlam’ın ortaya koyduğu teori incelenmeyecektir. Burada, Müller’in teorisinin Türk anayasa literatüründe ve AYM içtihat hukukunda bir temel teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

Sağlam’ın aktardığı nesnel sınırlar doktrini birçok yazar tarafından benimsenmiştir.¹⁰⁶⁴ Eren’e göre, her hakkın doğasında bir ödev bulunmaktadır. Anayasal

¹⁰⁶¹ Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 32 vd.

¹⁰⁶² Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.9.**

¹⁰⁶³ Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 47 vd. Türk anayasa hukuk literatüründe nesnel sınırların eleştirisi için bkz. Atakan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırlarını Oluşturan Ölçütler”, s. 37-38; Arda Atakan, “Friedrich Müller’in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, Sayı 3-4, 2010, pp. 3-27, s. 9 vd.; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 217-219.

¹⁰⁶⁴ Bkz. Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 54 vd.;

haklar, hakka içkin ödevler dolayısıyla hakkın doğasından kaynaklanan sınırlara sahiptir. Eren burada ayrıca Anayasa Madde 12/2'yi¹⁰⁶⁵ dayanak olarak gösterir.¹⁰⁶⁶ Eren'in buradaki vurgusu büyük ölçüde hakkın doğasınadır.¹⁰⁶⁷ Uygun¹⁰⁶⁸, Mehmet Sağlam¹⁰⁶⁹, İncoğlu¹⁰⁷⁰ ve Tanör/Yüzbaşıoğlu¹⁰⁷¹, Sağlam'ın nesnel sınırlar teorisine daha fazla sadık kalarak her anayasal hakkın normatif yapısı gereği sınırlı olduğunu, arızı kullanımların nesnel sınır teşkil ettiğini ve anayasal hakların özgül kullanımları kapsadığını kabul eder. Kaboğlu, hakkın doğasından kaynaklanan nesnel sınırları, şiddet yasağı veyahut diğer bir deyişle barışçıl kullanım kaydı ile tanımlar.¹⁰⁷² Özbudun, anayasal hakların objektif (nesnel) sınırlarını hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında bir bağlantı kurarak ele alır. Özbudun'un objektif sınırlarını hakkın kötüye kullanımını teşkil eden davranışlar oluşturur.¹⁰⁷³

Kanadoğlu/Duygun/Şahin, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklara yönelik çalışmalarında, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkın sınırlandırılması için öncelikle bu hakkın kapsamına giren bir davranış, menfaat, durum veya hukuki pozisyonun olması gerektiğini belirtir.¹⁰⁷⁴ Yazarlar, hakkın kapsamının yalnızca hakkın doğasından kaynaklanan tehditlerle değil aynı zamanda pozitif anayasal sınırlarla da sınırlı olduğunu belirlemiştir.¹⁰⁷⁵ Kanadoğlu/Duygun/Şahin, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırmasının anayasal normlarının çatışmasını şart koştuğunu ileri sürer.

Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 113, 119-120; Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 607; Tanör - Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 144; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar**, 8. Baskı, İstanbul, Legal, 2012, s. 256. Krş. Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 326-327.

¹⁰⁶⁵ Türk Anayasası Madde 12/2: "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

¹⁰⁶⁶ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 607; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 13.

¹⁰⁶⁷ Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 18 vd.

¹⁰⁶⁸ Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 54 vd.

¹⁰⁶⁹ Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **Anayasa Yargısı**, C. 19, Sayı 1, 2002, pp. 233-266, s. 255 vd.

¹⁰⁷⁰ İncoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 24.

¹⁰⁷¹ Tanör - Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 144.

¹⁰⁷² Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 256.

¹⁰⁷³ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 119-120. Benzer yönde bkz. Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 241-243.

¹⁰⁷⁴ Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 270-272.

¹⁰⁷⁵ Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 271-272.

Buna göre, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkı sınırlandıran anayasal değerin, sınırlama kaydı olmayan anayasal hak ile olan çatışması kaçınılmaz olmalıdır. Zira sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılması istisnaidir ve yalnızca anayasal değerlerle olan çatışması kaçınılmaz olduğu durumlarda bu sınırlandırma gerçekleşebilir.¹⁰⁷⁶ Pratik uyuşumun sağlanması için ölçülülük ilkesinin kullanılması gerektiğini belirten Kanadoğlu/Duygun/Şahin, anayasal normlar arasında gerçekleşen bu çatışmanın pratik uyuşum ile çözüleceğini kabul eder.¹⁰⁷⁷

Türk anayasa literatüründe, Sağlam'ın nesnel sınırlarını aşan yaklaşımlar da söz konusudur. Rumpf, Anayasa Madde 12'ye dayanarak, Alman Federal İdare Mahkemesi'nin savunduğu toplumsallık kaydının, 1982 Anayasası'nda benimsendiğini belirtir. Buna göre, toplumsallık unsuru anayasal haklar tarafından içerilmekte ve anayasal hakların tanımının bir parçasını oluşturmaktadır.¹⁰⁷⁸

Doktrinde Eren, Alman Federal İdare Mahkemesi'nin toplumsallık kaydına benzer bir şekilde¹⁰⁷⁹, kamu yararı ilkesini anayasal hakları sınırlandıran genel bir sınırlama ölçütü olarak belirler. Eren bu savını hukuk devleti ilkesine dayandırır. Buna göre, "hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama ve yürütme işlemlerinin "kamu yararına" dayanması genel kuraldır. Her hak için öngörülen sınırlama ölçütü/meşru amaç ise bu genel kuralın somutlaştırılmış halidir/özel görünümüdür. Bu sebeple, sınırlama kaydına tabi olmayan anayasal haklar bakımından herhangi bir özel sınırlama ölçütü olmadığından, genel kural olan kamu yararı bu hakları sınırlandırabilir.¹⁰⁸⁰ Nitekim Eren, bu görüşüne dayanak olarak, AYM'nin kanunların kamu yararını gözetme zorunluluğunu belirten kararlarını¹⁰⁸¹ örnek gösterir.¹⁰⁸² Ancak Eren'in bu görüşü yerinde değildir. Öncelikle AYM'nin burada kanunların kamu yararından ne anladığını ortaya koymak gerekir. Eren'in bizzat kendisinin atıf yaptığı kararda, kamu yararı, "bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar" olarak tanımlanmıştır. Nitekim AYM, bu tanımı daha sonradan "kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel

¹⁰⁷⁶ Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 272-273.

¹⁰⁷⁷ Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 273-274.

¹⁰⁷⁸ Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 125-126.

¹⁰⁷⁹ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.1.**

¹⁰⁸⁰ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 607-608.

¹⁰⁸¹ AYM, E.2013/66, K.2014/19, Karar Tarihi 29.01.2014; AYM, E.2018/73, K.2019/65, Karar Tarihi 24.07.2019, para. 38.

¹⁰⁸² Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 608-609.

çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz” kuralı ile geliştirmiştir.¹⁰⁸³ Dolayısıyla AYM’nin görüşünde kanunların kamu yararını gözetme zorunluluğu, kanunların özel çıkarlar veya belirli kişiler için çıkarılmaması gerekliliğini ifade eder. Daha açık bir şekilde belirtmek gerekirse, burada “kanunların genelliği”¹⁰⁸⁴ ilkesi söz konusudur. Dolayısıyla, Eren’in ileri sürdüğü kamu yararı doktrinin temeli sağlam değildir. Ayrıca toplumsallık kaydının sakıncaları genel kamu yararı kaydı için de geçerlidir. Diğer taraftan, anayasayı ihlal geleneğinin bulunduğu bir ülkede, iktidara bütün anayasal hakları sınırlamak için genel bir kamu yararı *bahanesi* verilmesi de yerinde değildir.

Eren, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması tahdidini benimsemiştir. Kötüye kullanmanın tespit edilebilmesi için kötüye kullanıldığı iddia edilen bir hakkın olması, bu hakkın kötüye kullanılmaya elverişli olması, hakkın hukuken korunan meşru bir amaç dışında kullanılması/gayri meşru amaç ile hareket edilmesi, açık ve yakın tehlike oluşturan etkinlik veya eylemin olması ve başkasının meşru menfaatini ihlal etmesi gerekir.¹⁰⁸⁵ Eren’in kötüye kullanmanın unsurlarına başkasının menfaatini eklemesiyle¹⁰⁸⁶ aslında Eren’in kötüye kullanma kaydı, zarar verme yasağına oldukça yaklaşır. Eren hakkın kötüye kullanılması teşkil eden davranışları ise hakkın kapsamından tahdit eder. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağında olağan sınırlama için geçerli olan güvenceler geçerli değildir. Hakkı kötüye kullanan kişi hakkın korumasını tetikleyemez.¹⁰⁸⁷

Kaboğlu, nesnel sınırların yanı sıra, anayasal hakları sınırlayan/tahdit eden üç kriter daha belirler. Kaboğlu’na göre, toplumsal yaşamda herkesin sahip olduğu özgürlük, “paylaşılmış” özgürlüktür. Özgürlüğün toplumun üyeleri arasında paylaşılması, zorunlu olarak, anayasal hak kullanımını sınırlar/tahdit eder. Herkesin anayasal haklardan yararlanabilmesi, diğer bir deyişle anayasal haklardan yararlanmada eşitlik ilkesinin söz konusu olması, kendiliğinden anayasal hakların kullanım alanını

¹⁰⁸³ AYM, E.2013/66, K.2014/19, Karar Tarihi 29.01.2014.

¹⁰⁸⁴ Kanunların genelliği ilkesi için bkz. Tolga Şirin, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 577 vd.; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 670 vd.; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2020, s. 892 vd.; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 205-208.

¹⁰⁸⁵ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 640 vd.; Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 24 vd.

¹⁰⁸⁶ Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 648.

¹⁰⁸⁷ Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s. 37-39.

daraltır.¹⁰⁸⁸ Bu kriterde Kaboğlu'nun toplumsallık kaydından insan imgesi argümanına yaklaştığı görülebilir. Kaboğlu'nun belirlediği diğer sınır, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bununla birlikte bu kötüye kullanma, mücadelecı demokrasiden daha geniş bir yaklaşımı benimser. Buna göre, her hakkın amacı dışında kullanımı hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Bu kötüye kullanma aynı zamanda, başkalarının hak ve özgürlüklerini yok etme yasağını da kapsamına alır.¹⁰⁸⁹ Bu geniş kötüye kullanma yasağının eleştirisi daha evvelden ele alındığından¹⁰⁹⁰, burada tekrar edilmeyecektir. Kaboğlu'nun nesnel sınırlar dışında benimsediği üçüncü ve son tahdit de kamu düzenidir. Buna göre, anayasal hakların kullanımı kamu düzenini bozamaz. Kaboğlu burada, özgürlük ile düzen arasında bir dengenin sağlanması gerekliliğini ileri sürer. Kamu düzeni "fazla ihmal edilerek, özgürlük alanı fazla geniş tutulursa, toplumun kargaşaya sürüklenme ... tehlikesi doğar." Kaboğlu kamu düzeninin içeriğini de belirler. Buna göre, "dirilik-düzenlik (dinginlik), güvenlik ve sağlık" kamu düzeninin içeriğini oluşturur. Burada kamu düzeni paylaşılmış olan özgürlüğün kullanımı için bir ön şartı oluşturur. "Kişilerin herhangi bir korku ve endişeye kapılmaksızın ... diledikleri gibi hareket edebilmeleri" için özgürlüğünün kullanımının, kamu dinginliğini bozmaması, güvenlik yönünden tehlike yaratmaması ve halkın sağlığını tehdit etmemesi gerekir.¹⁰⁹¹ Kamu düzenine ilişkin eleştirilere yukarıda yer verildiğinden¹⁰⁹², burada yinelenmeyecektir.

Kuzu, anayasal hakların içkin sınırı olarak özellikle Anayasa Madde 12'de belirtilen ödevlere büyük önem atfeder. Kuzu'ya göre, bireylere yüklenen ödevin anayasada pozitifleştirilmesine gerek yoktur. Zira her hakla doğal bir şekilde ödev ve sorumluluk da gelir.¹⁰⁹³ Madde 12'de kişilere yüklenen ödevin başkalarının hak ve hürriyetleri karşısında saygılı olmaya zorlayan ve kişiyi sınırlayan bir sübjektif sınırdır.¹⁰⁹⁴ Bunların yanı sıra, Kuzu, her anayasal hakkın, Anayasa'da belirtilmese de, her özgürlüğün mahiyetinden kaynaklanan ve dolayısıyla eşyanın doğasında mevcut objektif sınırları olduğunu belirtir.¹⁰⁹⁵ Bu bakımdan, Kuzu'nun da nesnel sınırlar doktrinini

¹⁰⁸⁸ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 256.

¹⁰⁸⁹ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 256.

¹⁰⁹⁰ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.4.**

¹⁰⁹¹ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 256-257.

¹⁰⁹² Bkz. **Bölüm 2.1.2.1.1.2.7.**

¹⁰⁹³ Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 217-218.

¹⁰⁹⁴ Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 224-225. Aynı yönde bkz. Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Gazi Üniversitesi Yayınları, 1986, s. 162.

¹⁰⁹⁵ Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 225.

savunduğu ileri sürebilir.

Zabunoğlu bir yandan zarar verme kaydını, diğer yandan nesnel sınırları benimsemiştir. Buna göre, bireyler haklarını kullanırken ahlaki olarak başkalarının haklarına saygı göstermek ve onların haklarını ihlal etmemekle yükümlüdür. Zabunoğlu bu zarar verme kaydını sınırlılık kavramı içerisinde ele aldığından, onun bu kaydı hakkın kapsamını daraltan bir tahdit olarak belirlediğini kabul etmek gerekir.¹⁰⁹⁶ Zabunoğlu ikinci olarak hak sahibinin bir anayasal hakkını hakkın doğasına aykırı bir biçimde kullanamayacağını belirtmiştir. Buna göre, her hakkın doğasından kaynaklanan nesnel sınırı vardır. Hakkın nesnel alanı içerisinde değerlendirilemeyecek davranışlar, hakkın kapsamında yer almaz. Bu bağlamda, Zabunoğlu hakkın doğasına aykırı kullanımları da hakkın kapsamından tahdit etmiştir.¹⁰⁹⁷

Gözler ise Sağlam'ın ve doktrinin sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakların sınırlanabilmesi için bulduğu çözümü benimsemez. Gözler, ileri sürülen nesnel sınırlar veya içkin sınırlar doktrinlerini, akıldan fedakârlık ve iç tutarlılığın kaybedilmesi olarak niteler.¹⁰⁹⁸ Gözler'e göre, 2001 değişiklikleriyle sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklar sınırlanamaz hale gelmiştir. Dolayısıyla Gözler'in düşüncesinde bu haklar artık mutlaklıktır.¹⁰⁹⁹ Gözler, hem içkin sınırlar doktrinini hem de nesnel sınırlar doktrinini eleştirir. İçkin sınırlama kategorileri, kötüye kullanılmaya oldukça elverişlidir. Özellikle Türkiye gibi otoriter eğilimlerin yüksek olduğu bir ülkede büyük tehlike arz eder. Gözler aynı zamanda *in dubio pro libertate* maksimine dayanarak, içkin sınırlar doktrininden olabildiğince uzak durulması gerekliliğini ileri sürer.¹¹⁰⁰ Nesnel sınırlar teorisi, içkin sınırlar teorisine göre hakları daha fazla koruyan bir teori olsa da, içkin sınırlar gibi bu da kötüye kullanılabilecek bir doktrindir. Diğer taraftan, oldukça sınırlı bir uygulama alanı vardır. Üçüncü olarak, anayasal hakların sınırları anayasada inhisi olarak belirlendiği için anayasa normlarından nesnel sınırlar çıkarılamaz. Son olarak norm ile olgu arasında köprü kuran Müller'in nesnel sınırları, Hume kanununa¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁶ Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, s. 173.

¹⁰⁹⁷ Zabunoğlu, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, s. 173-175.

¹⁰⁹⁸ Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 355.

¹⁰⁹⁹ Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002, pp. 326-354, s. 350; Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 350.

¹¹⁰⁰ Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 215.

¹¹⁰¹ David Hume, **A Treatise of Human Nature**, 11. Edition, Oxford, The Clarendon Press, 1960, s. 469-470.

aykırıdır ve bu sebeple hukuki pozitivizmle uyuşmaz.¹¹⁰² Ancak burada Gözler, norm metni/normun lafzı ile normun aynı şey olduğu (pozitivist) yanlışlığına¹¹⁰³ düşer. Fakat norm metni ile normun birbirine karıştırılmaması gerekir. Anayasal haklar için bir sınırlama klozu öngörülme bile, norm metninin tarihsel, amaçsal ve sistematik yorumu sınırlanabilir bir anayasal hak metni meydana getirebilir. Dolayısıyla Gözler'in bu pozitivist yanlışlığı kabul edilemez. Aynı zamanda, içkin veya nesnel sınırların kötüye kullanmaya elverişliliği eleştirileri bakımından ise anayasal hakların kapsamının yorumlanmasında, herhangi bir şekilde sınırlanmasında veya bir davranışın kötüye kullanım yasağı kapsamında anayasal hakların kapsamından dışlanmasında her zaman kötüye kullanım söz konusu olabilir. Burada önemli olan içkin sınırlama kategorilerinin belirli bir iskelete oturtulması ve hukuki güvenliğin/belirliliğin sağlanmasıdır. Bu sebeple kötüye kullanıma elverişlilik itirazları da yerinde değildir. Hume kanunu bakımından ise bu tezde halihazırda olan (*Sein*) ile olması gereken (*Sollen*) alanların birbirinden ayıramayacağı gösterilmiştir.

Bununla beraber, Gözler, hakkın kötüye kullanılması yasağını anayasal hakları tahdit eden bir unsur olarak belirler: "Hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını hukuk himaye etmez. Belirli bir hak ve hürriyetini kötüye kullanan kişi, hak ve hürriyetin sağladığı korumadan yararlanamaz."¹¹⁰⁴ Hakkın kötüye kullanımını teşkil eden davranışlar, hakkın kapsamından dışlanır. Bu sebeple, Gözler'in terminolojisiyle bu bir sınırlama değil, sınırlılıktır/tahdittir. Bu bakımdan, hakkın kötüye kullanımını teşkil eden davranışlar kanun ile yasaklansa da, bu kanun hakkın sınırlanması bakımından kurucu değil, açıklayıcıdır.¹¹⁰⁵ Gözler'e göre hakkın kötüye kullanılması, hakkın öngörülmediği amacın dışında kullanılmasını ifade eder.¹¹⁰⁶ Aynı şekilde, hakkın kötü niyetle kullanılması veya sırf başkasına zarar vermek için kullanılması hakkın kötüye kullanımını teşkil eder.¹¹⁰⁷ Bu bağlamda, Gözler, hakkın kötüye kullanılmasını dar tanımlamıştır. Gözler hakkın kötüye kullanılması yasağının pozitif bir temele ihtiyacı olmadığını dile getirir. Bu yasak, eşyanın tabiatından kaynaklanır. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağının anayasada düzenlenmesine gerek yoktur.¹¹⁰⁸ Mücadeleci

¹¹⁰² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 217-219.

¹¹⁰³ Friedrich Müller - Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, s. 260.

¹¹⁰⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 308.

¹¹⁰⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 312.

¹¹⁰⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 303.

¹¹⁰⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 306 vd., 310.

¹¹⁰⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 310.

demokrasi ise hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir türünü ifade eder. Gözler'e göre, hakkın kötüye kullanılması yasağının mücadeleci demokrasi kaydı ile sınırlanmaması gerekir.¹¹⁰⁹ Kötüye kullanma kaydı için yapılan eleştiriler yukarıda belirtildiğinden¹¹¹⁰, burada tekrar edilmeyecektir.

Buna ek olarak Gözler, Türk Anayasası Madde 12/2'de düzenlenen "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmünün de bir içkin sınırlama teşkil ettiğini belirtmiştir. Gözler'e göre, bütün anayasal haklar, anayasal yükümlülükler ile birlikte doğmaktadır.¹¹¹¹ Ancak Madde 12/2'de hak sahiplerine yüklenen anayasal yükümlülükler, genel bir içkin sınırlama kaydı oluşturmaz. Bununla birlikte, Madde 12/2, Türk Anayasası'nda benimsenen insan imgesi argümanına yönelik belirlemeye bir kaynak teşkil edebilir.¹¹¹²

Son olarak Sibel Yılmaz Coşkun'un, Stemmeler'in *neminem-laedere* gerekliliğini/zarar verme yasağını Türk anayasa hukuk doktrinine taşıdığı görülmektedir.¹¹¹³ Buna ilişkin değerlendirmeler yukarıda¹¹¹⁴ yapıldığından burada tekrar bir değerlendirme yapılmayacaktır.

3.3.2. İçkin Sınırlama Kategorilerinin Uygulanışı

Bu çalışmada belirlenmiş olan anayasal hakları kullanma ehliyeti (3.3.2.1.), *neminem-laedere* gerekliliği (3.3.2.2.), iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler (3.3.2.3.), kurumsal anayasal haklar (3.3.2.4.), mücadeleci demokrasi (3.3.2.5.) ve sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar (3.3.2.6.) içkin sınırlama kategorilerinin AYM'nin içtihatlarında ne ölçüde tebellür ettiğinin belirlenmesi gerekir.

3.3.2.1. Anayasal Hakları Kullanma Ehliyeti

AYM'nin bu zamana kadar verdiği kararlarda, başvuruçuların çocuk olduğu az vaka tespit edilmiştir. Çocuk başvuruçulara ilişkin tespit edilebilen ilk karar, 2017 tarihli *Furkan Omurtag*¹¹¹⁵ kararıdır. Başvurunun yapıldığı tarihte çocuk olan başvuruçu, kendisine cinsel istismarda bulunan kişiyle aynı cezaevine konulması nedeniyle

¹¹⁰⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 311-312.

¹¹¹⁰ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.4.**

¹¹¹¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 327-328.

¹¹¹² Bkz. **Bölüm 2.2.2.3.**

¹¹¹³ Sibel Yılmaz Coşkun, *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara, Adalet, 2023, s. 355, 382 vd.

¹¹¹⁴ Bkz. **Bölüm 2.1.2.2.11.**

¹¹¹⁵ *Furkan Omurtag Başvurusu*, Baş. No. 2014/18179, Karar Tarihi 25.10.2017.

kişinin maddi ve manevi varlığın korunması hakkının; tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak ve eş değer hâkimlikçe yapılması, tutukluluğun haksız ve orantısız olması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia eder.¹¹¹⁶ Bununla birlikte, AYM kabul edilebilirlik incelemesinde başvurucunun çocuk olması ile ilgili bir değerlendirme gerçekleştirmez ve kişi yönünden yetkisizlik sorunu görmez.¹¹¹⁷ Benzer bir vaka olan ve çocuk olan başvuru haklarında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlalinin ileri sürüldüğü *Z.N.Ç. ve F.İ.* başvurusunda¹¹¹⁸ da AYM'nin bu konuya ilişkin bir belirleme yapmadığı ve kişi yönünden yetkisizlik sorununu incelemeyeceği görülmektedir. Çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında yürütülen soruşturmanın etkili olmaması nedeniyle kötü muamele yasağının ihlalinin ileri sürüldüğü *C.D. ve Diğerleri* vakasında¹¹¹⁹ başvuru hakları, iki çocuk ve onların ebeveynidir. Ancak AYM bu vakada da çocukların anayasal hakları kullanma ehliyeti ile ilgili bir kriter ortaya koymamış ve kişi yönünden yetkisizlik sorunu görmemiştir.¹¹²⁰ Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan yapılan kovuşturmanın sarkıntılık suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sonuçlanması dolayısıyla kötü muamele yasağının ihlalinin ileri sürüldüğü *A.S.Y. v.* vakasında¹¹²¹ da bir değerlendirmeye rastlanmaz. Öğrencinin din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muafiyet imkânı bulunmaması nedeniyle ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dinî ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının incelendiği *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* kararında¹¹²², bu hususa ilişkin bir değerlendirme ve kişi yönünden yetkisizlik incelemesi görülememiştir.

Çocukların anayasal hakları kullanma ehliyetinin olup olmadığı konusunda AYM'nin bir belirlemeye en çok yaklaştığı vaka *Bahadır Üney ve Diğerleri*¹¹²³ vakasıdır. Bu vaka, çocuk ile velayet dışı ebeveyni arasında şahsi ilişkinin geç tesis edilmesi, yargılamanın sürüncemede bırakılması ve velayetin anneye verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Birinci başvuru babayken,

¹¹¹⁶ *Furkan Omurtag Başvurusu*, Baş. No. 2014/18179, Karar Tarihi 25.10.2017, para. 1, 9 vd.

¹¹¹⁷ Bkz. *Furkan Omurtag Başvurusu*, Baş. No. 2014/18179, Karar Tarihi 25.10.2017, para. 45 vd.

¹¹¹⁸ *Z.N.Ç. ve F.İ. Başvurusu*, Baş. No. 2021/307, Karar Tarihi 24.11.2021, para. 1, 9 vd.

¹¹¹⁹ *C.D. ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/989, Karar Tarihi 11.03.2021, para. 1, 7 vd.

¹¹²⁰ *C.D. ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/989, Karar Tarihi 11.03.2021, para. 27 vd.

¹¹²¹ *A.S.Y. Başvurusu*, Baş. No. 2015/4213, Karar Tarihi 15.11.2018, para. 1, 9 vd.

¹¹²² *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu*, Baş. No. 2014/15345, GK Karar Tarihi 07.04.2022, para. 1, 10 vd.

¹¹²³ *Bahadır Üney ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/4453, GK Karar Tarihi 10.03.2022.

ikinci ve üçüncü başvurucu babanın çocuklarıdır.¹¹²⁴ AYM bu vakada, çocukların boşanma davasına taraf olmamalarını, birinci başvurucunun çocukları olan diğer başvurucuların doğrudan bireysel başvuru yapmamalarını ve velayet dışı başvurucu babanın da çocukların bireysel başvuru yapmalarına engel durumları olduğuna dair bir açıklamasının olmamasını dikkate alarak, çocukların mağdur statüsünün olmadığına ve çocuklar yönünden kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹¹²⁵ Bu karardan da anlaşıldığı üzere, AYM çocuklar bakımından, başvuru yapmalarına engel herhangi bir durum olmadığı müddetçe, bireysel başvuru yapma ehliyetleri olduğunu ve reşit olan diğer kişiler gibi başvuru yapmaları gerektiğini kabul etmiştir. Nitekim AYM'nin bunu maddi ve manevi varlığın korunması hakkı veyahut kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının söz konusu olduğu bir vakada değil de, özel yaşamın korunması hakkı bakımından kabul etmesi ayrı bir anlam ifade eder. Zira bu tezde savunulan görüş çerçevesinde, maddi ve manevi varlığın korunması hakkında veyahut kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında çocuklar bakımından anayasal hakları kullanma ehliyetinin geçerli olabilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Doktrinde Şirin bu konuya temas etmiştir. Şirin, eserinin yazıldığı dönemde çocukların anayasal hakları kullanma ehliyeti bakımından bir başvuru olmaması ile birlikte, çocukların bizzat başvuru yapabileceğini ileri sürmüştür.¹¹²⁶ Kanadoğlu ise anayasal hakları kullanma ehliyetini kabul etmiştir. Ona göre, anayasal hakları kullanma ehliyeti idrak kabiliyeti ile ilgilidir ve bu idrak kabiliyetinin varlığı her somut olayda ve ilgili anayasal hak bağlamında belirlenmelidir.¹¹²⁷ Çocukların dahil olduğu kararlar ve *Bahadır Üney ve Diğerleri* kararı incelendiğinde, zımni olarak AYM'nin çocuklar bakımından anayasal hakları kullanma ehliyeti içkin sınırlama kategorisini benimsemediği anlaşılmaktadır.

Kısıtlıların ve özellikle zihinsel engellilerin başvurucu olduğu vakalarda, AYM, kişi yönünden yetkisizlik sorunu görmemiştir.¹¹²⁸ Yine doktrinde Şirin, AYM'nin bu

¹¹²⁴ *Bahadır Üney ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/4453, GK Karar Tarihi 10.03.2022, para. 1, 8 vd.

¹¹²⁵ *Bahadır Üney ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/4453, GK Karar Tarihi 10.03.2022, para. 37-38.

¹¹²⁶ Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 192 vd.; Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Avrupa Konseyi, 2019, s. 20.

¹¹²⁷ Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 66.

¹¹²⁸ Bkz. *A.B. ve B.B. Başvurusu*, Baş. No. 2015/7161, Karar Tarihi 31.10.2018; *Cevat Sargın ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2015/12766, Karar Tarihi 07.04.2021; *B.Y. ve Y.O.Y.*

konuda açık bir belirlemesi olmaması ile birlikte kısıtlıların bireysel başvuru yapabileceklerini kabul etmiştir.¹¹²⁹ AYM'nin kısıtlılar bakımından da anayasal hakları kullanma ehliyeti için sınırlama kategorisini benimsemediği anlaşılmaktadır. Ancak AYM'nin genel olarak anayasal hakları kullanma ehliyeti konusunda ileride içtihatlarında bir değişiklik yapabileceği şerhini düşmek gerekir. Zira bu kabuller, AYM'nin bu konuyu hiçbir belirleme yapmamasına ve dolayısıyla bu konuyu değerlendirmek zorunda kalmamasına dayanmaktadır.

3.3.2.2. Neminem-laedere Gerekliliği

Neminem-laedere/Zarar vermemeye gerekliliğinin tipikleştirilebildiği ve kristalleştirilebildiği iki konu olan mutlak haklar (3.3.2.2.1.) ve fiziksel şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları (3.3.2.2.2.) kısaca incelenecektir.

3.3.2.2.1. Mutlak Haklar

Mutlak haklara ilişkin değerlendirmeler daha evvelden ele alındığından¹¹³⁰, burada detaylı bir inceleme yapılmayacaktır. 1982 Anayasası Madde 17/3'te düzenlenen işkence yasağı¹¹³¹, Madde 18'de düzenlenen zorla çalıştırma yasağı¹¹³² ve düşünce ve kanaat hürriyeti¹¹³³ mutlak haklardır. Bu hakların kapsamına müdahale niteliği taşıyan veya kapsamında yer alan menfaatleri, hukuki pozisyonları veya durumları

Başvurusu, Baş. No. 2017/32942, Karar Tarihi 08.06.2021; *Burak Bitirak Başvurusu*, Baş. No. 2019/6672, Karar Tarihi 06.10.2021.

¹¹²⁹ Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)**, s. 198 vd.; Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, s. 23.

¹¹³⁰ Bkz. **Bölüm 1.1.1.3.**

¹¹³¹ Bkz. *Turan Günana Başvurusu*, Baş. No. 2013/3550, Karar Tarihi 19.11.2014, para. 33; *Abbas Demiroğlu Başvurusu*, Baş. No. 2018/31300, Karar Tarihi 07.04.2021, para. 27.

¹¹³² AİHS Madde 4/3'e benzer şekilde, 1982 Anayasası Madde 18/2'deki hakkın kapsamında yer almayan ve hakkın kapsamını tahdit eden somut sınırlama/tahdit klostlarıdır. Bkz. *Yasemin Balci Başvurusu*, Baş. No. 2014/8881, GK Karar Tarihi 25.07.2017, para. 70.

¹¹³³ "Anayasa bir düşünceye sahip olma ile bir düşünceyi ifade etme arasında ayrıma gitmiştir." Düşünceye sahip olma özgürlüğünü, ifade özgürlüğünden ayrı bir şekilde Madde 25'te düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de bu açıkça ifade edilmiştir. "Madde ile bu hürriyet, 'Düşünceyi açıklama' hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbiriyle bağlantılı ise de; nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır." (Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 66). AYM bireysel başvuruda bu zamana kadar düşünce ve kanaat hürriyetini hiç uygulamamıştır. Bkz. *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 59 vd.; *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 52 vd.; *Bejdar Ro Amed Başvurusu*, Baş. No. 2013/7363, Karar Tarihi 16.04.2015, para. 37 vd.; *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/9343, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 36 vd. Bununla birlikte, bu düşünce ve kanaat hürriyetinin AİHS Madde 10'da yer alması bakımından AYM'de düşünce ve kanaat hürriyetini ifade özgürlüğü (düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü) kapsamında değerlendirme eğilimi görülmektedir. Krş. *Abdullah Öcalan Başvurusu*, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014, para. 65.

olumsuz bir şekilde etkileyen her türlü davranış, pozisyon, durum ve menfaat, anayasal hakların kapsamından tahdit edilmiştir.

3.3.2.2.2. Şiddet Unsuru İçeren Bir Davranışı Yasaklayan Ceza Normları

Şiddet unsuru içeren bir davranışı yasaklayan ceza normunun anayasal olarak gerekliliğinin öngörülmesi, anayasaya aykırı olmayan veya anayasaya aykırı olmadığı kesin olan ya da tartışmasız olan ve şiddet unsuru içeren bir davranışı yasaklayan ceza normlarının anayasal haklar bakımından gösterdiği tahdidi ifade eder. AYM'nin bireysel başvurularda bu zamana kadar Madde 17/1'de düzenlenen yaşam hakkı¹¹³⁴ ve Madde 17/3'te düzenlenen işkence yasağı¹¹³⁵ için yasama organının "caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler" yapma yükümlülüğünü öngördüğü görülmektedir. Bununla birlikte, henüz caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğünden bir ihlal bulunmadığı tespit edilmiştir. Bunun belki de en önemli sebebi Türkiye'de yaşam hakkı veya işkence yasağının usuli boyutunda gerçekleşen ihlallerin büyük ölçüde etkili soruşturma yapma yükümlülüğünden kaynaklanmasıdır. Diğer bir deyişle caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler bakımından herhangi bir eksiklik olmaması ile birlikte bu yasaların etkililiğinde bir sorun söz konusudur.

3.3.2.3. İktidar/İdare ile Yakın İlişkide Olan Kişiler

İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişiler için sınırlama kategorisinin pozitif dayanakları, 1982 Anayasası'nda bulunmaktadır. Madde 33/6'da dernek kurma özgürlüğünün "Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel" olmadığı düzenlenmiştir. Madde 38/10'da idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı kuralına "Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar" getirilebileceği düzenlenmiştir. Madde 67/5'te, silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrencilerin ve taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı düzenlenmiştir. Madde 68/5'te, hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensuplarının, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki

¹¹³⁴ Bkz. *Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/16482, GK Karar Tarihi 17.01.2019, para. 75; *F.A. ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/1640, Karar Tarihi 11.03.2020, para. 59; *T.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/32972, GK Karar Tarihi 29.09.2021, para. 135; *Mısra Öz ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2019/17966, Karar Tarihi 03.05.2023, para. 30.

¹¹³⁵ *Ender Ergün Başvurusu*, Baş. No. 2016/1849, Karar Tarihi 19.11.2019, para. 58.

görevlilerin, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencilerinin siyasi partilere üye olamayacağı düzenlenmiştir. Madde 129'da, memurlara ve kamu görevlilerine Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyet gösterme yükümlülüğü yüklenmiştir.

Özel yaşamın korunması hakkı bakımından, AYM genel olarak anayasal hakkın kapsamını tahdit etmemekte ve fakat başvurucunun normatif argümanlarını zayıflatmaktadır.¹¹³⁶ AYM'nin içtihatlarında kamu görevlileri diğer başvurulardan belirli ölçüde ayrılmaktadır.¹¹³⁷

“Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında birtakım külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı birtakım sınırlamalara tabi olmayı gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır.”

AYM aynı zamanda, kamu personeline ilişkin rejimde kamu makamlarının kamu görevinin niteliği ve sınırlama amacına göre değişen geniş bir takdir alanının olduğunu kabul etmiştir.¹¹³⁸ Bu bağlamda, AYM'nin içtihatlarının bu tezde savunulan¹¹³⁹ iktidar/idare ile yakın ilişkide bulunan kişiler içkin sınırlama kategorisinin temel unsurlarını karşılamaktadır. Özellikle AYM'nin verdiği açıkça dayanaktan yoksunluk kararlarının aslında kişilerin yerine getirdiği kamu görevinin niteliği ile çatışan davranışlarına ilişkin olduğu kanaatindeyim. Zira “[b]aşvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, iddialarının salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça

¹¹³⁶ Sözgelimi bkz. *Hüseyin Kesici Başvurusu*, Baş. No. 2013/3440, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 44 vd.; *Z. A. Başvurusu*, Baş. No. 2013/2928, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 61 vd.; *M.O. Başvurusu*, Baş. No. 2016/11733, Karar Tarihi 15.01.2020, para. 34 vd. Ayrıca bkz. Özgün Yapağı, “Kamu Görevlilerinin Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 19 vd.

¹¹³⁷ Sözgelimi bkz. *İhsan Asutay Başvurusu*, Baş. No. 2012/606, Karar Tarihi 20.02.2014, para. 38; *M.I. Başvurusu*, Baş. No. 2012/1268, Karar Tarihi 30.12.2014, para. 26; *Hüseyin Kesici Başvurusu*, Baş. No. 2013/3440, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 64; *Z. K. Başvurusu*, Baş. No. 2015/1550, Karar Tarihi 26.12.2018, para. 22

¹¹³⁸ Bkz. *Hüseyin Kesici Başvurusu*, Baş. No. 2013/3440, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 63; *Ö. A. Başvurusu*, Baş. No. 2014/4868, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 57; *Z. A. Başvurusu*, Baş. No. 2013/2928, GK Karar Tarihi 18.10.2017, para. 67; *İ.B. Başvurusu*, Baş. No. 2015/5085, Karar Tarihi 11.10.2018, para. 27; *Z.A. Başvurusu*, Baş. No. 2015/6302, Karar Tarihi 12.09.2019, para. 51; *G.G. Başvurusu*, Baş. No. 2018/9416, Karar Tarihi 09.06.2021, para. 53.

¹¹³⁹ Bkz. **Bölüm 2.3.3.**

dayanaktan yoksun” kabul edilmektedir.¹¹⁴⁰ Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle verilen kabul edilemezlik kararlarının en büyük sorunu, anayasal hak dogmatikliği ile uyuşmamasıdır. Eğer bu vakalarda hakka bir müdahale kabul ediliyorsa, devletin bu müdahaleyi meşrulaştırma yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle verilen kabul edilemezlik kararlarında, Mahkeme genellikle müdahalenin meşrulaştırmasını aramamaktadır. Bu durumda, vakada hakka müdahale edilip edilmediği sorusu açık kalmaktadır.

Sözgelimi, *Mehmet Sabri Gül* başvurusunda¹¹⁴¹, Vergi Dairesi Müdürlüğü’nde gelir uzmanı, Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu’na bağlı Büro Emekçileri Sendikası üyesi ve anılan Sendikanın Diyarbakır Şube başkanı olan başvuru, birden fazla siyasi eyleme katılmış ve destek vermiştir. Başvurucu Diyarbakır Adliye binası önünde “*Abdullah Öcalan’a biz de sayın diyoruz, biz de bu suçu işliyoruz ve kendimizi ihbar ediyoruz*” konulu dilekçenin Cumhuriyet Başsavcılığına verileceğine dair yapılan basın açıklamasına katılmıştır. Başka bir tarihte, başvuru Demokratik Toplum Partisi’nin (DTP) Anayasa Mahkemesi’nde görülen kapatma davasına ait iddia-namede yer alan hususların temsili bir mahkeme kurularak halka sorulduğu ve akabinde basın açıklaması yapıldığı eylemlere katılmıştır. Sonraki bir tarihte, Abdullah Öcalan’a İmralı Ceza İnfaz Kurumunda uygulandığı iddia edilen fiziksel şiddet olayını protesto etmek amacıyla DTP Genel Başkanı Ahmet Türk tarafından bir basın açıklamasına başvuru katılarak destek vermiştir. Son olarak, başvuru basın açıklaması ile AKP il binasına siyah çelenk bırakma eylemine katılmıştır. Bu sebeplerle başvuru başka bir ile atanmıştır.¹¹⁴²

Başvurucu, eşi ve çocukları Diyarbakır’da yaşamaya devam ederken atamasının yapılmasının aile birliğini bozduğunu, atama işlemi nedeniyle ailesinden ve sosyal ortamından soyutlandığını, bunun derece mahkemelerince dikkate alınmadığını ileri sürmüştür.¹¹⁴³ Mahkeme öncelikle kişinin kendi iradesiyle kamu görevine girerek, bu statünün gerektirdiği külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayıldığını ve kamu hizmetinin niteliğiyle kişinin haklarının sınırlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca

¹¹⁴⁰ Bkz. *Kürşat Eyol Başvurusu*, Baş. No. 2012/665, Karar Tarihi 13.06.2013, para. 20; *Hikmet Balabanoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2012/1334, Karar Tarihi 17.09.2013, para. 24; *M.I. Başvurusu*, Baş. No. 2012/1268, Karar Tarihi 30.12.2014, para. 23; *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 30.

¹¹⁴¹ *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020.

¹¹⁴² *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 6 vd.

¹¹⁴³ *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 28.

idarenin atama işlemlerinde belirli bir takdir alanı bulunduğunu belirtmiştir.¹¹⁴⁴ AYM bu vakada her ne kadar kamu hizmetlerinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesi ile kamu görevlilerinin aile hayatına saygı hakları arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerektiğini belirtse de¹¹⁴⁵, herhangi bir dengelemeye veyahut ölçülülük/demokratik toplumda gereklilik testine başvurmamıştır. AYM'ye göre, başvuru, kendisine yüklenen külfetin bir kamu görevlisi olarak katlanması mümkün olmayan bir ağırlığa ulaştığını göstere-miştir. Başvuru, aile hayatına saygı hakkı ile bir kamu görevlisi olarak külfet ve sorumluluklara katlanma yükümlülüğü arasında *açık* bir dengesizlik yapıldığını ortaya koyamamıştır.¹¹⁴⁶ Dolayısıyla AYM, aile hayatına saygı hakkı bakımından, başvuru-nun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar ver-miştir.¹¹⁴⁷

İfade özgürlüğüne ilişkin kararlarda da, AYM'nin kamu görevlilerinin özel sta-tüsünü dikkate aldığı görülmektedir.¹¹⁴⁸

“Buna göre aynı zamanda birey olan devlet memurları çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanır. Başka bir deyişle görevine yansıtma, şiddete teşvik etme veya demokratik ilkele-rin reddi söz konusu olmadığı sürece ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi ifade özgürlüğünün korumasından yararlanır.

İfade özgürlüğü, devlet memurları söz konusu olduğunda, görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığını, kişisel tavırlar sergilenip ser-gilenmediğini ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığını tartışma ko-nusu yapmaktadır.

Devletin kamu hizmetinde çalışan memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi, ödev ve sorumluluklar yüklemesi memurların statüleri gereği meşru kabul edilebilir bir durumdur. Fakat devlet memurlarının da birer birey olduğu, siyasi görüş sahibi olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönle-re sahip olma haklarının bulunduğu şüpheden uzaktır.”

Metin Hoplar başvurusunda¹¹⁴⁹, kamu görevlisi olan başvuru, sosyal medya

¹¹⁴⁴ *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 29.

¹¹⁴⁵ *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 29.

¹¹⁴⁶ *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 31.

¹¹⁴⁷ *Mehmet Sabri Gül Başvurusu*, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020, para. 32.

¹¹⁴⁸ Bkz. *Hasan Güngör Başvurusu*, Baş. No. 2013/6152, Karar Tarihi 24.02.2016, para. 46, 48-49; *Ömer Yalçın Başvurusu*, Baş. No. 2017/30798, Karar Tarihi 29.09.2020, para. 25-27.

¹¹⁴⁹ *Metin Hoplar Başvurusu*, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021.

hesabından Cumhurbaşkanı'na karşı hakaret içerikli paylaşımlarda bulunması nedeniyle kınama disiplin cezası işlemine tabi tutulmuştur.¹¹⁵⁰ AYM öncelikle ifade özgürlüğü hakkına müdahale edildiğini tespit etmiştir.¹¹⁵¹ AYM kamu görevlilerinin gördükleri kamu hizmetlerinin niteliklerinin sınırlamaları da zorunlu kıldığını ifade etmiştir. Buna göre, kamu görevlileri, kamu görevlerinin kendilerine yüklediği yükümlülükleri doğrultusunda disiplin cezalarına hükmedilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır.¹¹⁵² Mahkeme, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ile ilgili vakalarında, görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığını, kişisel tavırlar sergilenip sergilenmediği ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığının incelendiğini belirtmiştir. Bu değerlendirmede, kamu makamlarının takdir alanı söz konusudur.¹¹⁵³ Mahkeme'nin bu vakada açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermesi, başvurusunun bir kamu görevlisi olarak hizmet ettiği devletin başkanına karşı son derece sert ve kaba ifadelerinin bağlamını başvurusunda belirtmemesine dayanmaktadır.¹¹⁵⁴ Öncelikle bu karar için belirtilmesi gereken husus, kararın çok kötü bir şekilde yazılmasıdır. Kararın hiçbir yerinde başvurusunun disiplin cezasına maruz kalan ifadeleri yer almamaktadır. Dolayısıyla dışarıdan, AYM'nin gerçekten bağlamı mı tespit edemediği yoksa ifadelerin oldukça sert mi olduğu tespit edilememektedir. Ancak karar mevcut haliyle incelendiğinde başvurusunun siyasi söylem sayılabilecek kaba ifadeleri dolayısıyla kınama cezası aldığı tespit edilmektedir. Hakka müdahalenin tespitinden sonra AYM'nin müdahalenin meşruluğunu incelemesi gerekmektedir. AYM'nin başvurusunun başvurusunu yeterince somutlaştıramadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermesi makul değildir. Dolayısıyla bu vakada AYM'nin ifade özgürlüğü hakkının kapsamını tahdit ettiğini kabul etmek gerekir.

Kolluk kuvvetleri gibi bazı kamu görevlilerinin sendikaya üye olamayacağı 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Madde 15'te düzenlenmiştir. Üyelik yasağı aslında yasağın muhatapları bakımından tahdidi ifade eder. Ancak kanunla anayasal hakkın kapsamını tahdit etmek, normlar hiyerarşisine/anayasanın üstünlüğü ilkesine uymadığı gibi, anayasal hak dogmatikliğine de uygun değildir. Dolayısıyla, bu yasağın anayasadan kaynaklanan bir gereklilik olması,

¹¹⁵⁰ *Metin Hoplar Başvurusu*, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021, para. 1, 5 vd.

¹¹⁵¹ *Metin Hoplar Başvurusu*, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021, para. 25.

¹¹⁵² *Metin Hoplar Başvurusu*, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021, para. 27.

¹¹⁵³ *Metin Hoplar Başvurusu*, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021, para. 29.

¹¹⁵⁴ *Metin Hoplar Başvurusu*, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021, para. 30-33.

diğer bir deyişle iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisinden kaynaklanan bir gereklilik olması, kanunun gerçekleştirdiği tahdidin kurucu/inşai değil, açıklayıcı olduğunu göstermektedir. Nitekim Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Madde 15'te belirtilen "TBMM idari teşkilatı" ibaresinin iptalinin incelendiği somut norm denetiminde, AYM, bu ibareyi iptal etmekle birlikte madde ile ilgili değerlendirmelerde de bulunmuştur. AYM, diğer kamu görevlilerini TBMM idari teşkilatında çalışan kamu görevlilerinden ayırırken, mesleğin katı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektirip gerektirmediği kriterine başvurmuştur. Buna göre, "katı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde çalışma düzeninin bozulması, kamu düzeninin de telafisi mümkün olmayacak şekilde bozulmasına" neden olabilmesi, bu tahdidi gerektirir.¹¹⁵⁵ Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Madde 15 uyarınca, aşağıdaki kamu görevlileri sendika hakkının korumasından faydalanamaz:

- Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatında, bağlı kurullarında ve Diyanet İşleri Başkanlığı, Savunma Sanayi Başkanlığı ile İletişim Başkanlığı hariç olmak üzere bağlı kuruluşlarında, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri;
- Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar;
- Bakanlar, bakan yardımcılar, bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcılar, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcılar;
- Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcılar;
- Mülkî idare amirleri;
- Silahlı Kuvvetler mensupları;
- Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları;
- Kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları;
- Emniyet hizmetleri sınıfı; Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri;

¹¹⁵⁵ AYM, E.2015/62, K.2015/84, Karar Tarihi 30.09.2015, para. 16. Benzer yönde bkz. AYM, E.2013/21, K.2013/57, Karar Tarihi 10.04.2013.

- Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler.

Bireysel başvuruda, kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin ilkeler büyük ölçüde *Ahmet Parmaksız* başvurusunda¹¹⁵⁶ belirtilmiştir. AYM öncelikle, kamu görevlilerin menfaatleri içerisinde yer alan özlük ve parasal hakları, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi gibi konulara dikkat çekilmesi ve kamuoyu oluşturulması amacıyla sendikaların aldıkları kararlar uyarınca iş bırakma eylemlerine katılan kişilere disiplin cezası verilmesini örgütlenme özgürlüğü hakkına bir müdahale olarak kabul ettiğini belirtmiştir.¹¹⁵⁷ AYM kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği eylemlerin bu menfaatler kapsamında olan bir faaliyet mi yoksa siyasi yönü ağır basan bir faaliyet mi olduğunu incelemektedir.¹¹⁵⁸ Diğer taraftan, devletin kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamak için kamu görevlilerinin haklı bir mazerete dayanmayacak şekilde görevlerine ara vermelerini engellemeye yönelik tedbirler ön-görebileceği kabul edilmiştir.¹¹⁵⁹ Bunun yanı sıra, AYM, kişinin kamu görevlisi olmasının, gördüğü kamu hizmetinin niteliklerine bağlı olarak anayasal hakların sınırlanmasını ve kişiye belirli yükümlülükler yüklenmesinin zorunluğunu tekrar dile getirmiştir. Bu bağlamda, kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak, kanunun izin verdiği ve öngördüğü koşullar dışında işi bırakması, bu yükümlülüklerle aykırılık teşkil eder.¹¹⁶⁰ Mahkeme ayrıca, sendika üyeleri olan kamu görevlilerinin mesleki menfaatleriyle doğrudan ilgili olmayan ve siyasi amaçlarla iş bırakma gibi eylemlerinde devletin/idarenin takdir marjının geniş olduğunu belirlemiştir.¹¹⁶¹

Güllü Alğan başvurusunda¹¹⁶², kamu görevlisi olan başvuru, bağlı olduğu sendikanın Gezi Parkı eylemi için çağrıda bulunması üzerine bir gün göreve gitmemiş

¹¹⁵⁶ *Ahmet Parmaksız Başvurusu*, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019.

¹¹⁵⁷ *Ahmet Parmaksız Başvurusu*, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 83.

¹¹⁵⁸ *Ahmet Parmaksız Başvurusu*, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 84.

¹¹⁵⁹ *Ahmet Parmaksız Başvurusu*, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 85.

¹¹⁶⁰ *Ahmet Parmaksız Başvurusu*, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 86-87.

¹¹⁶¹ *Ahmet Parmaksız Başvurusu*, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019, para. 88.

¹¹⁶² *Güllü Alğan Başvurusu*, Baş. No. 2016/6425, Karar Tarihi 24.10.2019.

ve bu sebeple kınama cezası almıştır.¹¹⁶³ AYM somut olayda, başvurusunun eyleminin ülke içi siyasetine ilişkin olduğunu ve bu sebeple eylemin konusunun sendikaların çekirdek faaliyet alanında kalmadığını belirlemiştir. Buna bağlı olarak AYM, kamu görevlilerinin kendi mesleki menfaatleri ile ilgili olmayan eylemlere katılmasının değerlendirilmesinde idarenin geniş bir takdir alanının bulunduğunu kabul etmiş ve bu gerekçelerle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹¹⁶⁴ Burada özellikle iş bırakma ve işe gitmeme şeklinde gerçekleşen eylemlerde kişilerin eylemlerinin mesleki menfaatlerinin dışındaki bir amaca yönelmesi, değerlendirmenin idarenin takdirine bırakılmasına yol açar.¹¹⁶⁵ Özellikle kamu görevlisinin siyasi bir eylem sebebiyle kamu görevini yerine getirmemesi, kamu hizmetlerinin temel amacı ile çelişki içerisinde olduğu şeklinde yorumlanabilir.

Mahkûmlar bakımından AYM, öncelikle bir hükmün hukuki sonucu olarak tutulan kişilerin kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının tahdit edildiğini kabul eder.¹¹⁶⁶ AYM, diğer kişilerden farklı bir şekilde, kişilerin cezaevi kurumunda tutulmalarının bir sonucu olarak, suçun önlenmesi ve disiplinin temini gibi cezaevinde güvenliğin sağlanması için anayasal hakların sınırlandırılabileceğini ifade eder.¹¹⁶⁷ Ayrıca, mahkûmlar hakkında uygulanan infaz rejimi ve mahkûmiyet sebepleri de mahkûmların anayasal haklarının sınırlandırılmasında bir etkidir.¹¹⁶⁸ Mahkûmların ayıksı durumu, mahkûmların haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının hakim kararı şartının istisnasını teşkil

¹¹⁶³ *Güllü Alğan Başvurusu*, Baş. No. 2016/6425, Karar Tarihi 24.10.2019, para. 1, 9 vd.

¹¹⁶⁴ *Güllü Alğan Başvurusu*, Baş. No. 2016/6425, Karar Tarihi 24.10.2019, para. 30-32.

¹¹⁶⁵ Benzer yönde bkz. *Mustafa Akıcıoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2018/2513, Karar Tarihi 11.05.2022; *Nasraddin Oral ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2017/32915, Karar Tarihi 11.01.2023; *Tülin Keçecioğlu Başvurusu*, Baş. No. 2016/601, Karar Tarihi 01.03.2023.

¹¹⁶⁶ *İbrahim Uysal Başvurusu*, Baş. No. 2014/1711, Karar Tarihi 23.07.2014, para. 29-33; *Turan Günana Başvurusu*, Baş. No. 2013/3550, Karar Tarihi 19.11.2014, para. 35; *Ahmet Temiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1822, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 66.

¹¹⁶⁷ *Turan Günana Başvurusu*, Baş. No. 2013/3550, Karar Tarihi 19.11.2014, para. 35; *Ahmet Temiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1822, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 66.

¹¹⁶⁸ *Ahmet Temiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1822, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 67.

eden Anayasa Madde 22/3'ün¹¹⁶⁹ kapsamına dahil edilerek¹¹⁷⁰ dikkate alınmıştır. Bununla birlikte, AYM'nin mahkûmların anayasal haklarını genel olarak tahdit etmediği ve fakat normatif argümanlarını zayıflattığı görülmüştür. Mahkûmların anayasal haklarında da, açıkça dayanaktan yoksunluk kararları önemli bir rol oynar.

Abdulhamit Babat başvurusunda¹¹⁷¹, ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvuru tarafından gönderilmek istenen mektuba el konulması incelenmiştir.¹¹⁷² Söz konusu mektupta, gerçekleştirdiği eylemde ölen ve bölücü terör örgütü mensubu olduğu anlaşılan kişi hakkında verilmek istenen ilan metni yer almaktadır. Mektupta aynı şekilde PKK terör örgütü faaliyetleri kapsamında yasa dışı eylemlerde yer alan “mücadele arkadaşları” ifadesine yer verilmekte ve eylemlerin söylemlerden daha etkili olduğu belirtilmektedir. Aynı mektupta, terör örgütünün amaçları doğrultusunda gerçekleştirilen ve adına ilan vermek istenilen kişinin ölümüyle sonuçlanan eylemler, özgürlük savaşı; ölüm de özgürlük yıldızına dönüşmek şeklinde betimlenmektedir.¹¹⁷³ Mahkûmların yukarıda belirtilen ayırksı durumunu da dikkate alan¹¹⁷⁴ AYM, mektubun üslubunu göz önüne alarak, mektupta şiddetin meşrulaştırılması ve teşvik edilmesinin söz konusu olduğunu ve bu mektupla terör örgütü mensuplarına motivasyon sağlama ve örgüt içi ilişkileri canlı tutma amacının bulunduğunu tespit etmiştir.¹¹⁷⁵ AYM bu müdahalenin orantısız olmadığını ve açık ve görünür bir ihlalin söz konusu olmadığı sebebiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirleyerek, kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹¹⁷⁶ Mahkeme burada her ne kadar müdahalenin

¹¹⁶⁹ Türk Anayasası Madde 22: “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

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

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

¹¹⁷⁰ *Ahmet Temiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1822, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 49.

¹¹⁷¹ *Abdulhamit Babat Başvurusu*, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017

¹¹⁷² *Abdulhamit Babat Başvurusu*, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017, para. 1, 8 vd.

¹¹⁷³ *Abdulhamit Babat Başvurusu*, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017, para. 29, 32-33.

¹¹⁷⁴ *Abdulhamit Babat Başvurusu*, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017, para. 31.

¹¹⁷⁵ *Abdulhamit Babat Başvurusu*, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017, para. 33.

¹¹⁷⁶ *Abdulhamit Babat Başvurusu*, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017, para. 34-36.

orantısız olmadığını ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığını dile getirirse de, burada bir dengeleme yapıldığından bahsedilemez. Burada, mektubun içeriğinin yanı sıra, başvuru hakkında uygulanan infaz rejimi ve mahkûmiyet sebeplerinin -karara yansımada- rol oynadığı kanaatindeyim. Dolayısıyla burada da açıkça dayanaktan yoksunluk görünümlü bir tahdidin mevcudiyetinin kabul edilmesi gerekir. Benzeri birçok vakada¹¹⁷⁷ da AYM'nin başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermesi, bunu desteklemektedir.

Mahkûmların ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarında da mahkûmların ayrıkçı durumu dikkate alınmıştır. AYM'ye göre, "hükümlü hakkında ceza infaz kurumunda düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından

¹¹⁷⁷ Bkz. *Veysel Kaplan Başvurusu* (3), Baş. No. 2013/2727, Karar Tarihi 09.03.2016; *Murat Türk Başvurusu* (3), Baş. No. 2014/19248, Karar Tarihi 05.04.2017; *Kamuran Reşit Bekir Başvurusu* (5), Baş. No. 2014/20000, Karar Tarihi 05.04.2017; *Önder Akbulut Başvurusu*, Baş. No. 2014/11237, Karar Tarihi 22.06.2017; *Cevdet Bayır Başvurusu* (2), Baş. No. 2014/11710, Karar Tarihi 22.11.2017; *Metin Yamalak Başvurusu* (3), Baş. No. 2015/7131, Karar Tarihi 18.04.2018; *Hasan Polat Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/18879, Karar Tarihi 23.05.2018; *Kamuran Reşit Bekir Başvurusu* (8), Baş. No. 2015/4503, Karar Tarihi 12.06.2018; *Muhittin Pirinçcioğlu Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/16260, Karar Tarihi 27.06.2018; *Mehmet Veysi Danış Başvurusu*, Baş. No. 2015/2103, Karar Tarihi 03.07.2018; *Kamuran Reşit Bekir Başvurusu* (9), Baş. No. 2015/4505, Karar Tarihi 03.07.2018; *Veysel Kaplan Başvurusu* (5), Baş. No. 2015/10703, Karar Tarihi 03.07.2018; *Kamuran Reşit Bekir Başvurusu* (10), Baş. No. 2015/13924, Karar Tarihi 03.07.2018; *H.K. Başvurusu*, Baş. No. 2015/16792, Karar Tarihi 03.07.2018; *Musa Şanak Başvurusu*, Baş. No. 2015/15698, Karar Tarihi 04.07.2018; *Veli Dikme Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/15884, Karar Tarihi 04.07.2018; *Veysel Kaplan Başvurusu* (6), Baş. No. 2015/2374, Karar Tarihi 12.09.2018; *Hayati Kaytan Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/17604, Karar Tarihi 19.09.2018; *Naif Bal Başvurusu*, Baş. No. 2015/17982, Karar Tarihi 20.09.2018; *Veysi Aktaş Başvurusu*, Baş. No. 2015/14244, Karar Tarihi 10.10.2018; *Veysel Kaplan Başvurusu* (7), Baş. No. 2015/6863, Karar Tarihi 11.10.2018; *Veysel Kaplan Başvurusu* (8), Baş. No. 2015/4804, Karar Tarihi 29.11.2018; *Musa Şanak Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/14846, Karar Tarihi 26.12.2018; *Hasan Şahingöz Başvurusu*, Baş. No. 2016/4878, Karar Tarihi 04.04.2019; *Dijvar Nesri İsmail Başvurusu*, Baş. No. 2016/14663, Karar Tarihi 18.04.2019; *Osman Evcan Başvurusu*, Baş. No. 2016/10176, Karar Tarihi 12.06.2019; *Nasrullah Kuran Başvurusu* (4), Baş. No. 2015/14245, Karar Tarihi 11.09.2019; *İsmet Özdemir Başvurusu*, Baş. No. 2015/18466, Karar Tarihi 12.09.2019; *Mehmet Çelebi Çalan Başvurusu* (6), Baş. No. 2016/14536, Karar Tarihi 10.12.2019; *Ahmet Karakurt Başvurusu*, Baş. No. 2017/4541, Karar Tarihi 11.12.2019; *Ahmet Mustafa Başvurusu*, Baş. No. 2017/21827, Karar Tarihi 15.01.2020; *Hayati Deniz Kaytan Başvurusu* (3), Baş. No. 2017/23360, Karar Tarihi 10.03.2020; *Ahmet Kağanarslan Başvurusu*, Baş. No. 2017/25093, Karar Tarihi 10.03.2020; *Mehmet Nuri Özen Başvurusu*, Baş. No. 2017/21128, Karar Tarihi 11.03.2020; *Hurşit Çetin Başvurusu* (2), Baş. No. 2017/30716, Karar Tarihi 11.03.2020; *Selahattin Demirtaş Başvurusu* (4), Baş. No. 2017/27359, Karar Tarihi 10.06.2020; *Ozan Alpkaya Başvurusu* (2), Baş. No. 2017/3892, Karar Tarihi 24.06.2020; *Abdurezzak Şimşek ve İhsan Kartal Başvurusu*, Baş. No. 2017/20875, Karar Tarihi 24.06.2020; *İsmail Arpacı Başvurusu* (3), Baş. No. 2017/30417, Karar Tarihi 13.01.2021; *Mehmet Kurt Başvurusu*, Baş. No. 2018/25907, Karar Tarihi 19.10.2021; *Abdolvahap Aydemir Başvurusu*, Baş. No. 2018/14793, Karar Tarihi 11.05.2022; *Ali Baz Kösmene Başvurusu*, Baş. No. 2018/27144, Karar Tarihi 26.05.2022; *Alpaslan Avcı Başvurusu*, Baş. No. 2019/12075, Karar Tarihi 19.10.2022; *Serkan Onur Yılmaz Başvurusu*, Baş. No. 2016/3512, Karar Tarihi 02.11.2022.

kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlal ettiğinde eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nda belirtilen disiplin cezaları uygulanacaktır.”¹¹⁷⁸ *Hurşit Çetin* başvurusunda¹¹⁷⁹, başvuru diğer 49 hükümlü/tutuklu ile birlikte Abdullah Öcalan'a uygulanın cezaevi koşullarını protesto etmek amacıyla görüşe çıkmayacağına dair dilekçe vermesi nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmıştır.¹¹⁸⁰ AYM, özellikle terör örgütü temelinde ceza infaz kurumunda hükümlülerin toplu şekilde hareket etmesi durumunda, ceza infaz kurumlarında düzenin ve güvenliğin sağlanması için başvuruçunun “3 ay süre ile haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama” ile cezalandırılmasının ölçüsüz olmadığını ve ihlalin olmadığını açık olması dolayısıyla başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹¹⁸¹ AYM her ne kadar bu kararda klasik sınırlama dogmatikini uygulasa da, AYM'nin temel incelemesi başvuruçunun davranışlarının 5275 sayılı Kanun Madde 42/2'nin (c) bendinde belirtilen tipikliğe¹¹⁸² uyup uymadığı hususunda yoğunlaşmıştır. Dolayısıyla AYM bu vakada bir dengelemeden ziyade bir altlama gerçekleştirmiştir. Nitekim başvuruçuların davranışlarının 5275 sayılı Kanun hükümlerine atlandığı benzer vakalarda¹¹⁸³ da AYM'nin başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması

¹¹⁷⁸ AYM, E.2013/6, K.2013/111, Karar Tarihi 10.10.2013; *Hurşit Çetin Başvurusu*, Baş. No. 2013/2610, Karar Tarihi 06.10.2015, para. 50.

¹¹⁷⁹ *Hurşit Çetin Başvurusu*, Baş. No. 2013/2610, Karar Tarihi 06.10.2015.

¹¹⁸⁰ *Hurşit Çetin Başvurusu*, Baş. No. 2013/2610, Karar Tarihi 06.10.2015, para. 1, 9 vd.

¹¹⁸¹ *Hurşit Çetin Başvurusu*, Baş. No. 2013/2610, Karar Tarihi 06.10.2015, para. 51-56.

¹¹⁸² 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Madde 42/2/c: “Herhangi bir şeyi protesto amacıyla veya idareye karşı toplu olarak sessiz direnişte bulunmak.”

¹¹⁸³ Bkz. *Mehmet Ayata Başvurusu*, Baş. No. 2013/2920, Karar Tarihi 07.07.2015; *Mehmet Reşit Arslan Başvurusu*, Baş. No. 2013/750, Karar Tarihi 15.12.2015; *Ergin Atabey Başvurusu*, Baş. No. 2013/8777, Karar Tarihi 16.12.2015; *Murat Karayel Başvurusu* (3), Baş. No. 2013/5444, Karar Tarihi 06.01.2016; *Murat Karayel Başvurusu* (5), Baş. No. 2013/6223, Karar Tarihi 07.01.2016; *Yusuf Çabuk Başvurusu*, Baş. No. 2013/8858, Karar Tarihi 23.03.2016; *Akif İpek Başvurusu* (2), Baş. No. 2013/9344, Karar Tarihi 30.03.2016; *Rıdvan Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2014/12574, Karar Tarihi 08.06.2016; *Hakan Olğun Başvurusu* (2), Baş. No. 2014/15588, Karar Tarihi 25.01.2018; *Diyyadin Akdemir Başvurusu*, Baş. No. 2015/9562, Karar Tarihi 04.04.2018; *Cihat Özdemir Başvurusu*, Baş. No. 2015/214, Karar Tarihi 09.05.2018; *Veli Dikme Başvurusu*, Baş. No. 2015/15932, Karar Tarihi 09.05.2018; *Şükrü Yıldız Başvurusu*, Baş. No. 2015/18720, Karar Tarihi 09.05.2018; *Abdulmenaf Osman Başvurusu*, Baş. No. 2015/5483, Karar Tarihi 10.05.2018; *Müjdat Gürbüz Başvurusu*, Baş. No. 2017/36529, Karar Tarihi 23.05.2018; *Seyfeddin Bahar Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/16797, Karar Tarihi 12.09.2018; *İbrahim Kaptan* (2), Baş. No. 2017/30723, Karar Tarihi 12.09.2018; *Murat Türk Başvurusu* (6), Baş. No. 2014/15514, Karar Tarihi 09.01.2019; *Ömer Haran Başvurusu*, Baş. No. 2017/33744, Karar Tarihi 01.07.2020; *İbrahim Tikan Başvurusu*, Baş. No. 2017/39417, Karar Tarihi 13.10.2020; *Bariş İnan Başvurusu* (2), Baş. No. 2018/38006, Karar Tarihi

sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermesi, burada bir tahdidin varlığına işaret eder.

Anayasa Madde 67’de düzenlenen seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı bakımından anayasada açıkça belirtilen tahdit ile ilgili olarak AYM, henüz bir değerlendirmede bulunmamıştır.¹¹⁸⁴ Bununla birlikte, norm metninin açık hükmü maddede belirlenen kişi gruplarının bu hakkın korumasından faydalanamayacağını gösterir. Anayasa Madde 68/5’te kamu görevlileri için düzenlenen siyasi partiye üye olma yasağını inceleyen AYM, bu maddede yalnızca kamu görevlilerinin siyasi partiye üye olmalarının yasaklandığını ve fakat bunun yaptırımının belirtilmediğini işaret ederek, bu sebeple yapılan memuriyetten çıkarma işlemine yönelik ihlal kararı vermiştir.¹¹⁸⁵ AYM bu vakada kişinin memur olmadan önce halihazırda siyasi parti üyesi olduğunu, başvurucunun barışçıl olmayan eylem ve söylemlerde bulunduğuna, anayasal düzene karşı bir duruş sergilediğine, demokratik toplum düzenine aykırı hareket ettiğine dair hiçbir iddianın söz konusu olmadığını ve başvurucuya siyasi parti üyeliğini sonlandırması hususunda iradi herhangi bir seçenek sunulmadığını dikkate alarak bu sonuca ulaşmıştır.¹¹⁸⁶

Genel olarak bakıldığında, öncelikle anayasada ve kanunlarda geniş kapsamlı bir tahdidin yapılmış olmasının AYM’nin iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisini geliştirmekten alıkoyduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte, AYM’nin şekli olarak kararların esasına girmeden bir esas incelemesi yaptığı açıkça dayanaktan yoksunluk kararlarına başvurması yerinde değildir. Bu kararlarda, çoğunlukla görünüşte bir dengeleme yapıldığı gözükse de aslında bir dengelemeden bahsedilemez. Bu durum, bir yandan yargısal argümantasyonun gelişmesinde bir engel oluştururken, diğer yandan ölçülülük ilkesinin devlete anayasal haklar bakımından getirdiği kısıtlamayı da silikleştirmekte ve anayasal hakların getirdiği korumayı zayıflatmaktadır. Bu bakımdan, iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisinin benimsenmesi, ön-görülebilirlik ve belirlilik bakımından daha yerinde olacaktır.

3.3.2.4. Kurumsal Anayasal Haklar

FAYM’ın aksine, AYM’nin bireysel başvurularda kurumsal anayasal hakka

17.11.2021.

¹¹⁸⁴ AYM, *Ferhat Fışkın ve Mehmet Ali Altıntaş* başvurusunda bu hususu değerlendirmemiştir. Bu başvuruyu ise başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez bulmuştur. Bkz. *Ferhat Fışkın ve Mehmet Ali Altıntaş Başvurusu*, Baş. No. 2018/22664, Karar Tarihi 12.04.2023.

¹¹⁸⁵ *Ali Kuş Başvurusu*, Baş. No. 2017/27822, GK Karar Tarihi 10.02.2022, para. 32, 48 vd.

¹¹⁸⁶ *Ali Kuş Başvurusu*, Baş. No. 2017/27822, GK Karar Tarihi 10.02.2022, para. 48.

ilişkin doktrini benimsemesi söz konusu olmamıştır. Nitekim Türk anayasa hukuk doktrininde de kurumsal anayasal haklara ilişkin pek bir ifadeye rastlanmamaktadır.¹¹⁸⁷ Zira 1982 Anayasası'nda münferit olarak düzenlenen kurumsal hak sayısı oldukça azdır. Alman Anayasası'nda evliliğin ve ailenin korunması hakkı münferit olarak düzenlenmektedir. Ancak Türk Anayasası'nda aile hayatı ve evlilik büyük ölçüde Anayasa Madde 20'de düzenlenen özel yaşam çerçevesinde ele alınmıştır. AYM'nin büyük ölçüde AİHM'i izlediği düşünüldüğünde, bu kurumsal güvenceler genel bir özel yaşamın korunması hakkı içerisinde erimekte ve negatif statü haklarının dogmatikğine tabi olmaktadır. Yine de, burada örgütlenme özgürlüğü hakkı (3.3.2.4.1.) ile mülkiyet hakkı (3.3.2.4.2.) bakımından bir inceleme yapılması gerekir.

3.3.2.4.1. Madde 33: Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı

Örgütlenme özgürlüğü hakkı, Anayasa'da Madde 33'te düzenlenen dernek kurma hürriyetini, Madde 51'de düzenlenen sendika kurma hakkını, Madde 53'te düzenlenen toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkını, Madde 54'te düzenlenen grev ve lokavt hakkını ve Madde 68'de düzenlenen siyasi parti kurma, partilere üye olma ve partilerden ayrılma hakkını kapsar.¹¹⁸⁸ Örgütlenme özgürlüğü, kişilerin örgüt kurma, örgüte üye olma, örgütün etkinliklerine katılma ve mensuplarının menfaatlerini korumak üzere faaliyetlere katılma gibi hakları içerir.¹¹⁸⁹

Örgütlenme özgürlüğünün kurumsal yapısına ilişkin nüvelere bireysel başvuru kararlarında değil, norm denetimi kararlarında rastlanmaktadır. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen derneklerin defter tutma yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğü yerine getirilmemesinin dernek yöneticileri için yaptırımı olan 3 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezasının Anayasa Madde 33'e uygunluğu somut norm denetimi dolayısıyla AYM önüne gelmiştir.¹¹⁹⁰ Mahkeme burada derneklerde ortaya çıkabilecek suiistimalleri önleme ve derneklerle ilgili denetimin daha sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlama amacını meşru amaç olarak kabul etmiş¹¹⁹¹

¹¹⁸⁷ Burada Sağlam'ın eserindeki Häberle'nin kurumsal yaklaşımına ilişkin eleştirel tutumu istisna tutulabilir. Bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 36-38.

¹¹⁸⁸ *Hüseyin Demirdizen Başvurusu*, Baş. No. 2014/11286, Baş. No. 2014/11286, Karar Tarihi 21.09.2016, para. 34; Karan, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, s. 3-4.

¹¹⁸⁹ Bkz. *Kristal-İş Sendikası Başvurusu*, Baş. No. 2014/12166, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 53-57; *Hüseyin Ercan Başvurusu*, Baş. No. 2018/11352, Karar Tarihi 08.09.2021, para. 33; *Ali Kuş Başvurusu*, Baş. No. 2017/27822, GK Karar Tarihi 10.02.2022, para. 30; *Mehmet Selim Erdal Başvurusu*, Baş. No. 2019/11893, Karar Tarihi 02.03.2022, para. 35.

¹¹⁹⁰ AYM, E.2015/20, K.2015/64, Karar Tarihi 01.07.2015.

¹¹⁹¹ AYM, E.2015/20, K.2015/64, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 16.

ve cezanın yalnızca yönetim kurulu başkanı için öngörülmüş olmasını, kanunda seçimlik bir ceza yaptırımını öngörülmesini, itiraz konusu kuralda öngörülen hapis cezası için belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırının soruşturma giderleriyle birlikte Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödenmesi halinde kamu davası açılmamasını dikkate alarak müdahalenin ölçüsüz olmadığına ve hakkın özünü zedelediğine karar vermiştir.¹¹⁹² AYM'nin bu kararda "işletme hesabı veya bilânço esasında söz konusu defterlerin tutulması derneğin kendisi için de faaliyetlerinin ve gelir giderlerinin takibi açısından gereklilik arz eden bir durum" olduğunu belirtmesi¹¹⁹³, bu kurumsal nüvenin ilk göstergesidir. Ancak esas olarak inceleme-sinde, ölçülülük ilkesinden ziyade hakkın özü kriterini ön plana çıkarması dernek özgürlüğünün kurumsal yapısına daha çok işaret eder. Zira Mahkeme ölçülülük ilkesini alt ilkeleriyle birlikte uygulamamış ve incelenen kuralın özgürlükten yararlanmayı önemli ölçüde zorlaştıracak veyahut hakkı anlamsız kılacak nitelikte olmadığına vurgu yapmıştır.¹¹⁹⁴

Soyut norm denetimine konu olan bir davada, AYM, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na eklenen "Yeni vakıflar, vakıf senetlerinde yazılı amaçlarını gerçekleştirmek üzere Genel Müdürlüğe beyanda bulunmak şartıyla şube ve temsilcilik açabilirler. Beyannamenin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." hükmünün diğer maddelerin yanı sıra Anayasa Madde 33'e aykırı olup olmadığını incelemiştir. Dava dilekçesinde, vakfiye ya da vakıf senetlerini devlet organları dahil kimsenin değiştiremeyeceği, iptali istenen kuralın ise vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçiminde şube ve temsilcilik açılması suretiyle değişiklik yapılmasının Anayasa Madde 33'e aykırı olduğu iddia edilmiştir. AYM, iptali istenen kurala, vakıf kurma özgürlüğüne herhangi bir sınırlama, engelleme ya da müdahalede bulunulmadığını, aksine bu özgürlüğün genişletilmesine olanak tanıdığını belirterek herhangi bir ölçülülük veya öz denetimi yapmamıştır.¹¹⁹⁵ AYM, burada zımni bir şekilde sınırlama ile düzenleme arasında ayırım yapmış ve mevcut kanun hükmünü bir sınırlama değil, düzenleme olarak kabul ederek hakkın kapsamını geliştirdiğini kabul etmiştir.

Somut norm denetimi yapılan bir diğer davada ise AYM, 4721 sayılı Türk

¹¹⁹² AYM, E.2015/20, K.2015/64, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 15, 17.

¹¹⁹³ AYM, E.2015/20, K.2015/64, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 16.

¹¹⁹⁴ AYM, E.2015/20, K.2015/64, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 17.

¹¹⁹⁵ AYM, E.2008/22, K.2010/82, Karar Tarihi 17.06.2010.

Medenî Kanunu Madde 101’de yasaklanan vakıf üyeliğinin Anayasa Madde 33’e uygun olup olmadığını incelemiştir. AYM, öncelikle vakıflara üye olmanın Madde 33 kapsamında olduğunu belirlemiştir. AYM burada, incelemesini demokratik toplumda gereklilik veyahut ölçülülük ilkesi üzerinden yapmamış, yalnızca bu sınırlamanın hakkın özüne müdahale edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme, vakfa üye olma özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırdığı için Türk Medenî Kanunu Madde 101/3’ün Anayasa Madde 33’e aykırı olduğunu ve bu sebeple iptaline karar vermiştir.¹¹⁹⁶

Soyut norm denetimi yoluyla AYM’nin önüne gelen davada, AYM, sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyette bulunmasını düzenleyen kanun hükmünü, Anayasa Madde 51’e uygun olup olmadığını denetlemiştir.¹¹⁹⁷ AYM, kanunla gerçekleştirilen bu sınırlamanın soyut bir şekilde hakkın kapsamına girdiğini belirledikten sonra¹¹⁹⁸, Anayasa Madde 13’te belirtilen sınırlamanın sınırlarını lafzi olarak belirtmiştir.¹¹⁹⁹ Bununla birlikte, AYM’nin kanunilik dışında bir ölçütü kullanmadığı görülmektedir.¹²⁰⁰ AYM, yasama organının Anayasa’da yer alan sendikal hakların sınırlandırılması kurallarına bağlı kalmak şartıyla, sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerini belirleme hususunda takdir alanına sahip olduğunu dile getirmiştir.¹²⁰¹ Mahkeme, incelemesinde haklar mücadelesinde etkili olabilme ve sonuç alabilmenin ancak güçlü bir sendika ile mümkün olabileceği, bunun ise işkolu sendikacılığı ile mümkün olduğunu belirtmiştir.¹²⁰² AYM, ilgili kanun hükmünün daha güçlü sendikacılığı temin etmek için çıkarıldığını, mevcut sistem içerisinde güçlü yapılar haline gelen sendikaların işkolu esasına göre faaliyette bulunan sendikalar olduğunu ve diğer sendikal örgütlenme biçimlerinin açıkça yasaklanmadığını dikkate alarak hakkın özünün zedelenmediğine ve müdahalenin ölçüsüz olmadığına karar vermiştir.¹²⁰³ AYM’nin bu incelemede, bir ölçülülük veyahut öz incelemesi yapmadığı açıktır. Nitekim Mahkeme’nin özellikle kanun hükmünün sendika hakkının kullanımına zarar vermediği, bilakis daha güçlü sendika yapıları oluşturularak sendika hakkının geliştirildiğine vurgusu kararda görülmektedir. Ayrıca sendika kurma hakkının kullanılmasında

¹¹⁹⁶ AYM, E.2005/14, K.2008/92, Karar Tarihi 17.04.2008.

¹¹⁹⁷ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014.

¹¹⁹⁸ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 24.

¹¹⁹⁹ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 26-32.

¹²⁰⁰ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 33 vd.

¹²⁰¹ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 34.

¹²⁰² AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 36.

¹²⁰³ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 37.

uygulanacak şekil, şart ve usullerini belirlemesinde de yasama organına takdir alanı verilmesi dikkate alındığında, burada anayasal hakların kurumsal yapısının bilinçli veya bilinçsiz olarak karara yansıdığını kabul etmek gerekir. Yine aynı kararda AYM, kanunda federasyon örgütlenmesi yerine konfederasyon örgütlenme modelinin tercih edilmesinin Anayasa Madde 51'e aykırı olup olmadığını incelemiştir. Yasaklandığı ileri sürülen federasyonlar, bölgesel ya da ulusal düzeyde aynı meslekte ya da aynı işyerinde faaliyet gösteren sendikaların bir araya gelmesiyle kurulan üst örgütlerken, konfederasyonlar, ise değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları ifade eder.¹²⁰⁴ AYM aynı şekilde, yasama organının takdir alanının olduğunu¹²⁰⁵, mevcut düzenlemenin daha etkili bir sendikacılığı sağladığını ve federasyonların açıkça yasaklanmadığını dikkate alarak, düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur.¹²⁰⁶ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda yer alan diğer düzenlemelerin neredeyse hepsi bakımından benzer değerlendirmeler ile kanun hükümlerini Anayasa'ya uygun bulmuştur.¹²⁰⁷

AYM'nin içtihatları her ne kadar bir kurumsal hak teorisi geliştirmeye yeterli olmasa da, kurumsal anayasal hakların temel nüvelerinin bu içtihatlarda tebellür ettiği görülmektedir.

3.3.2.4.2. Madde 35: Mülkiyet Hakkı

Anayasa Madde 35'te düzenlenen mülkiyet hakkı, "ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır."¹²⁰⁸ Menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir.¹²⁰⁹ Kişinin mülkiyet hakkını tetikleyebilmesi için mülkün halihazırda kişinin

¹²⁰⁴ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 45, 47.

¹²⁰⁵ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 50.

¹²⁰⁶ AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 51.

¹²⁰⁷ Bkz. AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 71-72, 85-86. Bununla birlikte, 6356 sayılı Kanun Madde 25 bakımından yapılan denetimde AYM, ölçülülük ve öz denetimi yaparak maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 77 vd. Mahkeme, 6356 sayılı Kanun Madde 60'ta düzenlenen "lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir" hükmünü de Anayasa Madde 54'te düzenlenen grev ve lokavt hakkına aykırı bulmuştur. Bkz. AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 183 vd. Bankacılık ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde getirilen grev ve lokavt yasağı da Anayasa Madde 54'e aykırı bulunmuştur. Bkz. AYM, E.2013/1, K.2014/161, Karar Tarihi 22.10.2014, para. 231 vd.

¹²⁰⁸ AYM, E.2015/39, K.2015/62, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 20; *Abdullah Tantaş ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/2739, GK Karar Tarihi 15.12.2021, para. 43

¹²⁰⁹ *Ferda Yeşiltepe Başvurusu*, Baş. No. 2014/7621, GK Karar Tarihi 25.07.2017, para. 45; *Süleyman Başmeydan Başvurusu*, Baş. No. 2015/6164, GK Karar Tarihi 20.06.2019, para. 45;

malvarlığında bulunması veyahut bu mülkü elde etmeye yönelik meşru bir beklentinin olması gerekir.¹²¹⁰ “Meşru beklenti, makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir.”¹²¹¹ Mülkiyet hakkı özel hukukta ve yahut idare hukukunda belirlenen mülkiyet kavramı ile sınırlı değildir.¹²¹² Bu bağlamda, emekli ikramiyesi¹²¹³, işyeri tahsis¹²¹⁴, ortaklık payı¹²¹⁵ ve kullanım hakkı¹²¹⁶ gibi malvarlığı hakları mülkiyet hakkının kapsamında¹²¹⁷.

AYM, AİHM’i takip ederek, mülkiyet hakkı için üç kural/müdahale tipolojisini benimsemiştir. Buna göre, birinci kural mülkten barışçıl yararlanma; ikinci kural mülkten yoksun bırakma ve üçüncü kural mülkiyete kontrol tipi düzenlemedir.¹²¹⁸ Burada mülkiyet hakkının kurumsal niteliğini en çok ilgilendiren kontrol tipi müdahalelerdir. AİHM’e koşut bir şekilde, AYM açık bir şekilde, mülkiyetten yoksun bırakmaya nazaran kontrol tipi müdahalelerde devletin daha geniş takdir alanı olduğunu belirlemiştir.¹²¹⁹

Samandağ Vakıflı Köyü Ermeni Ortodoks Kilisesi Vakfı Başvurusu, Baş. No. 2018/9214, GK Karar Tarihi 27.10.2022, para 76; *Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı Başvurusu*, Baş. No. 2018/25252, GK Karar Tarihi 27.10.2022, para. 56.

¹²¹⁰ AYM, E.2015/39, K.2015/62, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 20-21.

¹²¹¹ AYM, E.2015/39, K.2015/62, Karar Tarihi 01.07.2015, para. 21.

¹²¹² *Cemile Ünlü Başvurusu*, Baş. No. 2013/382, Karar Tarihi 16.04.2013, para. 25; *Yunis Ağlar Başvurusu*, Baş. No. 2013/1239, Karar Tarihi 20.03.2014, para. 21; *Osman Bayrak Başvurusu*, Baş. No. 2013/3803, Karar Tarihi 25.02.2015, para. 49.

¹²¹³ *Hüseyin Remzi Polge Başvurusu*, Baş. No. 2013/2166, Karar Tarihi 25.06.2015, para. 31.

¹²¹⁴ *İsmail Akçayoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/1950, Karar Tarihi 13.09.2017, para. 31.

¹²¹⁵ *Hamdi Akın İpek Başvurusu*, Baş. No. 2015/17763, Karar Tarihi 24.05.2018, para. 82.

¹²¹⁶ *Hanife Ensaroğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/14195, Karar Tarihi 20.09.2017, para. 48-49.

¹²¹⁷ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 33 vd.

¹²¹⁸ *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*, Baş. No. 2014/1546, Karar Tarihi 02.02.2017, para. 55-58. Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 100 vd.

¹²¹⁹ *Orhan Yüksel Başvurusu*, Baş. No. 2013/604, GK Karar Tarihi 10.12.2015, para. 57; *Hafize Şükran İçten ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/5018, Karar Tarihi 23.03.2016, para. 81; *Nagihan Beken Başvurusu*, Baş. No. 2014/9998, Karar Tarihi 12.07.2016, para. 43; *Mahmut Üçüncü Başvurusu*, Baş. No. 2014/1017, Karar Tarihi 13.07.2016, para. 70; *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/5167, Karar Tarihi 28.09.2016, para. 63; *Ahmet Bölge Başvurusu*, Baş. No. 2014/13133, Karar Tarihi 28.09.2016, para. 59; *Eyyüp Baran Başvurusu*, Baş. No. 2014/8060, Karar Tarihi 29.09.2016, para. 67; *Özgür Güleç Başvurusu*, Baş. No. 2014/11503, Karar Tarihi 01.02.2017, para. 49; *Arif Güven Başvurusu*, Baş. No. 2014/13966, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 49; *Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2014/13677, Karar Tarihi 20.09.2017, para. 57; *Üças Gıda Pazarlama ve*

AYM her ne kadar yasama organının kontrol tipi müdahalelerde geniş bir takdir alanının olduğunu belirtse de, belirli ölçüde ölçülülük incelemesinin dışına çıkmamaktadır. AYM kontrol tipi müdahalelerde, özellikle vergisel müdahalelerde, ölçülülük/orantılılık ilkesini büyük ölçüde usuli güvencelerin mevcudiyetine ve başvurucuya aşırı külfet yüklenmemesine bağlı olarak inceler.¹²²⁰

“Öngörülen tedbirin, maliki, ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez...Mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahaleye ilişkin hukuka aykırılık iddialarının öne sürülebileceği idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların var olup olmadığı ve bu mekanizmaların keyfiliğe karşı güvenceler içerecek araçlarla donatılıp donatılmadığı hususu, müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulacak bir unsurdur. Bu bağlamda bu tür mekanizmanın hiç oluşturulmaması veya keyfiliği önleyecek nitelikte olmaması durumunda müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca bu çerçevede oluşturulan idari veya yargısal mekanizmalar kapsamında uygulanan hukuk kurallarının belirsiz olması ya da öngörülebilirlik kriterini taşıyamaması durumunda da ölçülülük ilkesinin zedelenmesi söz konusu olabilir.”

AYM, kontrol tipi vakalarda daha çok usuli güvencelerin varlığına odaklanmakta ve zayıf bir ölçülülük incelemesi gerçekleştirmektedir.¹²²¹ Ancak bu ölçülülük incelemesi zayıf olsa dahi, AYM içtihatlarının bu çalışmada savunulan kurumsal anayasal hak yapısının destekleyecek nitelikte olmadığı açıktır. Bu bağlamda, AİHM’in yaklaşımına koşut bir şekilde AYM’nin de özellikle kontrol tipi müdahaleler için mülkiyet hakkının kurumsal yapısını kabul etmediği görülmektedir.

3.3.2.5. Mücadeleci Demokrasi Kaydı

Mücadeleci demokrasi anlayışının Türk Anayasası’ndaki temel dayanağı Anayasa Madde 14’te düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağıdır:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle

Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2014/16633, Karar Tarihi 06.12.2017, para. 52. Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 101.

¹²²⁰ Bkz. *A. N. A. Başvurusu*, Baş. No. 2014/109, Karar Tarihi 20.09.2017, para. 79-80; *Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu*, Baş. No. 2017/36736, Karar Tarihi 19.09.2018, para. 69-71. Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 160 vd.

¹²²¹ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı** (2018), s. 109. Gerçekten sözgelimi son dönem norm denetimi kararlarından olan ek motorlu taşıtlar vergisinin mülkiyet hakkına uygun olup olmadığının incelendiği kararda AYM ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini açık bir şekilde uygulamıştır. Bkz. *AYM, E.2023/131, K.2023/160*, Karar Tarihi 28.09.2023, para. 21 vd.

bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. 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. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Bu madde, AİHS Madde 17 ve Alman Anayasası Madde 18’e nazaran daha kapsamlı, açık ve kesin bir maddedir. AİHS Madde 17’de, Sözleşme’deki hiçbir maddenin Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayacak şekilde yorumlanamayacağı belirtilirken, Alman Anayasası Madde 18’de belirli hakların özgür demokratik temel düzene karşı olacak şekilde kötüye kullanımının ayrı bir usul ile etkisizleştirilmesi öngörülmektedir. Anayasa Madde 14/1 öncelikle, anayasal hakların devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayacak şekilde kullanılamayacağını düzenler. Dolayısıyla burada, belirli saiklerle anayasal hak kullanımı yasaklanmaktadır. Nitekim madde metnin ilk hali bakımından Danışma Meclisi’nin gerekçesinde şu husus belirtilmiştir:¹²²²

“Her ne kadar, önceki maddede [Madde 13’te] yer alan genel ve özel nedenlerle gerçekleştirilen sınırlamalar, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını önleyebilir ise de; bazı hallerde kanun hükümlerine uygun olarak kullanılan bir hürriyetin esasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kasıtın da fıkra da belirtilen yasak amaçlara yönelik bulunması her zaman mümkündür.”

Buna dayanılarak, Madde 14’te belirtilen hakkın kötüye kullanılması yasağının, Madde 13’te düzenlenen sınırlama dogmatiğinden ayrı bir sınırlama türü olduğu kabul edilebilir.

Anayasa Madde 14/2’de ise Anayasa hükümlerinin Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlama yasağı getirilmiştir. Burada ise özellikle resmi/şekli yorum yetkisine sahip kamu makamları muhatap alınarak, belirli saiklerle gerçekleştirilen davranışların anayasal hakların korumasından yararlanamayacağı öngörülmektedir. Danışma Meclisi’nin

¹²²² Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 74.

gerekçesinde belirtildiği üzere¹²²³, Madde 14/2’de hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin bir yorum kuralı benimsenmiştir. Son olarak Anayasa Madde 14/3 ise birinci ve ikinci fıkrada yer alan eylemleri gerçekleştiren kişilere yaptırım uygulanması için yasama organı yetkilendirilmiştir. Diğer bir deyişle bu eylemleri gerçekleştiren kişiler yalnızca anayasal hakların korumasından mahrum olmamakta, aynı zamanda yasama organının takdir edeceği yaptırıma da tabi olacaktır.

Doktrinde, Gözler, hakkın kötüye kullanılmasını geniş bir şekilde tanımlayarak, pozitif bir temele ihtiyacı olmayan ve eşyanın doğasından kaynaklanan hakkın kötüye kullanımı tahdidini benimser.¹²²⁴ Özbudun¹²²⁵ ve Kuzu¹²²⁶ da hakkın kötüye kullanımı- nın nesnel/objektif sınır kapsamında olduğunu belirterek, hakkın kötüye kullanımı teşkil eden davranışları anayasal hakların kapsamından dışlar. Yokuş ise hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından farklı bir tutum sergiler. Yokuş’a göre, bir davranış hakkın kötüye kullanımını teşkil etse de, bu davranış hakkın kapsamında yer alır ve bu sebeple hakkın kötüye kullanılması Anayasa Madde 13’te belirtilen sınırlamanın sınırı ölçütlerine tabidir.¹²²⁷

AYM’nin bazı bireysel başvuru kararlarında, sınırlama dogmatığının meşru amaç incelemesinde Anayasa Madde 14/2, bir yorum kuralı olarak ele alınmış ve Madde 14/2’ye dayanılarak anayasanın bütünlüğü ilkesine ulaşılmıştır. AYM, Madde 14/2’ye dayanarak, anayasal hakların birbirleriyle ve diğer anayasal ilkelerle birlikte yorumlanması ve sınırlandırma ilişkisi içinde kavranması zorunluluğunu ortaya koymuştur.¹²²⁸

Bu çalışmada incelenen diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, Anayasa’nın diğer maddelerinde Anayasa Madde 14’e atıf verilmektedir. Anayasa Madde 24/2’de “ibadet, dini ayin ve törenler” için Madde 14 hükmüne aykırı olmama şartı öngörülmüştür. Bu itibarla, Madde 14’te belirtilen davranışlar, din özgürlüğünün tatbikinde bir anayasal sınır teşkil etmekte ve dolayısıyla anayasal hakların kapsamından

¹²²³ Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 74

¹²²⁴ Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 303 vd.

¹²²⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 119-120.

¹²²⁶ Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, s. 241-243.

¹²²⁷ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara, Yetkin, 2002, s. 162-163. Benzer yönde bkz. Karan, **İfade Özgürlüğü**, s. 162-163.

¹²²⁸ *Esra Nur Özbey Başvurusu*, Baş. No. 2013/7443, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 70; *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, Karar Tarihi 03.03.2016, para. 72; *Devrim Alyüz Başvurusu*, Baş. No. 2017/40383, Karar Tarihi 16.09.2020, para. 67.

dışlanmaktadır. AYM birkaç kararında Madde 24/2 ile Madde 24/4'ün din özgürlüğü-nün sınırlama rejiminin temelini oluşturduğunu ifade etmiştir.¹²²⁹ Ancak Mahkeme ikinci fıkradaki bu ibarenin gerçekleştirdiği sınırlama/tahdit ile dördüncü fıkranın ön-gördüğü sınırlama arasında bir ayırım belirlememiştir. Bu bakımdan, AYM Madde 24/2'deki bu ibarenin dogmatik anlamını yeterince somutlaştırmamıştır.

Bireysel başvuruda hakların kötüye kullanılması yasağı genel olarak Anayasa Madde 83'te düzenlenen yasama dokunulmazlığı ve Anayasa Madde 67'de düzenle-nen seçilme hakkı bağlamında açık bir şekilde gündeme gelmiştir. Anayasa Madde 83/2'de yasama dokunulmazlığının istisnası olarak "[a]ğır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır" hükmü düzenlenmiştir. Bireysel başvuruya konu olan vakalarda tutuklu olan başvuruçular, yargılama devam ederken milletvekili seçildikten sonra serbest bırakılmamakta veya yasama dokunulmazlığı se-bebiyle serbest bırakılmakta ve fakat sonradan Madde 83/2 istisnasına dayanılarak tekrardan tutuklanmaktadır.¹²³⁰ AYM burada Madde 83/2 ile bağlantılı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını yorumlamıştır. AYM'ye göre, Madde 14/1'deki yasağın uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Birincisi Ana-yasa'da yer alan bir anayasal hakkın kullanımı, ikincisi ise anayasal hakların devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan de-mokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kul-lanımıdır.¹²³¹ AYM bu vakalarda, Madde 83/2'de geçen "14 üncü maddesindeki du-rumlar" kapsamına giren suçların yasama organı tarafından belirlenme gerekliliğini ve usul ve esasa ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin kurulması konusunda

¹²²⁹ *Esra Nur Özbey Başvurusu*, Baş. No. 2013/7443, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 69; *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17354, GK Ka-rar Tarihi 22.05.2019, para. 83.

¹²³⁰ Bkz. *Mustafa Ali Balbay Başvurusu*, Baş. No. 2012/1272, Karar Tarihi 04.12.2013, para. 1, 8 vd.; *Gülser Yıldırım Başvurusu*, Baş. No. 2013/9894, Karar Tarihi 02.01.2014, para. 1, 7 vd.; *İbrahim Ayhan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9895, Karar Tarihi 02.01.2014, para. 1, 7 vd.; *Faysal Sarıyıldız Başvurusu*, Baş. No. 2014/9, Karar Tarihi 03.01.2014, para. 1, 7 vd.; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu*, Baş. No. 2014/85, Karar Tarihi 03.01.2014, para. 1, 7 vd.; *Sebahat Tuncel Başvurusu (2)*, Baş. No. 2014/1440, Karar Tarihi 26.02.2015, para. 1, 7 vd.; *Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu*, Baş. No. 2019/10634, GK Karar Tarihi 01.07.2021, para. 1, 12 vd.; *Figen Yüksekdağ ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 1, 6 vd. *Leyla Güven Başvurusu*, Baş. No. 2018/26689, GK Karar Tarihi 07.04.2022, para. 1, 15 vd.

¹²³¹ *Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu*, Baş. No. 2019/10634, GK Karar Tarihi 01.07.2021, para. 86; *Figen Yüksekdağ ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 41.

takdir marjının yasama organına ait olduğunu belirtmiş ve mevcut haliyle bu sistemin Anayasa Madde 67’de belirtilen seçme ve seçilme haklarını sistematik olarak ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.¹²³² Yasama organı tarafından “14 üncü maddesindeki durumlar” kapsamına giren suçların belirlenmeden kişilerin yasama dokunulmazlığından istisna tutulmaları belirliliği ve öngörülebilirliği engellediğinden Madde 67’nin veya Madde 19’da düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline karar vermiştir.¹²³³ Sonuç olarak, AYM’nin Anayasa Madde 14’ü açık bir şekilde incelediği bireysel başvuru kararlarında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili fazla bir belirlemede bulunmamıştır.

Ancak AYM, son dönem yasama dokunulmazlığı kararlarında doğrudan Anayasa metnine dayanan sınırlamalarda kanunilik şartının sağlanmadığının ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir.¹²³⁴ Mahkeme’nin yenice geliştirdiği bu doktrin, Anayasa Madde 14 bakımından yerinde bir yaklaşım olabilir. Fakat AYM’nin içtihadı, bu haliyle teorik olarak sorunludur. Mahkeme’nin bu kararlarda Madde 14’e dayanılarak gerçekleştirilen sınırlamayı/tahdidi, anayasal değerlere veyahut sınırlama klozlarında yer alan sınırlama ölçütlerine dayanılarak gerçekleştirilen sınırlamadan ayırması gerekirdi. Mahkeme’nin bu ayrımı yapmamasının teorik sonucu, sınırlama klozlarında yer alan sınırlama ölçütlerine dayanılarak gerçekleştirilen sınırlamaların da yasal dayanağa gerek duymamasıdır.

AYM’nin norm denetimi kararlarında veyahut siyasi parti kapatma davalarında da hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili bir belirleme yapmadığı görülmektedir. Bununla beraber, AYM’nin siyasi parti kapatma davalarında “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” lafzını yorumladığı görülmektedir:¹²³⁵

“Devlet “TEK”dir, ülke “TÜM”dür, ulus “BİR”dir. Ulusal birlik; devleti kuran, ulusu

¹²³² *Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu*, Baş. No. 2019/10634, GK Karar Tarihi 01.07.2021, para. 134, 199; *Figen Yüksekdağ ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 42.

¹²³³ *Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu*, Baş. No. 2019/10634, GK Karar Tarihi 01.07.2021, para. 134; *Figen Yüksekdağ ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 45; *Leyla Güven Başvurusu*, Baş. No. 2018/26689, GK Karar Tarihi 07.04.2022, para. 110, 112.

¹²³⁴ *Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu*, Baş. No. 2019/10634, GK Karar Tarihi 01.07.2021, para. 75; *Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2)*, Baş. No. 2023/53898, GK Karar Tarihi 25.10.2023, para. 33.

¹²³⁵ Bkz. AYM, E.1990/1 (SPK), K.1991/1, Karar Tarihi 16.07.1991; AYM, E.1991/2 (SPK), K.1992/1, Karar Tarihi 10.07.1992; AYM, E.1993/1 (SPK), K.1993/2, Karar Tarihi 23.11.1993; AYM, E.1993/2 (SPK), K.1993/3, Karar Tarihi 30.11.1993; AYM, E.1993/3 (SPK), K.1994/2, Karar Tarihi 16.06.1994.

oluşturan toplulukların ya da bireylerin, etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir. Anayasa’da ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören hiçbir kural bulunmadığı gibi, kimsenin soy kökeninin yadsınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da yoktur. Ulusal ve tekil devlet etnik ayrılıklarla tartışılmaz. Herkesin, her zaman karşılaşılabileceği ve giderek hukuk devletinde giderilip karşılığı istenebilecek aykırılık, çelişki, haksızlık ve yanlışlıklar, insan hakları alanında sömürü nedeni yapılarak, gerçekler saptırılıp çarpıtılarak, üstü kapalı biçimde, ayrı ulus yoluyla ayrı devlet amaçlanamaz. Tartışılmaz kavramlar ve değerlerle, ödün verilmesi olanaksız ilke ve niteliklerin kaynağı Türkiye Cumhuriyeti’dir. Çağımızda da farklı etnik grupların birlikte uluslaşması ve devletleşmesi uluslararası düzeyde hukuksallığını korumaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti için farklı düşünmenin haklı bir nedeni yoktur. Ulus birliğini bölmek; belli toprak parçasını bir ırktan gelenlere mal etmek, etnik arındırma yapmak anlamına gelir ki, bunun çağdaş, insancıl değerlerle bağdaştırılması olanaksızdır. Ülkenin her köşesinde her vatandaş aynı koşullar içinde yaşamaktadır. Vatandaşlık, bölge özelliklerini ve etnik farklılığı aşan, bütünleştirici çağdaş bir olgudur. Bu konuda bir kimsenin diğerinden farklı olmasına; din, kültür ve etnik kökene ilişkin ayrıcalıklara yer yoktur. İnsan haklarının sadece bir kişiye, sınıfa ve zümreye değil ayrımsız olarak bütün vatandaşlara eşit olarak uygulanması esastır. Siyasal açıdan önemli olan soy değil, ulusal topluluktan olmaktır. Eğer bir soy, vatandaşlık bağlamındaki insan hakları dışında özel haklara sahip olmak isterse bu, onun ulus bütünlüğü içinde yalnız bir köken değil, aynı zamanda ayrı ulusal bir topluluk olması anlamına gelir. Bu ise, ulus bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz.”

AYM, eski tarihli kararlarında devletin ve milletin bütünlüğünü katı bir üniter yapı olarak yorumlamıştır. Bu kararlara göre, herhangi bir ayrılık talebi bu ilkeyle uyuşmaz. AYM, bunun dışında siyasi partilerin kapatılması ile ilgili de oldukça sınırlı bir ölçüde somutlaştırma yapmıştır. AYM’ye göre:¹²³⁶

“siyasi partilerin şiddet kullanılmasını savunmaları veya anayasayla garanti altına alınan hak ve özgürlüklere zarar verecek şekilde demokratik anayasal düzeni yıkmak için politik bir araç olarak şiddeti kullanmaları veya aynı amaçları gerçekleştirmek için terör ve şiddete başvuran oluşumlarla birlikte hareket etmeleri ve onlara destek vermeleri halinde zorunlu bir tedbir olarak siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması makul görülebilir.”

Sonuç olarak, AYM’nin Anayasa Madde 14’te düzenlenen hakkın kötüye kullanılması

¹²³⁶ AYM, E.2007/1 (SPK), K.2009/4, Karar Tarihi 11.12.2009.

yasağı ile ilgili olarak fazla bir somutlaştırma yapmadığı görülmektedir. Bu sebeple, bireysel başvuru kararlarında zımni olarak başvuru mücadeleci demokrasi kaydının incelenmesi gerekir.

Bu bapta akla gelen ilk örnekler nefret söylemi ve şiddet çağrısıdır. AYM nefret söylemini, “ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadeler” olarak tanımlamıştır. Buna göre, “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi” nefret söylemi olarak değerlendirilmelidir.¹²³⁷ Nefret söylemi bir kişiye veyahut bir gruba yönelmiş olmalıdır. “Bir gruba veya bir grubun üyelerine yönelik ifade, nefreti teşvik ediyorsa ve bu teşvikin sözde geçerli nedeni o gruba isnat edilen özelliklerse”, “bir grubun üyeleri sırf bu gruba üye oldukları için aşağılanıyor, genel çoğunluktan farklı görülüyor, toplumsal olumsuzlukların faili sayılıyorsa” ya da “bu grupların veya üyelerinin aşağılanmaları ve haklarından mahrum edilmeleri, maruz kaldıkları dışlama, baskı veya şiddet meşru gösteriliyor” ise söz konusu düşünce açıklaması bir nefret söylemi teşkil edebilir.¹²³⁸ AYM’ye göre, ifade özgürlüğü içerik bakımından herhangi bir tahdit içermemekle birlikte, ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermenin söz konusu olduğu vakalarda, devlet geniş bir takdir marjından yararlanır.¹²³⁹ Bununla birlikte, AYM burada, bir yandan içerik sınırlaması bakımından istisna göstererek bir tahdidin varlığını; diğer yandan ise geniş takdir alanının varlığına işaret ederek ise bir sınırlamanın varlığını imlemektedir. Bu bakımdan, bu hususun açıklanmaya muhtaç olduğu açıktır.¹²⁴⁰

Nitekim daha sonraki kararı olan *Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği* başvurusunda, nefret söylemi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü hakkının kapsamının tahdit edileceğini şu şekilde ima etmiştir:¹²⁴¹

“Tüm bunların yanı sıra nefret söylemi, başkalarının insanlık onuruna yönelik bir

¹²³⁷ *Fetullah Gülen Başvurusu*, Baş. No. 2014/12225, GK Karar Tarihi 14.07.2015, para. 40.

¹²³⁸ *Fetullah Gülen Başvurusu*, Baş. No. 2014/12225, GK Karar Tarihi 14.07.2015, para. 41.

¹²³⁹ *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 98.

¹²⁴⁰ Benzer yönde bkz. Orcan, *Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri*, s. 316.

¹²⁴¹ Bkz. *Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu*, Baş. No. 2016/79283, Karar Tarihi 17.04.2019, para. 32; *Mehmet Aytaç Başvurusu*, Baş. No. 2017/26514, Karar Tarihi 11.02.2021, para. 51; *KAOS GL Derneği Başvurusu (4)*, Baş. No. 2018/20035, GK Karar Tarihi 20.10.2022, para. 31.

saldırı öngörmektedir. İnsanlık onuru, insanı devletin sadece bir nesnesi hâline getirmeyi engelleyen veya özne niteliğini temelde sorgulayan bir saldırıya maruz kalmasını yasaklayan, bir kişinin toplumsal değerini ifade eder. İnsanlık onuru ile ifade özgürlüğü arasında bir denge sağlanmaya çalışılması söz konusu değildir çünkü insanlık onuru söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü artık düşünülemez.”

Dolayısıyla AYM, bir nefret söylemi tespit edildiğinde, bir mutlak hak olan insan onuruna saldırının gerçekleşmiş olacağını kabul ederek, nefret söylemini ifade özgürlüğü hakkının kapsamından tahdit etmiştir. Mahkeme hemen akabinde ise ifade özgürlüğünü tahdit etmesi sebebiyle nefret söyleminin çok dar yorumlayacağını belirtmiştir.¹²⁴² Ancak Mahkeme nefret söylemini o kadar dar yorumlamıştır ki, şu ana kadar bireysel başvuru kararlarında AYM tarafından kabul edilen bir nefret söylemine rastlanmamıştır.¹²⁴³ Buna ek olarak, AYM *Hizb ut-Tahrir al-Islami*¹²⁴⁴ ve *Sivas Katliamı*¹²⁴⁵ ile ilgili vakalarda, mücadeleci demokrasi anlayışını/hakkın kötüye kullanılmasını dikkate almadığı gibi, AİHM’in *Hizb ut-Tahrir al-Islami* ile ilgili verdiği kararlara da değinmemiştir.¹²⁴⁶ AİHM’in *Hizb ut-Tahrir al-Islami* ilgili verdiği kararlara radikal/köktenci

¹²⁴² *Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu*, Baş. No. 2016/79283, Karar Tarihi 17.04.2019, para. 32; *Mehmet Aytaç Başvurusu*, Baş. No. 2017/26514, Karar Tarihi 11.02.2021, para. 51; *KAOS GL Derneği Başvurusu (4)*, Baş. No. 2018/20035, GK Karar Tarihi 20.10.2022, para. 31.

¹²⁴³ Bkz. *Emin Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/2602, Karar Tarihi 23.01.2014, para. 86; *Sinem Hun Başvurusu*, Baş. No. 2013/5356, Karar Tarihi 08.05.2014, para. 61; *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 106; Bejdar Ro Amed Başvurusu, Baş. No. 2013/7363, Karar Tarihi 16.04.2015, para. 80-81; *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, Baş. No. 2013/9343, GK Karar Tarihi 04.06.2015, para. 82; *Fetullah Gülen Başvurusu*, Baş. No. 2014/12225, GK Karar Tarihi 14.07.2015, para. 45; *Cemal Halis Başvurusu*, Baş. No. 2014/118, Karar Tarihi 13.07.2016, para. 36; *Osman Hilmi Özdi Başvurusu*, Baş. No. 2014/14934, Karar Tarihi 22.06.2017, para. 32; *KAOS GL Derneği Başvurusu*, Baş. No. 2014/18891, Karar Tarihi 23.05.2018, para. 54; *Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu*, Baş. No. 2016/79283, Karar Tarihi 17.04.2019, para. 36; *Hakan Aygün Başvurusu*, Baş. No. 2020/13412, Karar Tarihi 12.01.2021, para. 62; *Mehmet Aytaç Başvurusu*, Baş. No. 2017/26514, Karar Tarihi 11.02.2021, para. 54; *Aytuğ Atıcı Başvurusu*, Baş. No. 2018/21055, Karar Tarihi 26.05.2021, para. 25; *KAOS GL Derneği Başvurusu (4)*, Baş. No. 2018/20035, GK Karar Tarihi 20.10.2022, para. 36.

¹²⁴⁴ Bkz. *Zülfikar Sarıtürk Başvurusu*, Baş. No. 2013/1516, Karar Tarihi 16.12.2015; *Yılmaz Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2014/13117, GK Karar Tarihi 19.07.2018; *Adnan İzgi Başvurusu*, Baş. No. 2014/12920, Karar Tarihi 11.12.2018; *Mahmut Oğuz Başvurusu*, Baş. No. 2014/13516, Karar Tarihi 11.12.2018; *Muhammet Ali Tuluk ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/568, Karar Tarihi 03.04.2019; *Haluk Özdoğan Başvurusu*, Baş. No. 2018/1340, Karar Tarihi 03.04.2019; *Adem Yıldırım ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/1332, Karar Tarihi 29.05.2019; *Gencebay Keleş ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2018/3465, Karar Tarihi 10.12.2019; *Ahmet Yağan ve Halid Aslan Başvurusu*, Baş. No. 2018/6051, Karar Tarihi 16.12.2020; *Yılmaz Çelik Başvurusu (2)*, Baş. No. 2020/5280, Karar Tarihi 08.09.2021; *İbrahim Er ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2019/33281, GK Karar Tarihi 26.01.2023.

¹²⁴⁵ Bkz. *Yunis Karataş Başvurusu*, Baş. No. 2021/34231, GK Karar Tarihi 26.01.2023.

¹²⁴⁶ Burada vurgulanmak istenen husus AYM’nin mücadeleci demokrasi kaydını uygulayarak

İslamcılar ile ilgili vakalarda değil ve fakat FETÖ¹²⁴⁷ ve PKK/YPG¹²⁴⁸ ile ilgili vakalarda değinilmesi, mevcut demokraside radikal/köktenci İslamcılarının AYM tarafından da demokrasinin düşmanı olarak kabul edilmediği sonucuna ulaştırmaktadır.¹²⁴⁹

AYM, mahkûmların haberleşme özgürlüğü bakımından hakkın kötüye kullanılmasını da demokratik toplumda gereklilik/ölçülülük testinde bir kriter olarak dikkate almıştır.¹²⁵⁰ Ancak burada kullanılan kötüye kullanma, mücadeleci demokrasi kaydı kapsamında olan, diğer bir deyişle özel bir saike sahip bir kötüye kullanma değildir. Burada bahsedilen kötüye kullanma, geniş anlamdaki kötüye kullanma, diğer bir deyişle hakkı amacı dışında kullanmadır.

Sonuç olarak AYM'nin mücadeleci demokrasi kullanımı teoride ve lafızda kalmıştır. Ancak teorik olarak AYM, Anayasa Madde 14 kapsamında kötüye kullanma teşkil eden bir davranışı hakkın kapsamından tahdit eder. Bununla birlikte, olağanüstü hâl zamanlarında özellikle kamuoyunun ve siyasetin giriştiği bayrak yarışına (*rally 'round the flag*)¹²⁵¹ 2016-2018 yılında Türkiye'de ilan edilen olağanüstü hâl ile ilgili vakalarda AYM'nin de girdiğini gözlemlemek mümkündür. Olağanüstü hâl önlemleri ve olağanüstü halin etkileri her ne kadar mücadeleci demokrasinin bir unsuru olsa da, bu tezin kapsamını aşmaktadır.

3.3.2.6. Sınırlama Kaydı Olmayan Anayasal Haklar

1982 Anayasası'nda Madde 17/1'de düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Madde 20/1'de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı, Madde 27/1'de düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğü hakkı, Madde 36/1'de

hakkın kapsamını tahdit etme sonucuna ulaşması gerekliliği değildir. Burada vurgulanmak istenen husus, Hizb ut-Tahrir al-Islami ile ilgili vakalarda, AİHM'in ilgili kararlarını AYM'nin "İlgili Hukuk" kısmında gösterme gereği bile duymamasıdır.

¹²⁴⁷ Bkz. *Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu*, Baş. No. 2019/20791, Karar Tarihi 18.10.2022.

¹²⁴⁸ Bkz. *Ahmet Aslan Başvurusu*, Baş. No. 2021/23949, Karar Tarihi 06.10.2022.

¹²⁴⁹ Benzer yönde bkz. Tolga Şirin, "Anayasa Mahkemesi, İslamcı Köktencilige Gereğinden Çok Hoşgörü Gösteriyor", **T24**, 19 Eylül 2023. Makaleye erişim için bkz. <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/anayasa-mahkemesi-islamci-koktencilige-gereginden-cok-hosgoru-gosteriyor,41557> (Çevrimiçi: 13.10.2023)

¹²⁵⁰ Bkz. *Ahmet Temiz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1822, Karar Tarihi 20.05.2015, para. 67.

¹²⁵¹ John E. Mueller, "Presidential Popularity from Truman to Johnson", **The American Political Science Review**, Vol. 64, No. 1, 1970, pp. 18-34, s. 21 vd.; Bruce Russett, **Controlling the Sword: The Democratic Governance of National Security**, Cambridge, Harvard University Press, 1990, s. 34 vd.; Oren Gross, "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?", **The Yale Law Journal**, Vol. 112, No. 5, 2003, pp. 1011-1134, s. 1036; Oren Gross - Fionnuala Ní Aoláin, **Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s. 64-66, 157.

düzenlenen hak arama özgürlüğü hakkı, Madde 38/4'te düzenlenen masumiyet karnesi, Madde 38/5'te düzenlenen susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkı, Madde 38/6'da düzenlenen hukuka uygun delil güvencesi ve Madde 48'de düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü hakkı sınırlama kaydı olmadan düzenlenen ve mutlak olmayan haklardır. Bununla birlikte sayılan bu maddelerden bilim ve sanat özgürlüğünü AYM, Madde 26'da düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyet) çerçevesinde incelemekte ve Madde 26/2 sınırlama klozu çerçevesinde sınırlandırmaktadır.¹²⁵² AYM'ye göre, bilim ve sanat özgürlüğü ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olduğundan, Madde 26/2 çerçevesinde değerlendirilebilir.^{1253 1254}

2001 Anayasa değişikliklerinden sonra, AYM'nin bazı norm denetimi kararlarında, Gözler'in yorumunu kabul ederek, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlanamazlığı tezini benimsediği görülmektedir.¹²⁵⁵ Sözgelimi AYM, somut norm

¹²⁵² *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 59 vd., 104; *İrfan Sancı Başvurusu*, Baş. No. 2014/20168, Karar Tarihi 26.10.2017, para. 49; *Kemal Gözler Başvurusu*, Baş. No. 2014/5232, Karar Tarihi 19.04.2018, para. 32; *Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu*, Baş. No. 2015/8147, Karar Tarihi 08.05.2019, para. 39; *Mehmet Aksoy Başvurusu*, Baş. No. 2014/5433, GK Karar Tarihi 11.07.2019, para. 44; *Kemal Gözler Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/5612, Karar Tarihi 10.12.2019, para. 22; *İrfan Sancı Başvurusu* (2), Baş. No. 2018/5652, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 39; *Nejla Demirci Başvurusu*, Baş. No. 2019/25823, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 38; *Mutia Canan Karatay Başvurusu* (2), Baş. No. 2018/6707, Karar Tarihi 31.03.2022, para. 22; *Hasan Mor Başvurusu*, Baş. No. 2019/20996, Karar Tarihi 25.05.2022, para. 18.

¹²⁵³ *Fatih Taş Başvurusu*, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014, para. 59 vd., 104; *İrfan Sancı Başvurusu*, Baş. No. 2014/20168, Karar Tarihi 26.10.2017, para. 49; *Kemal Gözler Başvurusu*, Baş. No. 2014/5232, Karar Tarihi 19.04.2018, para. 73; *Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu*, Baş. No. 2015/8147, Karar Tarihi 08.05.2019, para. 39; *Mehmet Aksoy Başvurusu*, Baş. No. 2014/5433, GK Karar Tarihi 11.07.2019, para. 68; *Kemal Gözler Başvurusu* (2), Baş. No. 2015/5612, Karar Tarihi 10.12.2019, para. 44; *İrfan Sancı Başvurusu* (2), Baş. No. 2018/5652, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 50, 52; *Nejla Demirci Başvurusu*, Baş. No. 2019/25823, Karar Tarihi 30.03.2022, para. 51; *Mutia Canan Karatay Başvurusu* (2), Baş. No. 2018/6707, Karar Tarihi 31.03.2022, para. 32; *Hasan Mor Başvurusu*, Baş. No. 2019/20996, Karar Tarihi 25.05.2022, para. 28-30.

¹²⁵⁴ Bununla birlikte, burada özel norm-genel norm ikiliğinin kurulması, aslında genel normun (ifade özgürlüğünün) sınırlama ölçütlerinin özel norma (bilim ve sanat özgürlüğüne) devşirilmesini engeller niteliktedir. Benzer yönde bkz. Tolga Şirin, "İfade Özgürlüğü, Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 5, Sayı 10, 2016, pp. 527-550, s. 529

¹²⁵⁵ Bertil Emrah Oder, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, Ed. by Ozan Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 135 vd.; Tijen Dünder Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, Sayı 5, 2014, pp. 375-411, s. 387 vd.

denetimi ile önüne gelen bir vakada, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Madde 163 uyarınca, Cumhuriyet savcısının iddianame hazırlama bakımından sulh ceza mahkemesinin görevine giren işlerde daha hafif gereklilikler öngörülmesini, iddianamenin yalnızca sanığın kimliği, uygulanması gereken esaslı maddeleri ve esaslı deliller ile sınırlandırılmasını yeterli savunma imkanlarını engellediği için Anayasa Madde 36 bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.¹²⁵⁶ Aynı şekilde, 4458 sayılı Gümrük Kanunu Madde 245/2'de yer alan gümrük para cezasının kaldırılması için idari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belge kullanılmayacağına düzenlenmesi, silahların eşitliği ilkesi ile çatıştığı ve Anayasa Madde 36 için herhangi bir sınırlama öngörülmemesi ve bu sebeple silahların eşitliği ilkesinin sınırlandırılmasının Madde 13'te öngörülen sınırlama sistemine aykırı olması dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.¹²⁵⁷ Anayasa Madde 48'de düzenlenen çalışma özgürlüğü hakkı bakımından AYM'nin önüne gelen somut norm denetiminde 1136 sayılı Avukatlık Kanunu Madde 69'da öngörülen hakkında disiplin kovuşturması bulunan bir avukatın, bir barodan başka bir baroya nakil talebinde bulunması halinde, disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından önce hiçbir işlem yapılmayacağı şeklindeki düzenleme incelenmiştir. AYM bu davada, Anayasa Madde 13'te temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlama ölçütü bulunmasına bağlı tutulduğuna ve çalışma özgürlüğünün düzenlendiği Madde 48'in bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama ölçütüne yer vermediğine dayanarak, bu düzenlemeyi Anayasa Madde 13 ve Madde 48'e aykırı bulmuştur.¹²⁵⁸

Bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girene kadarki süreçte, AYM'nin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırmazlığı tezini terk ettiği kararları da mevcuttur.¹²⁵⁹ Sözgelimi, özel işlem vergisinde her bir vadenin vergiyi doğuran olay kabul edilmesinin, bankacılık işlemlerinde sözleşme özgürlüğünü ölçüsüz şekilde sınırlandırdığı iddiasıyla AYM'nin önüne gelen soyut norm denetiminde, AYM Anayasa

¹²⁵⁶ AYM, E.2000/48, K.2002/36, Karar Tarihi 20.03.2002.

¹²⁵⁷ AYM, E.2003/7, K.2005/71, Karar Tarihi 18.10.2005.

¹²⁵⁸ AYM, E.2008/73, K.2009/120, Karar Tarihi 01.10.2009.

¹²⁵⁹ Oder, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", s. 143 vd. Bu bakımdan, Kanadoğlu/Duygun/Şahin'in bu içtihat değişikliğini bireysel başvuru usulünde anayasal hak çatışmaları ile karşılaşmasına bağlı tutulması yerinde değildir. Bkz. Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 276.

Madde 48’de düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü hakkının herhangi bir sınırlama kaydı olmamasını kabul etmekle birlikte bunu bir ihlal sebebi olarak görmemiş ve sınırlamanın ölçüsüz olmadığını kabul ederek iptal istemini reddetmiştir.¹²⁶⁰ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda eşleri sigorta şirketlerinin yönetim ya da denetiminde bulunan ve bunlar adına imza atmaya yetkili kimselerin sigorta eksperliği yapamayacağı yönündeki kuralı Anayasa Madde 48’e aykırı olması sebebiyle somut norm denetimi yoluyla AYM’nin önüne gelmiştir. AYM, sigorta eksperliği mesleğinin gerekleri, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ve mesleğin icrasında dürüstlüğü ve güveni egemen kılmak için diğer sigorta unsurlarıyla aralarındaki ilişkileri ve faaliyet alanını dikkate alarak yasa koyucunun gerekli önlemleri almasının kamu yararının bir gereği olduğunu belirtmiştir. AYM burada kuralın muhataplarının sigorta eksperliği mesleğini icra etmelerinin tümüyle yasaklandığına dayanarak itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu kabul etmiştir.¹²⁶¹

AYM bu dönemde sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların diğer anayasal değerlerle sınırlanabileceğini de kabul etmiştir.¹²⁶² 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Madde 305’te düzenlenen iki milyar liralık ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 272’de düzenlenen iki bin liralık temyiz sınırına ilişkin hükümler, hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla somut norm denetimi olarak AYM’nin önüne gelmiştir. AYM, hak arama özgürlüğünün herhangi bir sınırlama kaydı içermediğini belirtmekle birlikte, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa Madde 142 ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa Madde 141 çerçevesinde hak arama hürriyetinin kapsamının belirleneceğini dile getirmiştir.¹²⁶³

Bu dönemde, AYM aynı zamanda, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların diğer anayasal haklarla da sınırlanabileceğini kabul etmiştir.¹²⁶⁴ 4857 sayılı İş Kanunu Madde 7, 14, 18, 20, 21, 41, 63 ve 111’in Anayasa Madde 48’e aykırı olup olmadığı soyut norm denetimi yoluyla incelenmiştir. AYM bu davada, hem işçinin hem de işverenin Madde 48’den kaynaklanan haklarının dengelenmesi gerekliliği çerçevesinde bir inceleme gerçekleştirmiştir.¹²⁶⁵

¹²⁶⁰ AYM, E.2001/379, K.2005/3, Karar Tarihi 06.01.2005.

¹²⁶¹ AYM, E.2009/11, K.2011/93, Karar Tarihi 09.06.2011.

¹²⁶² Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”, s. 150 vd.

¹²⁶³ AYM, E.2006/65, K.2009/114, Karar Tarihi 23.07.2009.

¹²⁶⁴ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorum”, s. 154 vd.

¹²⁶⁵ AYM, E.2003/66, K.2005/72, Karar Tarihi 19.10.2005.

Özellikle 2011 yılı ve sonrasındaki sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklarla ilgili norm denetimi davalarındaki AYM'nin belirlemeleri sınırlama kaydı bulunmayan anayasal haklarla ilgili bireysel başvurularda benimseyeceği tutumu göstermektedir.¹²⁶⁶ Somut norm denetimiyle AYM'nin önüne gelen davada, Anayasa Madde 13 ve 36'ya aykırılığı sebebiyle iptali istenen hüküm, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Madde 42'de yer alan "Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır" hükmüdür. AYM, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlama dogmatiğini belirlediği gerekçe şu şekildedir:¹²⁶⁷

"Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulundugu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz."

AYM'nin bu belirlemeleri kendi içinde bazı çelişkiler içerir. Öncelikle gerekçeden anlaşıldığı kadarıyla eşyanın doğası argümanı ile Müller'in hakka özgü kullanım teorisini imleyen ve Sağlam tarafından Türk anayasa hukukuna kazandırılan nesnel sınır/norm alanı teorisinin birbirleriyle ne kadar uyuyabileceği belirsizdir. Diğer yandan AYM, nesnel sınırların hak dogmatisindeki yerini belirlemede açık bir yanılgıya düşmüştür. Zira nesnel sınırlar, hakkın kapsamını belirleyen bir teoridir. Bir hakkın nesnel sınırının dışına düşen bir müdahale/sınırlama hakka gerçekleştirilen bir sınırlama teşkil etmez. Dolayısıyla hakkın norm alanı dışında kalan bir davranışın, menfaatin, durumun veya pozisyonun sınırlandırılmasında devletin organları/kamu makamları Anayasa Madde 13 ile bağlı olamaz.¹²⁶⁸ AYM'nin bireysel başvuru kararlarındaki yaklaşımından anlaşıldığı kadar eşyanın doğası argümanı, sınırlama ölçütü geliştirmek için kullanılmaktadır.¹²⁶⁹ Ancak eşyanın doğası tek başına sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları

¹²⁶⁶ Dündar Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", s. 400 vd.

¹²⁶⁷ AYM, E.2012/132, K.2012/179, Karar Tarihi 22.11.2012.

¹²⁶⁸ Benzer yönde bkz. Dündar Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", s. 401.

¹²⁶⁹ Bkz. C.A. Başvurusu (3), Baş. No. 2018/10286, GK Karar Tarihi 02.07.2020, para. 113; Arif Ali Cangı Başvurusu, Baş. No. 2016/4060, GK Karar Tarihi 17.09.2020, para. 84; Özdemir Örnek Başvurusu, Baş. No. 2018/26453, Karar Tarihi 06.10.2021, para. 51.

sınırlandırabilen anayasal değerlerin elde edilmesi için yeterli değildir. Eşyanın doğası argümanı daha çok sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlanması için bir gerekçe sunar. Mahkeme'nin bir sınırlama ölçütü türettiğinde yalnızca eşyanın doğası argümanına dayanması sınırlamayı meşrulaştıracak bir gerekçe sunmamaktadır. Bu sebeple, AYM'nin Anayasa maddelerinden somut bir sınırlama ölçütü bulması gerekir. Fakat AYM yalnızca şekli değil maddi anayasadan da bir sınırlama değeri çıkartabilir. Bu durumda AYM'nin maddi anayasadan türettiği değeri ikna edici bir şekilde gerekçelendirmesi ve olabildiğince somutlaştırması gerekir.

AYM'nin bireysel başvurularda sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarda nasıl bir sınırlama dogmatığı benimsediğini belirlemek için bireysel başvuru kararlarının incelenmesi gerekir. Bu bağlamda, Anayasa Madde 17/1'de düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını (3.3.2.6.1.), Madde 20/1'de düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkını (3.3.2.6.2.) ve Madde 36 ve 38'de düzenlenen adil yargılanma hakkını (3.3.2.6.3.) incelemek gerekir.

3.3.2.6.1. Madde 17/1: Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

AYM, Anayasa Madde 17/1'de güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, AİHS Madde 8'deki özel yaşama saygı hakkı alt kategorisi kapsamındaki fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ve bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini belirtmiştir.¹²⁷⁰ Özel yaşama saygı hakkı ise kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamı gibi unsurları kapsamaktadır.¹²⁷¹

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını sınırlandırabilen anayasal değerler, çatışan anayasal haklar (3.3.2.6.1.2.) ve çatışan diğer anayasal değerlerdir (3.3.2.6.1.1.).

3.3.2.6.1.1. Çatışan Diğer Anayasal Değerler

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını sınırlandıran çatışan diğer anayasal değerler kapsamında Sevim Akat Eşki (3.3.2.6.1.1.1.), Hacer

¹²⁷⁰ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 30; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, Baş. No. 2013/3434, Karar Tarihi 25.06.2015, para. 41; *Gülbu Özgüler Başvurusu*, Baş. No. 2013/7979, GK Karar Tarihi 11.11.2015, para. 37; *Nurcan Yolcu Başvurusu*, Baş. No. 2013/9880, Karar Tarihi 11.11.2015, para. 30; Arslan Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, s. 25.

¹²⁷¹ *Ahmet Acartürk*, Baş. No. 2013/2084, Karar Tarihi 15.10.2015, para. 46; *N.B.B. Başvurusu*, Baş. No. 2013/5653, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 40; Arslan Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, s. 26.

Kahraman (3.3.2.6.1.1.2.), Aslan Faruk Toprak (3.3.2.6.1.1.3.) ve Şehmus Özsubaşı (3.3.2.6.1.1.4.) başvuruları incelenecektir.

3.3.2.6.1.1.1. Sevim Akat Eşki Başvurusu

AYM, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının sınırlama dogmatüğini ilk olarak *Sevim Akat Eşki* başvurusunda¹²⁷² belirlemiştir. Bu başvuru, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasını 4721 sayılı TMK Madde 187 uyarınca engellenmesine ilişkindir.¹²⁷³ AYM, bu vakada hakkın kapsamına bir müdahale tespit ettikten sonra¹²⁷⁴, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının nasıl sınırlandırılacağını belirlemiştir. Mahkeme, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının herhangi bir sınırlama kaydı olmaması ile birlikte, bu hakkın mutlak bir hak olmadığını belirtmiştir. AYM'ye göre bir yandan sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların, hakkın doğasından kaynaklanan sınırları mevcutken, diğer yandan Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallar da sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında bir sınırlama ölçütü olarak kullanılabilir. Bu sınırlamada, Anayasa Madde 13'te belirtilen gereklilikler de uygulama alanı bulur.¹²⁷⁵ Mahkeme, Madde 13'teki anayasal gerekliliklerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına uygulanmasında ayrıca anayasanın bütünlüğü ilkesine ve hukukun genel kurallarına başvurmuştur.¹²⁷⁶ AYM, bu vakada derece mahkemelelerinin Anayasa Madde 90 uyarınca AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan TMK Madde 187 hükmünü ihmal ederek uygulamaması sebebiyle hukukilik incelemesinde ihlal kararı vermiştir.¹²⁷⁷ Bu kararda, belirlenen sınırlama dogmatüğü belirsizlik oluşturmaktadır. Öncelikle hakkın doğasından kaynaklanan sınırların bir kapsam tahdidi mi, yoksa Anayasa Madde 13'e tabi olan bir sınırlama mı olduğu belirsizdir. İkinci olarak, kararda sınırlama ölçütü olarak belirlenen "Anayasanın diğer maddeleri" hatalıdır. Zira sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar yalnızca diğer anayasa maddeleri ile değil aynı zamanda aynı anayasal hak ile de sınırlandırılabilir. Son olarak, diğer anayasa maddeleri oldukça belirsiz kapsam oluşturmaktadır. Sözgelimi yetki normları, anayasanın/devletin temel ilkeleri, kişilerin anayasal yükümlülükleri ve yahut bireysel başvuru kapsamında olmayan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin

¹²⁷² *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013.

¹²⁷³ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 1, 8 vd.

¹²⁷⁴ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 26 vd.

¹²⁷⁵ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 33.

¹²⁷⁶ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 35.

¹²⁷⁷ *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013, para. 40 vd.

bu kapsamda olup olmadığı belirsizdir.

3.3.2.6.1.1.2. Hacer Kahraman Başvurusu

Bir diğer başvuru, *Hacer Kahraman*¹²⁷⁸ başvurusudur. Bu vakada, kimya teknolojisi öğretmeni ve kimya teknolojileri alanı bölüm şefi unvanıyla görev yapan başvuru, okul müdürü hakkında okulu kendi koyduğu kurallara göre yönettiği, şahsi menfaatlerine öncelik verdiği, çalışanlar arasında ayrımcılık yaptığı, geçinemediği öğretmenleri rencide ettiği, yıldırma amacıyla kendisine karşı açık bir tavır içinde olduğu ve psikolojik baskı uyguladığı gerekçeleriyle idari yönden soruşturulmasını talep etmiş ve hem başvuru hem de okul müdürü için yapılan soruşturmada, okul müdürü hakkındaki iddiaların sübut bulmadığı, başvuru yönünden ise hakkındaki görevini aksattığı yönündeki iddialar bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Madde 125 gereğince disiplin yönünden ayrı ayrı ihtar cezası gerektiği ve idari yönden, kimya teknolojisi alanı bölüm şefi olan başvurunun bu göreve atanma onayının geri alınması gerektiği yönünde rapor oluşturulmuştur. Rapor sonucunda ise başvurunun idari görevi geri alınmış ve üç kez ihtar disiplin cezasıyla cezalandırılmıştır.¹²⁷⁹

AYM, başvurunun idari görevinin geri alınmasının ve disiplin cezasının hakkın kapsamına bir müdahale olduğunu tespit ettikten sonra¹²⁸⁰, *Sevim Akat Eşki* kararındaki argümanları aynen tekrarlamıştır.¹²⁸¹ Ancak *Sevim Akat Eşki* kararından farklı olarak bu kararda müdahale hukukilik testini 657 sayılı Kanun'a dayanarak geçmiştir.¹²⁸² AYM, meşru amaç incelemesinde, öncelikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacının kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmek olduğunu belirtmiştir. Buna göre, disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. Ayrıca, disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır. Mahkeme bu belirlemelere dayanarak, bu müdahalede dayandırılan meşru amacın kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması ve kamu

¹²⁷⁸ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016. Benzer bir vaka için ayrıca bkz. *Aynur Özdemir ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/2453, Karar Tarihi 24.03.2016.

¹²⁷⁹ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 8 vd.

¹²⁸⁰ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 66 vd., 71.

¹²⁸¹ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 72, 74.

¹²⁸² *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 76.

yararı olduğunu belirlemiştir.¹²⁸³ AYM, bir yandan bireyin maddi ve manevi varlığına veya kimliğine ilişkin olduğundan kamu makamlarının takdir alanının dar olduğunu¹²⁸⁴; öte yandan personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda kamu makamlarının takdir alanının geniş olduğunu dile getirmiştir.¹²⁸⁵ AYM, mobbing anlamına gelebilecek maddi ve manevi varlığın korunması hakkını sınırlayan müdahaleler söz konusu olduğunda bireylerin asgari güvence ölçütlerinden ve usuli güvencelerden faydalanmalarının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁸⁶ Mahkeme, burada yaptığı ölçülülük incelemesi, büyük ölçüde derece mahkemelerinin ileri sürdüğü gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı hususuna odaklanmıştır.¹²⁸⁷ Derece mahkemelerinin ulaştığı sonuçta dayandığı gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunu belirleyen AYM, sürecin bir bütün olarak değerlendirilmesinden başvurucuya yönelik eylem ve işlemlerin başvurucuyu sindirmek, dışlamak ve psikolojik olarak yıpratmak kastıyla sistematik biçimde gerçekleştirildiğine ve bu iddiaların sürekli olarak soruşturmalara konu edildiğine ilişkin bir sonuca ulaşılmadığı, başvurucunun iddiasını destekleyemediği, idari görevin geri alınmasından ve hakkında disiplin cezaları verilmesinden ibaret müdahalelerin amaçlanan hedefler açısından makul ve ölçülü olduğu kanaatine varmıştır.¹²⁸⁸

Bu kararda ise AYM'nin meşru amaç tespiti oldukça sorunlu gözükmektedir. Öncelikle, AYM sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında dayanılması gereken meşru amacı belirlerken, hiçbir anayasa maddesine dayanmamıştır. Burada AYM'nin meşru amacı maddi anayasadan türetmesi de söz konusu değildir. Bilakis Mahkeme, 657 sayılı Kanunu Madde 124'e dayanmıştır. Diğer yandan belirlenen meşru amaçlar kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması ve kamu yararadır. Burada özellikle kamu yararı sınırlama ölçütünün anayasal dayanağı oldukça kuşkuludur. Zira sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlayabilen ve diğer anayasa maddelerinden elde edilen genel bir kamu yararı ölçütü, AYM'nin genel yaklaşımı ile uyuşmadığı gibi anayasanın üstünlüğü ilkesine ve Madde 13 ile benimsenen hak dogmatikğine de uygun değildir.

¹²⁸³ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 77.

¹²⁸⁴ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 84.

¹²⁸⁵ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 85.

¹²⁸⁶ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 86-87.

¹²⁸⁷ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 90-96.

¹²⁸⁸ *Hacer Kahraman Başvurusu*, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016, para. 99-100.

3.3.2.6.1.1.3. Aslan Faruk Toprak Başvurusu

AYM benzer yaklaşımını *Aslan Faruk Toprak* kararında¹²⁸⁹ da sürdürmüştür. Almanya doğumlu olan başvurucunun ismi Alman nüfus kaydında ve Türk nüfus kaydında farklı olarak kaydedilmiştir. Bu farklılık dolayısıyla, başvurucunun çocuğunun Türk nüfusuna kaydedilmesi için yapılan başvuru reddedilmiş ve başvurucunun ileride yaşayacağını düşündüğü resmî sorunların önlenmesi amacıyla açtığı isim tahsis davası da başvurucunun Türk vatandaşlığından çıkması sebebiyle reddedilmiştir.¹²⁹⁰ Mahkeme bu vakada, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının kapsamına müdahale edildiğini tespit etmiş¹²⁹¹ ve *Sevim Akat Eşki* kararındaki argümanları aynen tekrarlayıp¹²⁹², kanunilik testini de geçtikten sonra¹²⁹³ müdahalenin amacını incelemiştir. AYM meşru amaç incelemesinde sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarının sınırlandırılmasını sağlayan sınırlama ölçütlerinin anayasal dayanağını dikkate almayarak ve yalnızca 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 14'e dayanarak izlenen amacı kamu düzeni olarak belirlemiştir.¹²⁹⁴ *Sevim Akat Eşki* kararından farklı olarak AYM burada Türkiye'nin bağlı olduğu uluslararası sözleşme hükümlerinin derece mahkemeleri tarafından dikkate alınmamasını kanunilik incelemesinde değil demokratik toplum düzeninde gereklilik incelemesinde değerlendirmiş ve buna dayanarak ihlal kararı vermiştir.¹²⁹⁵ Bu karardan da anlaşılacağı üzere AYM, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar bakımından benimsediği sınırlama dogmatikğine aykırı olarak, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilen sınırlama ölçütlerini belirlerken anayasaya dayanmayı gerekli görmemiştir.

3.3.2.6.1.1.4. Şehmus Özsubaşı Başvurusu

Şehmus Özsubaşı başvurusunda¹²⁹⁶, vejetaryen olan bir hükümlünün protein ihtiyacının cezaevi koşullarında karşılanmamasını şikâyeti sonrasında, başvurucunun vejetaryen olup olmadığının tespiti için devlet hastanesine gönderilmesi ile kişinin

¹²⁸⁹ *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016.

¹²⁹⁰ *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 8 vd.

¹²⁹¹ *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 34 vd., 45.

¹²⁹² *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 46, 48.

¹²⁹³ *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 50.

¹²⁹⁴ *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 51.

¹²⁹⁵ *Aslan Faruk Toprak Başvurusu*, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016, para. 59 vd.

¹²⁹⁶ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016.

maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edilip edilmediği incelenmiştir.¹²⁹⁷ AYM, öncelikle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kapsamını belirlemiş¹²⁹⁸, *Sevim Akat Eşki* kararındaki retoriğini tekrarlamış¹²⁹⁹ ve hakkın kapsamına bir müdahale olduğunu tespit etmiştir.¹³⁰⁰ Müdahalenin meşrulaştırılması aşamasında sınırlama kanunilik testini geçtikten sonra¹³⁰¹, meşru amaç bakımından incelenmiştir. Diğer kararlardan farklı olarak Mahkeme burada anayasanın bütünlüğü ilkesini Anayasa Madde 14/2'den türetmiştir.¹³⁰² Anayasanın bütünlüğü ilkesinden yola çıkarak Mahkeme, Anayasa'nın tüm maddelerinin aynı etki ve değerde olduğunu, aralarında bir üstünlük sıralamasının bulunmadığını, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımanın olanaklı olmadığını, bazen zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından birinin diğerine sınır oluşturabildiğini ve Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırabileceğini belirtmiştir.¹³⁰³ Ancak AYM ilginç bir şekilde bu vakada maddi ve manevi varlığının korunması hakkını sınırlandırılmasında belirlediği cezaevi düzeninin ve disiplininin sağlanması sınırlama ölçütünü Anayasa Madde 19'da yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına dayandırmıştır.¹³⁰⁴ AYM, beyanı ile kendisine vejetaryen menü verilmesi gereken başvurucunun et ve türevlerini yiyip yemediğinin raporla tespit edilmesine karar verilmesi arasında rasyonel/makul bir bağlantı tespit edememiş ve vejetaryen olup olmadığını tespit edilmesini gerekli kılan herhangi bir gerekçe olmadığını belirleyerek müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığına ve başvurucunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³⁰⁵

Kararda irdelenmesi gereken en önemli husus, sınırlama kaydı içermeyen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının sınırlandırılmasında, herhangi

¹²⁹⁷ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 10 vd.

¹²⁹⁸ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 59 vd.

¹²⁹⁹ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 62, 64.

¹³⁰⁰ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 67.

¹³⁰¹ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 70-71.

¹³⁰² *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 72.

¹³⁰³ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 73.

¹³⁰⁴ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 74.

¹³⁰⁵ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Baş. No. 2013/2582, GK Karar Tarihi 03.03.2016, para. 80-81.

bir hak (sübjektif veya objektif boyutuyla) çatışması olmamasına rağmen kişi özgürlüğü ve güvenliğe hakkına dayanılmasıdır. AYM burada oldukça zorlama bir yorumla, Madde 19'dan hükümlü ve tutukluların hukuka uygun olarak cezaevinde tutulmasını ve bu tutmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucu olarak cezaevinde düzenin ve disiplinin sağlanması gerekliliğini türetmiştir. Halbuki burada aslında idari kurumların işleyişinin güvence altına alınması söz konusudur. Dolayısıyla AYM'nin bu vakada, Anayasa Madde 5'te belirtilen devletin temel amaç ve görevlerine veyahut idare ilgili olan Anayasa Madde 123 ve devamı maddelerine dayanarak somut bir sınırlama ölçütü belirlemesi gerekirdi.

3.3.2.6.1.2. Çatışan Anayasal Haklar

AYM, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının çatışan anayasal haklar ile sınırlandırılabilirliğini de kabul etmiştir. Bu kapsamda, D. Ö. (2) (3.3.2.6.1.2.1.) ve R.G. (3.3.2.6.1.2.2.) başvuruları incelenecektir.

3.3.2.6.1.2.1. D. Ö. (2) Başvurusu

D. Ö. (2) vakasında¹³⁰⁶, başvurucuya ait meskenin çöp ev niteliği taşıdığı ve kamu sağlığını tehdit ettiği yönünde ihbar alınması üzerine, Kaymakamlık onayı ile zabıta ve polis memurları tarafından başvurucunun konutunun bahçesine girilerek kâğıt, plastik, cam şişe vs. malzemeler çıkarılmıştır. Nitekim başvurucu ve ailesinin mukavemeti dolayısıyla başvurucu ve ailesi aynı zamanda gözaltına alınmıştır. Bu uygulama iki haber ajansının muhabirleri tarafından kameraya alınmış ve haberleştirilmiştir.¹³⁰⁷

AYM bu vakada hakkın kapsamını belirledikten¹³⁰⁸ ve *Sevim Akat Eşki* kararındaki argümanları tekrarladıktan sonra¹³⁰⁹, müdahale iddiası kapsamında birden fazla anayasal hakkın korunması gereksiniminin ortaya çıktığı durumlarda söz konusu anayasal haklar arasında bir dengeleme yapılması gerekliliğini belirtmiştir.¹³¹⁰ Bu bağlamda Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı arasında bir çatışma olduğunu tespit etmiş ve bu çatışmaya ilişkin genel ilkeleri dile getirmiştir.¹³¹¹ AYM, kamuoyuna çöp ev vakaları olarak

¹³⁰⁶ D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016.

¹³⁰⁷ D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 9 vd.

¹³⁰⁸ D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 47-49.

¹³⁰⁹ D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 50.

¹³¹⁰ D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 51.

¹³¹¹ D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 51 vd.

yansıyan konularda haber yapılmasının kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkı sağladığını¹³¹² ve başvurunun anne ve babası hakkında değer yargısı ifade edebilecek birtakım bilgilere yer verilmekte ise de söz konusu yayının temel olarak maddi olgulara dayalı olarak gerçekleştirildiğini¹³¹³ kabul etmiştir. Nihayetinde Mahkeme, derece mahkemeleri tarafından yapılan başvurunun şeref ve itibarının korunmasına ilişkin menfaati ile basın özgürlüğü arasındaki dengelemenin yerinde olduğunu kabul ederek, Anayasa Madde 17’de güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³¹⁴

3.3.2.6.1.2.2. R.G. Başvurusu

Hakların çatışmasının zımni olarak gündeme geldiği bir diğer vaka ise *R.G.*¹³¹⁵ vakasıdır. Bu vaka, başvurunun mağdur olduğu bir suç sonucu oluşan ve 10-20. haftada olan gebeliğin sonlandırılması talebinin derece mahkemeleri tarafından kabul edilmemesi sebebiyle başvurunun gebeliğe katlanmak zorunda bırakılmasını konu alır.¹³¹⁶ AYM bu vakada, öncelikle kadınların istenmeyen gebeliği sona erdirmeyi talep etmesi kişisel özerklik ve ruhsal veya bedensel bütünlükleriyle doğrudan ilgili olduğunu ve buna yönelik müdahalelerin Madde 17/1’de güvence altına alınan maddî ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında olduğunu belirlemiştir.¹³¹⁷ Akabinde ise başvurucuya gebeliğin sonlandırılması imkânı verilmemesinin bu hakka bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir.¹³¹⁸ AYM, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 99/6’da düzenlenen mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliği sona erdirmeye yönelik hükmün ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu Madde 3, 25, 26’daki usullerin müdahalenin kanuniliğini sağladığını ifade etmiştir.¹³¹⁹ Mahkeme, meşru amaç incelemesinde sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların hakkın doğasından kaynaklanan sınırları olduğunu ve Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan anayasal hakların ve devlete yüklenen ödevlerin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlayabileceğini belirtmiştir.¹³²⁰ Somut vakada ise gebeliğin sona erdirilmesinin bazı kanuni şartlara ve kamu makamlarının iznine bağlanmasında

¹³¹² *D. Ö. Başvurusu* (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 73.

¹³¹³ *D. Ö. Başvurusu* (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 74.

¹³¹⁴ *D. Ö. Başvurusu* (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016, para. 77-79.

¹³¹⁵ *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020.

¹³¹⁶ *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 10 vd.

¹³¹⁷ *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 74.

¹³¹⁸ *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 80.

¹³¹⁹ *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 87-91.

¹³²⁰ *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 92.

ceninin yaşam hakkının gözetildiğini tespit etmiştir. Gebeliğin sonlandırılması salt kadının maddi ve manevi varlığını etkilememesinden ve canlı bir organizma olan ceninin de canlılığını nihayete erdirmesinden dolayı Mahkeme, ceninin korunmasındaki menfaatin kadının maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının doğal sınırı olduğunu ve gebeliğin sona erdirilmesinin izne bağlanmasının hakkın doğasından kaynaklanan meşru bir amaca dayandığını kabul etmiştir.¹³²¹ AYM, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun denetiminde, kanun koyucunun kadının kişisel özerklik ve bireyin vücut bütünlüğünün korunması hakkı ile ceninin menfaatleri arasında adil bir denge kurduğunu¹³²² ve fakat uygulamanın gebeliğin sonlandırılması imkânına erişimi imkânsız kıldığını, zorlaştırdığını veya bu imkanı anlamsız hale getirdiğini¹³²³ bulgulamıştır. Bu sebeple, AYM başvurucuya aşırı külfet yüklediğine ve müdahalenin orantısız olduğuna kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir.¹³²⁴

Öncelikle bu kararda AYM'nin *Sevim Akat Eşki* kararındaki retoriğinden belirli ölçüde ayrıldığı görülmektedir. Mahkeme'nin "Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler" ifadesiyle sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilen anayasal değerleri daha belirginleştirdiği söylenebilir. Buna ek olarak, diğer kararlardan da görülebileceği üzere, *Sevim Akat Eşki* retoriği, hakkın kapsamı belirlendikten sonra hakkın sınırlanabilirliği üzerinden ele alınırken, bu kararda bu husus yalnızca meşru amaç incelemesinde gerçekleştirilmiştir.¹³²⁵ Halbuki sınırlama kaydının bulunmaması, meşru amaç denetimine münhasır bir konu değildir. Bu hususun, önceki kararlarda olduğu gibi hakkın sınırlanabilirliğini göstermesi bakımından hakkın kapsamının belirlenmesinden veyahut müdahalenin varlığının tespit edilmesinden sonra ele alınması daha yerindedir. İkinci olarak, AYM'nin burada tam olarak ceninin Anayasa Madde 17/1'den kaynaklanan yaşam hakkı ile kadının Madde 17/1'den kaynaklanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı arasındaki çatışmadan bahsettiği söylenemez. Zira AYM ceninin yaşam hakkı hususunda Anayasa Madde 17'ye atıf yapmak yerine, "yerleşik

¹³²¹ R.G. Başvurusu, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 93.

¹³²² R.G. Başvurusu, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 100.

¹³²³ R.G. Başvurusu, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 101-102.

¹³²⁴ R.G. Başvurusu, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 103-104.

¹³²⁵ Nitekim Mahkeme'nin sonraki bir kararında da meşru amaç testinde sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkın sınırlanabilirliğini ele alması söz konusu olmuştur. Bkz. *Devrim Alyüz Başvurusu*, Baş. No. 2017/40383, Karar Tarihi 16.09.2020, para. 67-68.

ahlaki, etik ve dinî değerler”e atıf yapmıştır.¹³²⁶ Kanaatimce AYM’nin bu pasif tutumu, cenini Madde 17’deki yaşam hakkı bakımından bir hak öznesine getirme hususundaki yargısal öz kısıtlamasına (*judicial self-restraint*) dayanmaktadır. Ancak bu sebeple, “ceninin korunmasındaki menfaatin” Anayasa’nın hangi hükmünden kaynaklandığı belirsiz kalmaktadır. Bu da bizi üçüncü soruna götürmektedir. Burada Mahkeme, ceninin korunmasındaki menfaatin maddî ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının doğasından kaynaklandığını belirlemek zorunda kalmıştır. AYM bir yandan ceninin korunmasındaki menfaatin maddî ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının doğal sınırı olduğunu belirtmekte, diğer yandan ise bu menfaati bir sınırlama ölçütü olarak kullanarak müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını incelemektedir. Eğer ceninin menfaati bu hakkın doğal sınırını teşkil ediyorsa, başvurucunun bu hakkın korumasını en başından itibaren etkileyemiyor olması gerekirdi. Dolayısıyla, AYM’nin bu pasif tutumu aynı zamanda onu anayasal hak dogmatığı bakımından çelişkili ifadelerle de zorlamıştır. Bunların yanı sıra, hakkın doğasından kaynaklanan bir sınırlama ölçütünün bu şekilde tespit edilmesi, bir yandan AYM’nin hakkın doğası argümanını Sağlam’ın nesnel sınırları ile aynı anlamda kullanmadığını, diğer yandan ise yukarıda incelenen kararlarda hangi anayasa maddesinden türetildiği belirsiz olan kamu yararı ve kamu düzeni gibi sınırlama ölçütlerinin kaynağının hakkın kendisi olduğunu göstermektedir. Bu sonucun kabulü halinde, AYM’nin sınırlama kaydı olmayan anayasal haklara ilişkin belirlediği sınırlama dogmatığı, Alman Federal İdare Mahkemesi’nin ilk dönem kararlarında benimsediği toplumsallık kaydına büyük ölçüde yaklaşmaktadır.

Nihayetinde AYM’nin maddî ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamındaki içtihat hukuku incelendiğinde, Mahkeme’nin bir sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlanabilirliğine ilişkin başvurduğu argümanların sınırlı olduğu ve en son 2020 tarihli *Devrim Alyüz* başvurusunda böyle bir argümana başvurduğu görülmektedir.¹³²⁷ Bu bakımdan AYM’nin maddî ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı konusundaki ve vakanın esasına girdiği içtihatları incelendiğinde, sınırlandırma dogmatığı bakımından birçok sorun barındırmasının yanı sıra, içtihatların birçoğu sınırlama kaydı bulunmayan hakların sınırlanabilirliğine ilişkin argümanların da oldukça yetersiz olduğu, çoğunlukla bir yansımadan ileri gidemediği ve bir istikrar oluşturamadığı ortaya çıkmaktadır.

¹³²⁶ Bkz. *R.G. Başvurusu*, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020, para. 93.

¹³²⁷ *Devrim Alyüz Başvurusu*, Baş. No. 2017/40383, Karar Tarihi 16.09.2020, para. 67-68.

3.3.2.6.2. Madde 20/1: Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Anayasa Madde 20/1’de, herkesin özel ve aile yaşamına saygı hakkı ve özel ve aile yaşamının gizliliğine dokunulmama güvencesi öngörülmüştür. Özel yaşama saygı hakkında korunan hukuki değer, esasen kişisel özerkliktir. Bu koruma, herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğunu imlese de, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu bakımdan, Madde 20’de özel bir sosyal hayat sürdürme güvence altına alınmaktadır.¹³²⁸ AYM burada hakkın kapsamını daha da somutlaştırmıştır.¹³²⁹

“Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.”

Madde 20/1, kamu makamlarının özel yaşama ve aile yaşamına müdahalesini engelleyerek, kişinin ferdi ve aile yaşamını kendi iradesi ile düzenlemesi ve yaşaması gereğini ortaya koyar.¹³³⁰ Aile yaşamının özünü kadın ile erkek ve ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki oluşturur.¹³³¹ “Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır.”¹³³²

¹³²⁸ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 31; Serap Tortuk Başvurusu, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 31.

¹³²⁹ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 32-34; Serap Tortuk Başvurusu, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015, para. 32-33

¹³³⁰ Murat Atılğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 22.

¹³³¹ Murat Atılğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 23.

¹³³² Murat Atılğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 24.

Anayasa Madde 20/2’de bir sınırlama klozu mevcuttur. Ancak bu sınırlama klozu özel ve aile yaşamına saygı hakkının tamamına teşmil etmez. Madde 20/2’deki sınırlama klozu üst, özel kâğıt ve eşya aramasına ve bunlara el konulmasına yönelik bir sınırlama klotur. Madde 20/3’te görülen basit yasa kaydı ise yalnızca Madde 20/3’te güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkına uygulanmaktadır. AYM açıkça bunu dile getirmese de, Madde 20/3’te düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı, özel ve aile yaşamına saygı hakkından ayrı bir hak teşkil eder ve farklı bir sınırlama dogmatığıne sahiptir. Madde 20/2’de yer alan sınırlama klozu ise özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki belirli davranış, menfaat, durum ve hukuki pozisyona uygulandığından, Madde 20/1’de düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkı kısmi bir sınırlama kaydına sahiptir.¹³³³ Bununla birlikte, AYM’nin Madde 20/1’in kapsamında olan bir davranış, menfaat, hukuki pozisyon veya durum mevcut olduğunda hatalı bir şekilde Madde 20/2’de belirtilen sınırlama ölçütlerini uygulaması da söz konusu olmuştur.¹³³⁴

Özel ve aile yaşamına saygı hakkının sınırlanması çatışan anayasal haklar (3.3.2.6.2.2.) veyahut çatışan diğer anayasal değerler (3.3.2.6.2.1.) ile mümkündür.

3.3.2.6.2.1. Çatışan Diğer Anayasal Değerler

Çatışan diğer anayasal değerler kapsamında *K.Ş. (3.3.2.6.2.1.1.)*, *Ata Türkeri (3.3.2.6.2.1.2.)*, *Ö. N. M. (3.3.2.6.2.1.3.)* ve *Feride Gökvardar (3.3.2.6.2.1.4.)* vakaları incelenecektir.

3.3.2.6.2.1.1. K.Ş. Başvurusu

K.Ş. vakasında¹³³⁵, başvuru, cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dağıtıldığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan ihraç cezası almıştır.¹³³⁶ AYM öncelikle hakkın kapsamını somutlaştırmış¹³³⁷ ve müdahalenin varlığını tespit etmiştir.¹³³⁸ Akabinde ise Madde 20/1’de güvence altına alınan özel ve aile yaşamına saygı hakkının nasıl sınırlandırılabileceğini belirlemiştir. Buna göre, sınırlama kaydı olmasa da, her anayasal hakkın doğasından

¹³³³ Bu yönde bkz. *Ahmet Çilgin Başvurusu*, Baş. No. 2014/18849, Karar Tarihi 11.01.2017, para. 40; *G.G. Başvurusu*, Baş. No. 2018/9416, Karar Tarihi 09.06.2021, para. 45.

¹³³⁴ Bkz. *Ö. Ç. Başvurusu*, Baş. No. 2013/9705, Karar Tarihi 30.03.2016, para. 55; *Adem Yüksel Başvurusu*, Baş. No. 2013/9045, GK Karar Tarihi 01.06.2016, para. 71. Aksi yönde bkz. *Ö. N. M. Başvurusu*, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 69.

¹³³⁵ *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014.

¹³³⁶ *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 7 vd.

¹³³⁷ *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 31 vd.

¹³³⁸ *K.Ş. Başvurusu*, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 38.

kaynaklanan sınırları bulunmakta ve buna ek olarak Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallar da sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakkı sınırlayabilecektir. Bu bakımdan, bu hakların sınırlandırılması da Anayasa Madde 13'te yer alan anayasal gerekliliklere tabi olacaktır.¹³³⁹ Mahkeme, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Madde 125'e dayanarak müdahalenin kanunilik testini geçtiğini teyit ettikten sonra, meşru amaç incelemesinde, özel ve aile yaşamına saygı hakkını sınırlayabilen "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlama" sınırlama ölçütünü anayasadan değil, 657 sayılı Kanun Madde 124'ten türetmiştir.¹³⁴⁰ AYM aynı zamanda özel yaşamın gizliliği söz konusu olduğunda kamu makamlarının dar bir takdir alanı olduğunu, personel rejimi söz konusu olduğunda ise kamu makamlarının geniş bir takdir alanı olduğunu belirtmiştir.¹³⁴¹ AYM demokratik toplum düzeninin gerekleri aşamasında ise, başvurunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgunun saptanmadığını tespit ederek, mesleki faaliyet ile ilgisi olmayan ve yalnızca özel yaşam eylemleri teşkil eden davranışlardan dolayı memurluktan çıkarılma cezasına maruz kalmasını, adil bir dengenin sağlanmaması olarak kabul etmiş ve ihlal kararı vermiştir.¹³⁴² K.Ş. vakasının ikizi olan *Serap Tortuk* kararında AYM, K.Ş. kararındaki argümanlarını aynen tekrar etmiştir. Bu vakalarda, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar ile ilgili değerlendirmeler benzer kararlarda yapıldığından¹³⁴³ burada tekrar edilmeyecektir.

3.3.2.6.2.1.2. Ata Türkeri Başvurusu

Ata Türkeri vakasında¹³⁴⁴, başvurucunun mülakat adı altında tanıklmış gibi çağırılarak ve sonucunda herhangi bir disiplin cezası tehdidi olmayacağı temin edilerek manevi baskı altında ve yanıltıcı beyanlarla ifadesi alındıktan sonra ahlaki durum nedeniyle TSK'dan ilişkisi kesilmiştir. AYM özel yaşama saygı hakkının kapsamını somutlaştırdıktan sonra¹³⁴⁵, K.Ş. ve *Sevim Akat Eşki* kararlarındaki sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin argümanları tekrarlamış¹³⁴⁶ ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu Madde 50'ye dayanan sınırlamanın

¹³³⁹ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 39.

¹³⁴⁰ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 44.

¹³⁴¹ K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 52-53.

¹³⁴² K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014, para. 65 vd.

¹³⁴³ Bkz. **Bölüm 3.3.2.6.1.**

¹³⁴⁴ *Ata Türkeri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015.

¹³⁴⁵ *Ata Türkeri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015, para. 30 vd.

¹³⁴⁶ *Ata Türkeri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015, para. 35, 37.

kanuniliğini tespit etmiştir.¹³⁴⁷ Mahkeme meşru amaç incelemesinde, sınırlama ölçütünün anayasaya dayanma zorunluluğunu dikkate almadan kanuna dayanarak, dar anlamda askeri disiplinin korunması, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarını geniş anlamda ise milli güvenliğin sağlanması amacını tespit etmiştir.¹³⁴⁸ AYM, başvurunun söz konusu ifadesinin, belirli ve somut filler belirtilmeden ve hangi hukuki işleme esas alınacağı konusunda bilgi verilmeden temin edilmiş olmasını davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olduğunu kabul ederek, derece mahkemesinin başvurunun mahremiyet hakkına müdahaleyi haklı kılacak şekilde ilgili ve yeterli gerekçe sunamadığı sonucuna ulaşmıştır.¹³⁴⁹ Bu kararda da sınırlama kaydı bulunmayan anayasal hakları sınırlandırabilen sınırlama ölçütlerinde Mahkeme'nin anayasaya dayanmama keyfiliği görülmektedir. Mahkeme kararlarında sürekli olarak tekrar eden bir sorun olan kamu yararı, kamu düzeni vs. gibi toplumsal yararı imleyen sınırlama ölçütlerinin kabul edilmesi, AYM'nin düşüncesinde bütün anayasal hakların kendi içinde yer alan bir kamu yararına tabi olduğunu göstermektedir.¹³⁵⁰

3.3.2.6.2.1.3. Ö. N. M. Başvurusu

AYM tıpkı kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkında olduğu gibi özel ve aile yaşamına saygı hakkında da sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin argümanların meşru amaç incelemesine taşımış ve belirli ölçüde değiştirmiştir. Ö. N. M. başvurusunda¹³⁵¹, başvurunun eşiyle boşanma sürecine girdiği dönemde başka asker kişilerle ilişki yaşadığı, göreve tahsisli e-posta adresine gönderilen veya kendisinin gönderdiği iletilerde aşk ve cinsellik içerikli mesajlar bulunduğu tespit edilmesi sonrasında ahlaki durum sebep gösterilerek devlet memurluğundan çıkarılmıştır.¹³⁵² AYM bu vakada öncelikle hakkın kapsamını somutlaştırmış ve müdahalenin varlığını tespit etmiştir.¹³⁵³ Kanunilik testini de

¹³⁴⁷ *Ata Türkeri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015, para. 39.

¹³⁴⁸ *Ata Türkeri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015, para. 41.

¹³⁴⁹ *Ata Türkeri Başvurusu*, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015, para. 51.

¹³⁵⁰ AYM'nin benzer yöndeki kararları için örnek olarak bkz. *Hasan Tarık Karagöz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1550, Karar Tarihi 24.03.2016; *İ. F. A. Başvurusu*, Baş. No. 2013/8564, Karar Tarihi 17.02.2016; *Deniz Gebeş Başvurusu*, Baş. No. 2014/12862, Karar Tarihi 13.07.2016; *E. G. Başvurusu*, Baş. No. 2014/12428, GK Karar Tarihi 13.10.2016; *Erhun Öksüz Başvurusu*, Baş. No. 2014/12777, GK Karar Tarihi 13.10.2016; *Haluk Öktem Başvurusu*, Baş. No. 2014/13433, GK Karar Tarihi 13.10.2016; *H.Y. Başvurusu*, Baş. No. 2014/1206, Karar Tarihi 17.11.2016; *Yusuf Nadas Başvurusu*, Baş. No. 2013/9777, Karar Tarihi 12.01.2017.

¹³⁵¹ *Ö. N. M. Başvurusu*, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017.

¹³⁵² *Ö. N. M. Başvurusu*, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 8 vd.

¹³⁵³ *Ö. N. M. Başvurusu*, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 56 vd.

geçen¹³⁵⁴ müdahalenin meşru amaç incelemesinde, Mahkeme sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların doğal sınırlara sahip olduğu ve bunun yanı sıra Anayasa'nın diğer maddelerine dayanarak, başkalarının anayasal hakları ve devlete yüklenen ödevlerin sınırlama ölçütü teşkil edebileceğini kabul etmiştir.¹³⁵⁵ Bu vakada, AYM, sınırlama ölçütünü Anayasa Madde 5'ten türetmiştir.¹³⁵⁶ Devletin temel amaç ve görevleri başlıklı bu maddede yer alan kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın ön koşulunun milli güvenlik ve kamu düzeninin tesisi olduğunu belirten¹³⁵⁷ Mahkeme, askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlama somut amaçlarının milli güvenlik ve kamu düzeninin tesisi kapsamında olduğunu belirlemiştir.¹³⁵⁸ AYM'ye göre:¹³⁵⁹

“askerî disiplinin sağlanmasını teminen silahlı kuvvetler mensuplarının sıkı disiplin kurallarına tabi tutulması ve diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmaları Anayasa'nın 5. maddesiyle devlete yüklenen millî güvenliği sağlama ve kamu düzenini koruma ödevinin bir gereğidir. Anılan ödevin, kişilerin Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen haklarının sınırlandırılmasında dikkate alınması gerekmektedir.”

Olayda, özel hayata ilişkin hususlar sebep gösterilerek devlet memurluğundan çıkarılma cezası verilmesi sürecinde başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında usule ilişkin güvencelerden yararlandırılmadığını bulgulayan¹³⁶⁰ Mahkeme, derece mahkemesinin kararının belirsiz olması, başvurucunun özel yaşamına ilişkin olan eylemlerin mesleki yaşamını neden etkilediğinin ikna edici gerekçelerle açıklanması ve soruşturma usulünün hukuka aykırı yöntemler içerdiğine yönelik iddialarına da makul bir gerekçe ile yanıt verilmemesi sebebiyle derece mahkemesinin argümanlarının ilgili ve yeterli olmadığını dile getirmiştir.¹³⁶¹ Bunlara ek olarak başvurucunun sadece taraflarınca bilinen gönül ilişkisini gösteren duygusal içerikli mesajlar yazmasının karşılığında memuriyetten ihraç edilmesi, izlenen meşru amaçla da orantısızlık oluşturmaktadır.¹³⁶²

¹³⁵⁴ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 65-66.

¹³⁵⁵ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 68.

¹³⁵⁶ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 71.

¹³⁵⁷ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 72.

¹³⁵⁸ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 74-76.

¹³⁵⁹ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 74-76.

¹³⁶⁰ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 89.

¹³⁶¹ Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 92.

¹³⁶² Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 94.

Öncelikle AYM'nin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilmesine ilişkin argümanları meşru amaç testine taşıması yerinde değildir. Diğer taraftan bu kararda Madde 5'te yer alan "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" ibaresinden Mahkeme, milli güvenlik ve kamu düzeni sınırlama ölçütlerini elde etmiştir. Ancak bu yorumla birlikte Mahkeme aslında, oldukça genel ve soyut sınırlama ölçütü ile bütün anayasal hakların tabi olduğu genel bir sınırlama klozu yaratmıştır.¹³⁶³ Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandıran çatışan anayasal haklar ve diğer anayasal değerler, sınırlama kaydı olan anayasal haklar için de bir sınırlama ölçütü teşkil eder. Buradaki temel sorun AYM'nin milli güvenlik ve kamu düzeni gibi oldukça soyut, genel ve bütün anayasal haklara her vakada uygulanabilecek sınırlama ölçütleri belirlemesidir.¹³⁶⁴ Bu sebeple AYM'nin Anayasa Madde 5'e dayanması değil¹³⁶⁵, buradan her vakaya uygulanabilecek sınırlama ölçütü geliştirmesi sorun teşkil eder. Bunların yanı sıra AYM'nin kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ibaresinden milli güvenlik ve kamu düzeni sınırlama ölçütlerini elde ederken ileri sürdüğü argümanlar ikna edicilikten uzaktır. AYM'nin bu yöndeki kararları¹³⁶⁶, Anayasa'da benimsenen sınırlama dogmatikğini görelileştirmekte ve

¹³⁶³ Benzer yönde bkz. Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 279-280.

¹³⁶⁴ Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 280.

¹³⁶⁵ Kanadoğlu/Duygun/Şahin, devletin Anayasa Madde 5'te yer alan "toplumun huzur ve mutluluğunu sağlama amaç ve görevi" ibaresinin hukuken içeriğinin saptanmasının neredeyse olanaksız olması sebebiyle bu ibareden sınırlama kaydı olmayan anayasal hakkı sınırlandıran bir anayasal değer türetilmesine ayrıca itiraz eder. Bkz. Kanadoğlu - Duygun - Şahin, "Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hak Dogmatikğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)", s. 279. Ancak buradaki temel sorun, sınırlama ölçütü türetilen madde değil, bu türetimin ne kadar gerekçelendirilebildiği ve elde edilen sınırlama ölçütünün vakaya özgü olarak uygulanabilen somut bir ölçüt olup olmadığıdır.

¹³⁶⁶ Bkz. *M. A. K. Başvurusu*, Baş. No. 2014/12591, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 49-53; *Çağlar Karataş Başvurusu*, Baş. No. 2016/431, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 48-52; *Peri Kırık Başvurusu*, Baş. No. 2015/19795, Karar Tarihi 09.01.2019, para. 41-43; *C.A. Başvurusu (3)*, Baş. No. 2018/10286, GK Karar Tarihi 02.07.2020, para. 111-113; *Ayla Demir İşat Başvurusu*, Baş. No. 2018/24245, GK Karar Tarihi 08.10.2020, para. 120-122; *Serhat Oyman Başvurusu*, Baş. No. 2017/25497, Karar Tarihi 13.10.2020, para. 50-51; *Özlem Kenan Başvurusu*, Baş. No. 2018/25808, Karar Tarihi 07.04.2021, para. 50-51; *G.G. Başvurusu*, Baş. No. 2018/9416, Karar Tarihi 09.06.2021, para. 47-48; *Ahmet Devlethan Başvurusu*, Baş. No. 2018/1772, Karar Tarihi 20.10.2021, para. 37-38; *Ahmet Gödeoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2018/28616, Karar Tarihi 17.11.2021, para. 39-40; *Faruk Yaşar Başvurusu*, Baş. No. 2018/15122, Karar Tarihi 22.02.2022, para. 43-45; *Aisulu Aldenova Başvurusu*, Baş. No. 2018/10055, Karar Tarihi 16.03.2022, para. 30-31; *Rıdvan Yavaşcan Başvurusu*, Baş. No. 2018/20514, Karar Tarihi 28.06.2022, para. 35-36; *Enis Aras Başvurusu*, Baş. No. 2018/36485, GK Karar Tarihi 14.12.2022, para. 63-64; *M.Ö.A. Başvurusu*, Baş. No. 2019/208, Karar Tarihi 23.05.2023, para. 36-37.

sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları diğer anayasal haklardan ayırt edilemez hale getirmektedir. Nitekim bazı kararlarda¹³⁶⁷ AYM, hiçbir şekilde anayasaya dayanma çabası göstermeden yalnızca kamu düzeni ve milli güvenlik ölçütlerine dayanarak özel ve aile yaşamına saygı hakkının sınırlanmasında meşru amaç testi geçilmektedir. Bazı kararlarda¹³⁶⁸ ise bu ölçütlerin doğrudan anayasal hakkın doğasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Bu durum, hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır.

3.3.2.6.2.1.4. Feride Gökvardar Başvurusu

İncelenmesi gereken bir diğer vaka *Feride Gökvardar*¹³⁶⁹ vakasıdır. Bu vakada, başvuru, soy bağının reddi davasının hak düşürücü süreden reddedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.¹³⁷⁰ AYM, öncelikle özel ve aile yaşamına saygı hakkının kapsamını somutlaştırmış¹³⁷¹, müdahalenin varlığını tespit etmiş¹³⁷² ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na dayanan müdahalenin kanuni olduğuna karar vermiştir.¹³⁷³ AYM, meşru amaç incelemesinde ilk olarak özel yaşama saygı hakkının sınırlama kaydı olmasa da sınırlanabileceğine ilişkin retoriğini tekrar etmiştir.¹³⁷⁴ İkinci olarak ise somut vakada, soy bağının reddi davalarında belli bir süre öngörülmesinin baba olduğu ileri sürülen kişilerin sürekli dava tehdidi altında kalmasını önleme ve hukuki kesinliği sağlayarak kamu düzenin korunmasını temin etme amacı olduğunu ve bu amacın da Anayasa Madde 2'de güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin unsurlarından olan hukuki güvenliğin bir gereği olduğunu tespit

¹³⁶⁷ Bkz. *Onur Can Taştan Başvurusu*, Baş. No. 2018/32475, GK Karar Tarihi 27.10.2021, para. 58; *Yağmur Erşan Başvurusu*, Baş. No. 2018/36451, GK Karar Tarihi 27.10.2021, para. 58; *Şengül Tükel Başvurusu*, Baş. No. 2018/12456, Karar Tarihi 12.01.2022, para. 48; *Nesrin Köksal Başvurusu*, Baş. No. 2018/26241, Karar Tarihi 23.02.2022, para. 41; *Abdullah Yılmaz Başvurusu*, Baş. No. 2018/33702, Karar Tarihi 15.03.2022, para. 36; *Fatih İkinci Başvurusu*, Baş. No. 2017/27975, Karar Tarihi 13.04.2022, para. 69; *Hakkı Gök Başvurusu*, Baş. No. 2017/33469, Karar Tarihi 03.11.2022, para. 41; *Ömer Özcan Başvurusu*, Baş. No. 2019/24047, GK Karar Tarihi 23.03.2023, para. 54.

¹³⁶⁸ Bkz. *C.A. Başvurusu* (3), Baş. No. 2018/10286, GK Karar Tarihi 02.07.2020, para. 113; *Özdemir Örnek Başvurusu*, Baş. No. 2018/26453, Karar Tarihi 06.10.2021, para. 51; *Faruk Yaşar Başvurusu*, Baş. No. 2018/15122, Karar Tarihi 22.02.2022, para. 45; *Nazmi Karaca Başvurusu*, Baş. No. 2018/15192, Karar Tarihi 10.05.2022, para. 42; *Enis Aras Başvurusu*, Baş. No. 2018/36485, GK Karar Tarihi 14.12.2022, para. 64; *M.Ö.A. Başvurusu*, Baş. No. 2019/208, Karar Tarihi 23.05.2023, para. 37.

¹³⁶⁹ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020.

¹³⁷⁰ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 7 vd.

¹³⁷¹ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 39-41.

¹³⁷² *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 43.

¹³⁷³ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 46.

¹³⁷⁴ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 47.

etmiştir.¹³⁷⁵ AYM, hak düşürücü süre tedbirinin nüfus kayıtlarının sürekli olarak dava tehdidi altında olmasının önlenmesi amacı için elverişli olduğunu ve süre sınırı getirilmesinin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini belirterek müdahalenin gerekli olduğunu bulgulamıştır.¹³⁷⁶ Mahkeme, orantılılık incelemesinde öncelikle, soy bağının reddi davası açılması için öngörülen sürenin bu hakkın kullanımını imkânsız kılacak ya da aşırı derecede zorlaştıracak derecede olmaması gerekliliğini, sürenin başlangıcı olarak kabul edilen olgunun önem taşıdığını ve kanun hükümleri yorumlanırken aşırı şekilcilikten kaçınma ve yorum kurallarının imkân verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsenmesi gerekliliğini dikkate almıştır.¹³⁷⁷ AYM, başvurunun davasının kapsamını dar yorumlaması ve salt bir babalık davası olarak nitelendirmesi sebebiyle başvurunun soy bağının reddi davası açmasının imkânsız hâle geldiğini, derece mahkemesinin davayı ayakta tutmasını sağlayacak usul imkânlarını da kullanmadığını ve başvurunun haklarını koruması hususunda yeterince özenli davranmadığına dayanarak¹³⁷⁸ başvurucuya olağandışı bir külfet yüklendiğine karar vermiş¹³⁷⁹ ve hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹³⁸⁰

3.3.2.6.2.2. Çatışan Anayasal Haklar

Özel ve aile yaşamına saygı hakkını sınırlandırabilen çatışan anayasal haklar kapsamında, *Murat Atılğan* (3.3.2.6.2.2.1.), *Marcus Frank Cerny* (3.3.2.6.2.2.2.) ve *Beşir Doğan* (3.3.2.6.2.2.3.) kararları incelenecektir.

3.3.2.6.2.2.1. Murat Atılğan Başvurusu

Murat Atılğan başvurusunda¹³⁸¹, başvuru velayeti annesine verilen müşterek çocukla arasında tesis edilen kişisel ilişkinin yetersiz olduğunu ve bu hususta ileri sürdüğü itirazların dikkate alınmadığını iddia etmiştir.¹³⁸² AYM, hakkın kapsamını somutlaştırdıktan sonra¹³⁸³, *K.Ş. ve Sevim Akat Eşki* kararlarındaki sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin argümanları tekrar etmiştir.¹³⁸⁴ 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 182'ye dayanan müdahalenin kanuniliğini

¹³⁷⁵ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 48.

¹³⁷⁶ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 55.

¹³⁷⁷ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 56-57.

¹³⁷⁸ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 62-67.

¹³⁷⁹ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 68.

¹³⁸⁰ *Feride Gökvardar Başvurusu*, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020, para. 69.

¹³⁸¹ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015.

¹³⁸² *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 7 vd.

¹³⁸³ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 22 vd.

¹³⁸⁴ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 30.

tespit eden¹³⁸⁵ Mahkeme, meşru amacı çocuğun ve çocuk ile ebeveynin hak ve özgürlüklerinin korunması olarak belirlemiştir.¹³⁸⁶ Çocuğun üstün yararının bu vakada dikkate alınması gereken en önemli unsur olduğunu belirten AYM, başvurucunun çalışma gün ve saatlerine uygun olan kişisel ilişki tesisine ilişkin hüküm verilmediğini ve başvurucunun bu yöndeki itirazlarının derece mahkemeleri tarafından dikkate alınmadığını tespit etmiştir.¹³⁸⁷ Bu sebeple, derece mahkemelerinin başvurucunun çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde gerekli çabayı göstermediğine dayanarak ihlal kararı vermiştir.¹³⁸⁸ Bu vakada meşru amacı belirlerken Anayasa'ya dayanma bakımından AYM'nin argümanlarının yine oldukça zayıf kaldığını görmek mümkündür. "[Ç]ocuğun eğitimi, sağlığı ve ahlakı ile, çocuk ve ebeveynin hak ve özgürlüklerini koruma" olarak belirlenen meşru amaç ise ebeveynin hak ve özgürlüklerine dayanılması bakımından hatalıdır.¹³⁸⁹ Zira ebeveynin kendi haklarına dayanılarak, ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkı sınırlanamaz.

3.3.2.6.2.2. Marcus Frank Cerny Başvurusu

Bir diğer karar, *Marcus Frank Cerny*¹³⁹⁰ kararıdır. Bu başvuruda müşterek çocuğun ABD'den annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan başvurunun reddedilmesini konu alır.¹³⁹¹ Mahkeme bu vakada Madde 20'de düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkını ve Madde 41'de düzenlenen ailenin korunması ve çocuk haklarını birlikte ele almıştır.¹³⁹² Müdahalenin mevcudiyetini tespit eden¹³⁹³ Mahkeme, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı incelemesinin başında Madde 20'den doğan özel ve aile yaşamına saygı hakkının sınırlanabilirliğini incelemiş ve *K.Ş. ve Sevim Akat Eşki*

¹³⁸⁵ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 34.

¹³⁸⁶ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 35.

¹³⁸⁷ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 50-51.

¹³⁸⁸ *Murat Atılğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 51-52.

¹³⁸⁹ AYM'nin aynı yöndeki kararı için bkz. *N. Ö. Başvurusu*, Baş. No. 2014/19725, Karar Tarihi 19.11.2015. AYM'nin sonraki tarihte verdiği kararda ise Anayasa Madde 41'e dayandığı görülmektedir. Bkz. *Selim Adıyaman Başvurusu*, Baş. No. 2013/8846, Karar Tarihi 09.03.2016, para. 54.

¹³⁹⁰ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015.

¹³⁹¹ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 8 vd.

¹³⁹² *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 36 vd.

¹³⁹³ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 63.

kararlarındaki retoriği tekrar etmiştir.¹³⁹⁴ Lahey Sözleşmesi'ne 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'a dayanarak müdahalenin kanuni olduğunu kabul eden¹³⁹⁵ Mahkeme, meşru amaç incelemesinde, özel ve aile yaşamına saygı hakkının, Anayasa Madde 41 uyarınca çocuğun korunması amacıyla sınırlanabileceğini belirlemiştir.¹³⁹⁶ AYM, iç hukukta gerçekleştirilen yargılamada, iade kararına temel alınacak olan mutat meskenin neresi olduğu ve nasıl tespit edildiği ile Lahey Sözleşmesi Madde 12'deki iade şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer verilmediğini, başvurucunun ve Cumhuriyet Başsavcılığının taleplerine bir cevap vermeden karar verildiğini belirterek, karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığına kanaat getirmiş ve ihlal kararı vermiştir.¹³⁹⁷

3.3.2.6.2.2.3. Beşir Doğan Başvurusu

İncelenmesi gereken bir diğer karar *Beşir Doğan*¹³⁹⁸ kararıdır. Bu vakada, KCK/PKK silahlı terör örgütüne üye olma suçundan hakkında açılan ceza yargılaması kapsamında tutuklu olduğu sırada başvurucuya ağabeyinin cenaze törenine katılmak için istediği izin verilmemiştir.¹³⁹⁹ Mahkeme, hakkın kapsamını somutlaştırdıktan¹⁴⁰⁰ ve müdahalenin varlığını tespit ettikten¹⁴⁰¹ sonra, *K.Ş. ve Sevim Akat Eşki* kararlarındaki retoriği tekrar etmiştir.¹⁴⁰² 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Madde 116'ya dayanan müdahalenin kanuni olduğunu belirleyen¹⁴⁰³ Mahkeme, törenin yapılacağı "adres itibarıyla güvenliğin alınmasının emniyet ve asayiş yönünden riskli olduğu" gerekçesiyle reddedildiğini dikkate almış ve kamu düzeni ve güvenliğini sağlama ve gerek tutuklu kişinin gerekse tutukluya refakat edecek güvenlik görevlilerinin yaşamı ve vücut bütünlüğünü koruma sınırlama ölçütlerini

¹³⁹⁴ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 64, 66.

¹³⁹⁵ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 68.

¹³⁹⁶ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 69.

¹³⁹⁷ *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015, para. 87-88.

¹³⁹⁸ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015.

¹³⁹⁹ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 7 vd.

¹⁴⁰⁰ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 27 vd.

¹⁴⁰¹ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 30.

¹⁴⁰² *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 31, 33.

¹⁴⁰³ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 35.

Anayasa Madde 17, 19 ve 20'ye dayandırarak başvurusunun özel ve aile yaşamına saygı hakkının bu ölçütlerle sınırlanabileceğini kabul etmiştir.¹⁴⁰⁴ Mahkeme, somut olayda başvurusunun katılmak istediği cenaze töreninin yapıldığı tarihlerde, gitmek istediği adresin bulunduğu Diyarbakır ilinde yoğun terör olaylarının olduğu ve bu olaylara bağlı olarak can kayıplarının yaşandığını ve söz konusu terör eylemleri nedeniyle başvurusunun ve refakatine verilecek güvenlik güçlerinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüklerine yönelik risklerin önüne geçilmesi, silahlı terör örgütüne üye olmak suçu isnadıyla tutuklanmış olan başvurusunun kaçmasının önlenmesi, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması gerekliliğini göz önüne alarak derece mahkemelerinin takdir marjını aştığına ve müdahalenin demokratik toplum düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁴⁰⁵

Bu kararda, başvurusunun ve ona refakat eden güvenlik görevlilerinin yaşam hakkının sınırlama ölçütü olarak belirlenmesi yerindedir. Ancak karara bakıldığında bir hak çatışmasına yönelik bir argümantasyon yapılmadığı görülmektedir. Meşru amaç olarak belirlenen kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması sınırlama ölçütünün ise hangi anayasa maddesinden türetildiği belirsizdir. Mahkeme de kararında büyük ölçüde bu sınırlama ölçütü çerçevesinde incelemesini yapmıştır.¹⁴⁰⁶

3.3.2.6.3. Madde 36 ve 38: Adil Yargılanma Hakkı

1982 Anayasası'nda adil yargılanma hakkı ve adil yargılanma güvenceleri Madde 36, 37, 38, 138, 139, 140 ve 141'de düzenlenmiştir. Anayasa Madde 36'da genel adil yargılanma ilkesini düzenlemiştir. AYM, madde metnine 2001 değişikliği ile eklenen "adil yargılanma" ibaresine ve madde gerekçesinde¹⁴⁰⁷ taraf olunan uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dahil edilmesine dayanarak, AİHS Madde 6 ile Anayasa Madde 36 arasında özdeşlik kurmuştur.¹⁴⁰⁸ Hak arama özgürlüğü (mahkemeye erişim hakkı) Anayasa Madde 36'da açıkça düzenlenmiştir.¹⁴⁰⁹ Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede

¹⁴⁰⁴ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 36.

¹⁴⁰⁵ *Beşir Doğan Başvurusu*, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015, para. 46-48.

¹⁴⁰⁶ Mahkeme'nin Beşir Doğan kararına benzer yönde bir kararı için bkz. *Ahmet Çilgin Başvurusu*, Baş. No. 2014/18849, Karar Tarihi 11.01.2017.

¹⁴⁰⁷ Yılmazoğlu - Perdecioğlu (ed.), **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 211

¹⁴⁰⁸ Bkz. *Onurhan Solmaz Başvurusu*, Baş. No. 2012/1049, Karar Tarihi 26.03.2013, para. 22; *Yaşar Çoban Başvurusu*, Baş. No. 2014/6673, GK Karar Tarihi 25.07.2017, para. 54; *Bekir Sözen Başvurusu*, Baş. No. 2016/14586, GK Karar Tarihi 10.11.2022, para. 36; AYM, E.2023/43, K.2023/141, Karar Tarihi 26.07.2023, para. 9.

¹⁴⁰⁹ Bkz. AYM, E.2023/43, K.2023/141, Karar Tarihi 26.07.2023, para. 9-10.

yargılanma hakkı, Anayasa Madde 36, 37, 138, 139, 140'da güvence altına alınmıştır.¹⁴¹⁰ Silahların eşitliği ilkesi¹⁴¹¹ çelişmeli yargılama ilkesi¹⁴¹², delillere ilişkin ilkelere¹⁴¹³, asgari güvenceler olan suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı¹⁴¹⁴, gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı¹⁴¹⁵, müdafî yardımından yararlanma hakkı¹⁴¹⁶, tanık dinletme hakkı¹⁴¹⁷ ve tercümandan yararlanma hakkı¹⁴¹⁸, Anayasa Madde 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkı tarafından güvence altına alınmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı¹⁴¹⁹, aleni yargılanma hakkı¹⁴²⁰ ve gerekçeli karar hakkı¹⁴²¹, Anayasa Madde 36 ve 141 kapsamında güvence altına alınmıştır. Susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkı, Anayasa Madde 38/5'te güvence altına alınmıştır.¹⁴²² Masumiyet karinesi, Anayasa Madde 38/4'te güvence altına alınmıştır.¹⁴²³

AYM genel olarak adil yargılanma hakkının sınırlandırılmasında, sınırlama

¹⁴¹⁰ Bkz. *Abdullah Altun Başvurusu*, Baş. No. 2014/2894, Karar Tarihi 17.07.2018, para. 34-35; *Çetin Doğan Başvurusu* (3), Baş. No. 2021/30714, GK Karar Tarihi 15.02.2023, para. 230-231; *Çevik Bir Başvurusu*, Baş. No. 2021/31595, Karar Tarihi 19.07.2023, para. 112-113.

¹⁴¹¹ Bkz. AYM, E.2008/12, K.2011/104, Karar Tarihi 16.06.2011; *Ali Tulumcu Başvurusu*, Baş. No. 2017/18458, Karar Tarihi 10.02.2021, para. 32 vd.

¹⁴¹² Bkz. *Yüksel Hançer Başvurusu*, Baş. No. 2013/2116, Karar Tarihi 23.01.2014, para. 17 vd.; *Cezair Akgül Başvurusu*, Baş. No. 2014/10634, Karar Tarihi 26.10.2016, para. 24 vd.

¹⁴¹³ Bkz. *İsmail Ediş Başvurusu*, Baş. No. 2012/354, Karar Tarihi 31.12.2014, para. 32 vd.

¹⁴¹⁴ Bkz. *Ali Kemal Tekin Başvurusu*, Baş. No. 2014/875, Karar Tarihi 02.02.2017, para. 40 vd.

¹⁴¹⁵ Bkz. *Erol Aydeğer Başvurusu*, Baş. No. 2013/4784, Karar Tarihi 07.03.2014, para. 38.

¹⁴¹⁶ Bkz. *Aliğül Alkaya ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2013/1138, GK Karar Tarihi 27.10.2015, para. 116 vd.

¹⁴¹⁷ Bkz. *Cihan Yeşil Başvurusu*, Baş. No. 2013/8635, Karar Tarihi 06.05.2015, para. 60 vd.

¹⁴¹⁸ Bkz. *Baran Karadağ Başvurusu*, Baş. No. 2014/12906, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 32 vd.

¹⁴¹⁹ Bkz. *Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2012/13, Karar Tarihi 02.07.2013, para. 35 vd. Bununla birlikte, *Keser Altıntaş* kararında AYM, Türk hukukundaki yapısal sorunların özellikle yasama organı tarafından düzenlenmemesi, genel olarak yasama organının makul sürede yargılanma şikâyetine yönelik idari veyahut yargı yolu öngörmemesi ve yaklaşık 10 senelik süre içerisinde makul sürede yargılanma hakkına ilişkin 55.000 ihlal kararına rağmen herhangi bir değişiklik yapılmaması sebeplerine dayanarak makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvuruların incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görmediğinden düşme kararı vermiştir. Dolayısıyla yasama organı yeni bir düzenleme yapana kadar AYM'nin makul sürede yargılanma hakkı şikâyetlerini incelemeyeceği anlaşılmaktadır. Bkz. *Keser Altıntaş Başvurusu*, Baş. No. 2023/18536, GK Karar Tarihi 25.07.2023, para. 48 vd.

¹⁴²⁰ Bkz. *Nevruz Bozkurt Başvurusu*, Baş. No. 2013/664, Karar Tarihi 17.09.2013, para. 32.

¹⁴²¹ Bkz. *Abdullah Topçu Başvurusu*, Baş. No. 2014/8868, Karar Tarihi 19.04.2017, para. 75 vd.; *Çetin Doğan Başvurusu* (3), Baş. No. 2021/30714, GK Karar Tarihi 15.02.2023, para. 206 vd.

¹⁴²² Bkz. AYM, E.2004/31, K.2007/11, Karar Tarihi 31.01.2007.

¹⁴²³ Bkz. AYM, E.2013/38, K.2014/58, Karar Tarihi 27.03.2014; *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/3954, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 33 vd. Ayrıca bkz. Tosun, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, s. 46 vd.

kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine yönelik retorüğini sürdürmüştür. Buna göre adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama kaydı öngörölmemiş olsa da, bu hak mutlak bir hak değildir. Adil yargılanma hakkının kendi doğasından kaynaklanan sınırları vardır. Buna ek olarak, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallar da adil yargılanma hakkını sınırlayabilir. Her halükârda, bu sınırlamalar Anayasa Madde 13'te belirlenen gerekliliklere uygun olarak gerçekleştirilir.¹⁴²⁴ Bununla birlikte, AYM'nin bazı kararlarında bu retorikten kısmen ayrıldığı görülmektedir. AYM'nin yeni dönem kararlarında, bir yandan adil yargılanma hakkının Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlüklere ve devlete yüklenen yükümlülüklerle dayanılarak sınırlandırılacağı¹⁴²⁵ belirtilmekte, diğer yandan adil yargılanma hakkının niteliği gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bir hak olduğu¹⁴²⁶ dile getirilmektedir:

“Adil yargılanma hakkı, niteliği gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bir haktır. Zira bu hakkın Anayasa'da zikredilmiş olması kendi başına bir anlam ifade etmemekte, bireylerin bu haktan yararlanabilmesi için devletin en azından yargı teşkilatını kurması ve yargılama usullerini belirlemesi gerekmektedir. Devletin düzenleme yetkisini haiz olduğu alanlarda belli ölçüde takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple adil yargılanma hakkına yönelik sınırlamalar getirilirken kanun koyucuyu bağlayan belli bir meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun bu takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu açıktır.”¹⁴²⁷

Burada adil yargılanma hakkının devletin düzenleme yapmasına muhtaç olan bir hak olması, yasama organının getirdiği sınırlamalarda belirli bir meşru amaç listesine bağlı olmaması ve yasama organının bu bağlamda belirli bir takdir alanına sahip olması adil yargılanma hakkının kurumsal hak kategorisi kapsamına sokulduğunu göstermektedir. Ancak diğer taraftan kararda geçen “niteliği gereği” ibaresinden, burada adil yargılanma hakkının doğasının somutlaştırıldığı ve dolayısıyla aynı retorüğün sürdürüldüğü sonucuna ulaşılabilir. Genel olarak AYM'nin kararları incelendiğinde, adil yargılanma hakkının sınırlandırılmasında tam olarak kurumsal hak özelliklerinin söz

¹⁴²⁴ *Özkan Şen Başvurusu*, Baş. No. 2012/791, Karar Tarihi 07.11.2013, para. 58; *Tahir Gökatalay Başvurusu*, Baş. No. 2013/1780, Karar Tarihi 20.03.2014, para. 39; *Yıldız Eker Başvurusu*, Baş. No. 2015/18872, GK Karar Tarihi 22.11.2018, para. 61; *Şehriyan Çoban Başvurusu*, Baş. No. 2017/22672, GK Karar Tarihi 06.02.2020, para. 83-85.

¹⁴²⁵ *Bekir Sözen Başvurusu*, Baş. No. 2016/14586, GK Karar Tarihi 10.11.2022, para. 73.

¹⁴²⁶ *Bekir Sözen Başvurusu*, Baş. No. 2016/14586, GK Karar Tarihi 10.11.2022, para. 74.

¹⁴²⁷ *Bekir Sözen Başvurusu*, Baş. No. 2016/14586, GK Karar Tarihi 10.11.2022, para. 74; *AYM, E.2022/116, K.2023/126*, Karar Tarihi 13.07.2023, para. 23.

konusu olmadığı görülmektedir. AİHM tarafından bu hakkın kurumsal niteliğine herhangi bir vurgu mevcut olmadığından adil yargılanma hakkını sınırlandırma dogmatığı, kurumsal anayasal haklar kategorisinde değil, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar kategorisinde incelenmelidir.

Burada, mahkemeye erişim hakkı (3.3.2.6.3.1.) ve masumiyet karinesi ve diğer güvenceler (3.3.2.6.3.2.) bakımından kısa bir inceleme yapılacaktır.

3.3.2.6.3.1. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından birisidir. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı ve uyuşmazlık kapsamında bir talebi, mahkeme önüne taşıyabilmek ve bunların etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını ya da kişinin bizzat mahkemeye başvurmuş olmasını anlamsız hâle getiren sınırlamalar, mahkemeye erişim hakkının kapsamına girer.¹⁴²⁸ Mahkemeye ulaşmanın aşırı derecede zorlaştırılması ya da imkansız hale getirilmesi, dava açma veya kanun yollarına başvuru için dava açmayı imkansız kılacak ölçüde belirli sürelerin öngörülmesi, bu sürelerin hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması veya yanlış hesaplanması mahkemeye erişim hakkının korumasını tetikler. Bu bağlamda, dava açma veya kanun yoluna başvurma için belirli şartların öngörülmesi, hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve dava açmayı imkânsız kılmadıkça bir aykırılık söz konusu olmaz.¹⁴²⁹ Mahkemeye erişim hakkı belirli ölçüde bir etkililiği de gerektirir. Bu itibarla, mahkemeye yapılan başvuru, tutarlı bir sistemin varlığını ve kişilerin mahkemeye erişimde açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Hukuki ve/veya uygulamadaki belirsizlikler, mahkemeye erişim hakkını zedeleyebilmektedir. Bu sebeple, derece mahkemeleri usul ve hukuk kurallarını yorumlarken aşırı şekilcilikten ve aynı zamanda bu kuralları anlamsızlaştıracak aşırı esneklikten/belirsizlikten kaçınmalıdır.¹⁴³⁰ Dolayısıyla usul kurallarının kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesine bir çeşit engel haline gelmeleri, mahkemeye erişim hakkının

¹⁴²⁸ *Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu Başvurusu*, Baş. No. 2013/3711, Karar Tarihi 07.01.2016, para. 82; *İbrahim Topcu Başvurusu*, Baş. No. 2014/1295, Karar Tarihi 23.03.2017, para. 33.

¹⁴²⁹ *Ramazan Durmaz Başvurusu*, Baş. No. 2013/1718, Karar Tarihi 02.10.2013, para. 27; *Neriman Polat Başvurusu*, Baş. No. 2012/1223, Karar Tarihi 05.11.2014, para. 35; *Budo Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2013/3954, Karar Tarihi 26.02.2015, para. 34; *Rıza Gençoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2013/3543, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 34.

¹⁴³⁰ *Neriman Polat Başvurusu*, Baş. No. 2012/1223, Karar Tarihi 05.11.2014, para. 36; *Budo Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2013/3954, Karar Tarihi 26.02.2015, para. 35; *Rıza Gençoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2013/3543, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 35.

korumasını tetikler.¹⁴³¹ Bu nedenle, kişiye iddialarını ortaya koyma imkanının tanınması gerekir.¹⁴³²

Bir yasanın veya uygulamanın mahkemeye erişim hakkına müdahale ettiği kabul edildiğinde, öncelikle sınırlama kaydı olmayan mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılabilirliğini ortaya koymak gerekir. Bu bağlamda, AYM'ye göre, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olsa da bu haklar mutlak değildir; bu hakların öncelikle kendi doğalarından kaynaklanan sınırları vardır. Bunların yanı sıra, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da mahkemeye erişim hakkı sınırlandırılabilir. Buraya kadar klasik retoriğini tekrar eden Mahkeme, bu aşamada diğer haklarda kullanmadığı bir argümanı kullanmıştır. Buna göre, dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bazı *düzenlemelerin* hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklandığı ve hakkın norm alanını belirlediğini kabul etmiştir. Yine de bu sınırlamaların Anayasa Madde 13'te belirtilen gereklilikler ile sınırlı olduğunu dile getirmiştir.¹⁴³³ Nihayetinde, Mahkeme, ölçülülük ilkesi de dahil olmak üzere mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasını anayasal gerekliliklere tabi kılmıştır.¹⁴³⁴

Ancak AYM'nin sınırlandırılabilirlik argümanı hatalıdır. Öncelikle burada Mahkeme, sınırlama-düzenleme ayrımındaki düzenlemeyi imlemektedir. Bu bakımdan, mahkemeye erişim hakkını kısmen kurumsal hak niteliğine yaklaştırmaktadır. Bununla birlikte, bu düzenlemeleri yine Anayasa Madde 13'teki anayasal gerekliliklere tabi kılması, burada Mahkeme'nin tam olarak bir ayırım yapamadığını göstermektedir. Aynı şekilde, burada belirtilen norm alanının belirlenmesi, aslında hakkın kapsamının dışında kalan davranış, menfaat, pozisyon ve durumları ifade eder. Bu itibarla, norm alanının dışında kalan davranış, menfaat, pozisyon ve durumların Madde 13'te belirtilen sınırlamanın sınırları ile bağlı kalması, hak dogmatikliği ile uyumsuzdur. Nitekim sınırlandırılabilirlik argümanının meşru amaç testinde incelenmesi de yerinde değildir.

Süleyman Yaprak vakası¹⁴³⁵, karar düzeltme talebinin süre yönünden reddedilmesini konu alır. Karar düzeltme talebinin UYAP üzerinden tarihinde gönderilmesi

¹⁴³¹ *Neriman Polat Başvurusu*, Baş. No. 2012/1223, Karar Tarihi 05.11.2014, para. 37; *Budo Çelik Başvurusu*, Baş. No. 2013/3954, Karar Tarihi 26.02.2015, para. 36; *Rıza Gençoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2013/3543, Karar Tarihi 07.05.2015, para. 36.

¹⁴³² *Mehmet Ziyat Özdemir Başvurusu*, Baş. No. 2014/13899, Karar Tarihi 12.06.2018, para. 38.

¹⁴³³ *Özkan Şen Başvurusu*, Baş. No. 2012/791, Karar Tarihi 07.11.2013, para. 58; *Yıldız Eker Başvurusu*, Baş. No. 2015/18872, GK Karar Tarihi 22.11.2018, para. 61.

¹⁴³⁴ *Yıldız Eker Başvurusu*, Baş. No. 2015/18872, GK Karar Tarihi 22.11.2018, para. 60 vd.

¹⁴³⁵ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017.

ve fakat dilekçenin bir sonraki gün işleme koyulması söz konusudur. Ancak işleme koyulan tarih dikkate alınarak, karar düzeltme talebi reddedilmiştir.¹⁴³⁶ AYM, öncelikle hakkın kapsamını somutlaştırmış ve müdahalenin varlığını tespit etmiştir.¹⁴³⁷ Mahkeme müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı incelemesinde öncelikle mahkemeye erişim hakkının sınırlanabilirliğini belirlemiştir. Buna göre, mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Bu hakkın öncelikle doğasından kaynaklanan sınırları vardır. Bunun yanı sıra, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak mahkemeye erişim hakkı sınırlanabilir. Mahkeme'ye göre, dava açma hakkının kapsamına ve dava açma koşullarına ilişkin bazı düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkının doğasından kaynaklanır ve hakkın norm alanını belirler. Her halükârda, bu sınırlamalar Anayasa Madde 13'teki gerekliliklere tabidir.¹⁴³⁸ Mahkeme müdahalenin kanuni olduğunu tespit ettikten sonra¹⁴³⁹, müdahalenin dayandığı meşru amacı herhangi bir anayasa maddesine dayanmadan "hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı hukuk düzenine karşı olan güvenin sarsılmasını önlemek" olarak belirlemiştir.¹⁴⁴⁰ Aka-binde ise ölçülülük incelemesine geçmiştir. AYM, Yargıtay'ın dilekçenin işleme koyulduğu tarihi dikkate alarak bu talebi reddetmesinin öngörülebilirlik olarak değerlendirilmeyeceğini, yapılan uygulamanın yanlış bir olguya dayanılarak açık bir hata ile gerçekleştirildiğini ve başvurucunun kanun yolunu kullanması imkânını ortadan kaldırdığını ve başvuru üzerinde ağır bir yüke sebep olduğunu belirterek müdahalenin ölçüsüz olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁴¹

Ahmet Raha Pakkan vakasında¹⁴⁴², başvurucunun kıdem tazminatı talebi, öncelikle iş mahkemesine başvurup idari yargıda süresinde dava açmadığı için idari yargılamada süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir.¹⁴⁴³ Öncelikle hakkın kapsamını somutlaştıran ve müdahalenin varlığını tespit eden¹⁴⁴⁴ Mahkeme, müdahalenin kanuni

¹⁴³⁶ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017, para. 6 vd., 23.

¹⁴³⁷ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017, para. 26-30.

¹⁴³⁸ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017, para. 32.

¹⁴³⁹ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017, para. 34-35.

¹⁴⁴⁰ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017, para. 36.

¹⁴⁴¹ *Süleyman Yaprak Başvurusu*, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017, para. 48.

¹⁴⁴² *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018.

¹⁴⁴³ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 8 vd.

¹⁴⁴⁴ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 36-39.

olduğunu tespit ettikten sonra¹⁴⁴⁵, meşru amaç incelemesinde sınırlandırılabilirlik argümanını (Özkan Şen retoriği¹⁴⁴⁶) tekrar etmiştir.¹⁴⁴⁷ AYM herhangi bir şekilde Anayasa'ya dayanmadan ve fakat "idari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açılma tehdidi altında kalmasını engellemek, kamu hizmetinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesi"ne dayanarak, burada hukuk güvenliğini sağlama meşru amacının bulunduğunu belirlemiştir.¹⁴⁴⁸ Mahkeme'nin ölçülülük testinde incelediği temel husus "davanın doğru yargı yolunda açılmaması sonucu süre aşımı yönünden ret kararı verilmesinde başvurucuya mahkemeye erişim hakkını engelleyecek şekilde bir sorumluluk yüklenerek aşırı katı bir yorumda bulunulup bulunulmadığıdır."¹⁴⁴⁹ AYM'ye göre, başvurucunun özlük haklarına ilişkin olarak açtığı davanın idari yargının görev alanında olduğu ve davanın görevsiz yargı yerinde açılması durumunda da idari dava süresine ilişkin kısıtlamalara tabi olduğu, mevzuat ve içtihat uyarınca belirsiz bir durum içermemektedir.¹⁴⁵⁰ Bu sebeple, derece mahkemelerinin usul kurallarını yorumlarken aşırı şekilci olmadığına, mahkemeye erişimi aşırı derecede zorlaştırmadığına ve yargı yolu ve süresinin kanun ve içtihat uyarınca sabit olduğuna dayanan AYM, mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁵¹

Mustafa Berberoğlu başvurusunda¹⁴⁵², sendika temsilcisi olan başvurucunun atama işleminin iptali talebiyle sendika tarafından açılan dava ehliyet yönünden reddedilmiştir.¹⁴⁵³ AYM, öncelikle hakkın kapsamını somutlaştırmış ve müdahalenin varlığını tespit etmiştir.¹⁴⁵⁴ Müdahalenin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 14 ve 15'e dayandığını ifade eden¹⁴⁵⁵ Mahkeme, meşru amaç incelemesinde mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılabilirliğine ilişkin retoriği tekrar etmiştir.¹⁴⁵⁶ Öncelikle Mahkeme, ehliyet yönünden yapılan müdahalelerin kişilerin izni ve temsil yetkisinin devri söz konusu olmaksızın dava açma hakkının başkalarınca kullanılması

¹⁴⁴⁵ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 45.

¹⁴⁴⁶ *Özkan Şen Başvurusu*, Baş. No. 2012/791, Karar Tarihi 07.11.2013, para. 58.

¹⁴⁴⁷ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 46.

¹⁴⁴⁸ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 47.

¹⁴⁴⁹ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 50.

¹⁴⁵⁰ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 53.

¹⁴⁵¹ *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018, para. 54.

¹⁴⁵² *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020.

¹⁴⁵³ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 7 vd.

¹⁴⁵⁴ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 35-38.

¹⁴⁵⁵ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 41.

¹⁴⁵⁶ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 42.

gibi kişilerin menfaatlerini doğrudan etkileyen ve aleyhlerine hukuk dünyasında kesin hüküm oluşmasına yol açabilecek teşebbüslerin önlenmesi meşru amacına yönelik olduğunu belirlemiştir.¹⁴⁵⁷ Sonrasında ise yargılama usullerinin düzenlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi ve bu suretle iyi adalet yönetiminin de sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesinin Anayasa Madde 2’de düzenlenen hukuk devleti ilkesine dayandığını belirtmiştir.¹⁴⁵⁸ Sonuç olarak, bu vakada mahkemeye erişim hakkını sınırlayan iki amaç belirlemiştir: başkalarının hak ve menfaatleri ve kamu yararı.¹⁴⁵⁹ Ölçülülük incelemesinde, AYM davanın ehliyet yönünden reddi hâlinde yeni bir dava açılmasının neredeyse imkânsız olduğu gözetildiğinde bu araca ancak son çare olarak başvurulması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre, bu ağır müdahaleye ancak daha hafif ve alternatif bir araç yoksa başvurulabilir.¹⁴⁶⁰ AYM, 2577 sayılı Kanun Madde 31’in 6100 sayılı HMK’ya atıfta bulunduğunu ve HMK’nın temsil ve yetki belgesinin eksik olması hâlinde davanın doğrudan reddedilmesini önleyecek mekanizmalar öngördüğünü belirleyerek, eksikliğin tamamlanması şeklinde daha hafif bir müdahale aracının da mevcudiyetini kabul etmiştir.¹⁴⁶¹ Bu sebeple, AYM, müdahalenin ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesine aykırı olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.¹⁴⁶²

Bu kararda da AYM’nin meşru amaç belirlemesi oldukça sorunlu gözükmemektedir. Öncelikle, usul ekonomisi ve adaletin iyi yönetimi yerinde bir şekilde, Anayasa Madde 2’de güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi kapsamında görülse de, Mahkeme türettiği bu somut sınırlama ölçütlerini tekrardan soyutlaştırmış ve aslında hukuk devleti ilkesinden kamu yararı ölçütüne ulaşmıştır. Açıkçası usul ekonomisi ve adaletin iyi yönetimi gibi daha somut sınırlama ölçütlerinden oldukça soyut olan kamu yararı ölçütüne geçilmesi yerinde değildir. Bu durumda, bütün anayasal hakların tabi olduğu hukuk devleti ilkesinden türetilen bir kamu yararı, genel bir sınırlama klozu teşkil eder. Diğer taraftan Mahkeme, başkalarının hak ve menfaatleri sınırlama ölçütü için kendisini anayasaya dayanmak zorunda görmemiş veyahut burada hangi anayasal hakkın bu sınırlandırılabilirliği gerçekleştirdiğini belirtme zahmetine katlanmamıştır.

¹⁴⁵⁷ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 43.

¹⁴⁵⁸ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 44.

¹⁴⁵⁹ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 45.

¹⁴⁶⁰ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 52.

¹⁴⁶¹ *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 53-54.

¹⁴⁶² *Mustafa Berberoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020, para. 55-56.

*M.S.D. ve S.Ç.A. başvurusunda*¹⁴⁶³, ulusal yayın yapan bir gazetede yer alan haber dolayısıyla ilgili gazeteye gönderilen cevap ve düzeltme yazısının yayımlanmaması üzerine sulh ceza hâkimliğine yapılan başvurunun gazete aslının talep dilekçesine eklenmediği gerekçesiyle reddedilmesi söz konusudur.¹⁴⁶⁴ Hakkın kapsamını somutlaştırıp, müdahalenin mevcudiyetini tespit eden¹⁴⁶⁵ Mahkeme, 5187 sayılı Basın Kanunu Madde 14'e dayanan müdahalenin kanuni olduğunu kabul etmiştir.¹⁴⁶⁶ Meşru amaç incelemesinde öncelikle *Özkan Şen* kararındaki sınırlandırılabilirlik argümanlarını tekrar eden¹⁴⁶⁷ AYM, usul ekonomisinin gözetilmesi ve adaletin iyi yönetimi somut sınırlama ölçütlerini Anayasa Madde 2'de belirtilen hukuk devleti ilkesinden elde etmiştir.¹⁴⁶⁸ Yine de Mahkeme *Mustafa Berberoğlu* kararında yaptığı aynı hatayı tekrarlamış ve bu somut sınırlama ölçütleri yerine ölçülülük ilkesinde soyut kamu yararını ölçüt olarak almıştır.¹⁴⁶⁹ Bu kararda da AYM mevzuat hükümleri ve Yargıtay kararları gözetildiğinde eksikliğin tamamlanması şeklinde daha hafif bir müdahale aracının mevcut olduğunu tespit etmiştir. Bu bakımdan, Mahkeme, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesinin yerine getirilmediğini bulgulamış ve hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁷⁰

AYM bazı kararlarda ise meşru amacı belirlemeden ve hatta meşru amacın mevcudiyetinde bir sorun olduğunu şerh düşerek ölçülülük incelemesine geçebilmektedir. Özellikle menfaat sahibi olan kişilerin ilgili yargılamadan haberdar edilmemesini konu alan bu kararlarda¹⁴⁷¹, AYM'nin ölçülülük incelemesini nasıl gerçekleştirdiği ise büyük bir gizem taşımaktadır. Zira en temelinde ölçülülük incelemesi, bir amaç-araç incelemesini ifade eder. Dolayısıyla bu kararlarda, meşru amaç incelemesinde ihlal kararı verilmesi gerekirken, ölçülülük incelemesine devam edilmesi sınırlama dogmatğine uygun değildir.

¹⁴⁶³ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021.

¹⁴⁶⁴ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 8 vd.

¹⁴⁶⁵ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 26-29.

¹⁴⁶⁶ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 33.

¹⁴⁶⁷ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 34.

¹⁴⁶⁸ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 36.

¹⁴⁶⁹ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 37.

¹⁴⁷⁰ *M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu*, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021, para. 48-50.

¹⁴⁷¹ Bkz. *Yusuf Bilin Başvurusu*, Baş. No. 2014/14498, Karar Tarihi 26.12.2017, para. 56; *Sema Calgav ve Oya Yamak Başvurusu*, Baş. No. 2015/13950, Karar Tarihi 24.05.2018, para. 55.

3.3.2.6.3.2. Masumiyet Karinesi ve Diğer Adil Yargılanma Güvenceleri

Masumiyet karinesi, kişinin bir suç işlediğine yönelik hakkında kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır ve kişinin masumiyetinin asıl olmasını ve suçluluğunu ispat külfetinin iddia makamında olmasını gerektirir. Bu aynı zamanda, kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama ve kamu makamları tarafından suçlu olarak nitelendirilemeyeceğini ve suçlu muamelesine tabi tutulamayacağını da zorunlu kılar.¹⁴⁷² Masumiyet karinesi, geniş anlamda, iddia makamının ispat külfetini üstlenmesi güvencesini¹⁴⁷³, şüpheden sanık yararlanır ilkesini¹⁴⁷⁴, susma ve kendini suçlamaya zorlanmama hakkını¹⁴⁷⁵, makul sürede salıverilme hakkını¹⁴⁷⁶, suç isnadına dayanan bağlantılı yargılamalarda korunmayı¹⁴⁷⁷, yargısal ve kamu makamlarının beyanlarına karşı korunmayı¹⁴⁷⁸ ve basın taarruzuna karşı korunmayı¹⁴⁷⁹ kapsamaktadır.¹⁴⁸⁰

Masumiyet karinesine ilişkin vakalarda AYM'nin Anayasa Madde 13'ten doğan sınırlandırma dogmatikini izlemediği, mahkemeye erişim hakkında görülen inceleme şemasını takip etmediği, sınırlamalarda bir meşru amaç/sınırlama ölçütü belirlemediği ve bu anlamda ölçülülük ilkesini dikey anlamda uygulamadığı¹⁴⁸¹ görülmektedir. Bunun yerine, AİHM'in yargılamaya ilişkin haklarda benimsediği dogmatığe koşut olarak, hakkın kapsamı ve devlet tarafından öngörülen usuli kuralların, bu haklarda güvence altına alınan usuli gerekliliklere uygunluğu incelenir. Bu inceleme hakkın özü güvencesi ile oldukça benzeşmektedir. Genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili karinelerin olduğu durumlarda ispat yükünün yer

¹⁴⁷² Bkz. *Kürşat Eyol Başvurusu*, Baş. No. 2012/665, Karar Tarihi 13.6.2013, para. 26; *Umut Çongar Başvurusu*, Baş. No. 2017/36905, GK Karar Tarihi 21.10.2021, para. 43.

¹⁴⁷³ Bkz. *Kürşat Eyol Başvurusu*, Baş. No. 2012/665, Karar Tarihi 13.6.2013, para. 26; *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/3954, Karar Tarihi 15.02.2017, para. 35.

¹⁴⁷⁴ Bkz. *Ali Öksüz Başvurusu*, Baş. No. 2013/6385, Karar Tarihi 16.04.2016, para. 26 vd.

¹⁴⁷⁵ AYM, E.2004/31, K.2007/11, Karar Tarihi 31.01.2007.

¹⁴⁷⁶ *Murat Narman Başvurusu*, Baş. No. 2012/1137, Karar Tarihi 02.07.2013, para. 61; *Savaş Çetinkaya Başvurusu*, B. No. 2012/1303, Karar Tarihi 21.11.2013, para. 51; *Halas Aslan Başvurusu*, Baş. No. 2014/4994, Karar Tarihi 16.02.2017, para. 78.

¹⁴⁷⁷ *Ramazan Tosun Başvurusu*, Baş. No. 2012/998, Karar Tarihi 07.11.2013, para. 62; *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, Baş. No. 2013/3175, Karar Tarihi 20.02.2014, para. 36.

¹⁴⁷⁸ *Yıldıray Özbey ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2014/18932, Karar Tarihi 08.09.2015, para. 45-46.

¹⁴⁷⁹ *Kadir Sağdıç Başvurusu*, Baş. No. 2013/6617, GK Karar Tarihi 08.04.2015, para. 29.

¹⁴⁸⁰ Tosun, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi*, s. 46 vd.

¹⁴⁸¹ Aksi yönde bkz. Tosun, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi*, s. 40-41.

değiştirmesinin masumiyet karinesine aykırılık taşıması veya sanığa uygulanan fiili veya hukuki karinelerin, bu karinelerin aksinin ispat edilebilirliğinin mevcut olduğu kabul edildiğinde masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmemesi¹⁴⁸², aslında öz güvencesi ile yakından ilişkilidir. Yine de AYM'nin bu kararlarda, herhangi bir sınırlama kaydı olmayan masumiyet karinesinin sınırlandırılabilirliğine ilişkin herhangi bir argüman belirlemediği tespit edilmiştir. Bu durum, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin dogmatığa aykırıdır. Adil yargılanma hakkı tarafından kapsanan yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkında, delillere ilişkin ilkelerde, gerekçeli karar hakkında, silahların eşitliği ilkesinde¹⁴⁸³, suç isnadını öğrenme güvencesinde, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma güvencesinde¹⁴⁸⁴, müdafî yardımından yararlanma hakkında, tanık dinletme güvencesinde, tercümandan yararlanma güvencesinde, aleni yargılanma hakkında, duruşmada hazır bulunma hakkında¹⁴⁸⁵ ve makul sürede yargılanma hakkında AYM, sınırlandırılabilirlik argümantasyonu yapmadan doğrudan sınırlamaya geçmektedir. Dolayısıyla AYM'nin sınırlama kaydı olmayan hakkı sınırlamaya ilişkin içtihatları yalnızca mahkemeye erişim hakkına teşmil eder. Bu bakımdan, AYM'nin bu hatayı düzeltip mahkemeye erişim dışındaki diğer adil yargılanma güvenceleri için de sınırlandırılabilirlik argümantasyonunu geliştirmesi gerekir.

¹⁴⁸² *Umut Çongar Başvurusu*, Baş. No. 2017/36905, GK Karar Tarihi para 44.

¹⁴⁸³ Mahkeme'nin bu argümanlara yer verdiği istisnai kararlar da bulunmaktadır. Bkz. *Yasemin Mutlu Başvurusu*, Baş. No. 2013/1426, Karar Tarihi 25.03.2014, para. 73; *Zekiye Şanlı Başvurusu*, Baş. No. 2012/931, Karar Tarihi 26.06.2014, para. 75; *Ülkü Tanca ve Diğerleri Başvurusu*, Baş. No. 2012/928, Karar Tarihi 11.12.2014, para. 73.

¹⁴⁸⁴ Mahkeme'nin bu argümanlara yer verdiği istisnai bir karar tespit edilmiştir. Bkz. *Ufuk Rifat Çobanoğlu Başvurusu*, Baş. No. 2014/6971, Karar Tarihi 01.02.2017, para. 41.

¹⁴⁸⁵ Mahkeme'nin bu argümanlara yer verdiği istisnai bir karar tespit edilmiştir. Bkz. *Şehrihan Çoban Başvurusu*, Baş. No. 2017/22672, GK Karar Tarihi 06.02.2020, para. 84-85.

SONUÇ

Üç bölümden oluşan bu tezde öncelikle tespit edilen özel bulguları (I) belirtilecektir. Sonrasında ise bir genel değerlendirme (II) yapılacaktır.

I. Özel Bulgular

Liberal, sosyal ve kurumsal boyutları sentezlenen anayasal hakların temelde iki kademededen oluştuğu kabul edilmiştir. İlk kademeyi hakkın kapsamı oluşturur. Bu bağlamda, anayasal hakların kapsamının belirlenmesi gerekir. Bunun için öncelikle hakkın kapsamının temel alındığı yaşam alanının belirlenmesi ve kapsamın bu yaşam alanından çıkarılması gerekir. Her anayasal hakkın kapsamı, temel alındığı yaşam alanına göre belirlenir. Bu bağlamda, anayasal haklar için genel bir kapsam belirleme formülü söz konusu değildir. Yaşam alanının sözgelimi sanat gibi dinamik bir nitelik göstermesi, hakkın kapsamını geniş yorumlanmasına yol açacaktır. Nitekim zamanla yaşam alanında gerçekleşen değişim, hakkın kapsamının belirlenmesine etki eder. Hakkın kapsamının genel-geçer bir şekilde belirlenmesi yerine, her somut vakada ayrıca belirlenmesi gerekir. Bu belirlemede, kullanılması gereken temel araçlar yorum yöntemleri ve ilkeleridir. Anayasal hakların sınırlama klozları/kayıtları ve anayasal sınırlar da hakkın kapsamının belirlenmesine yardımcı olur. Nihayetinde, hakkın kapsamını tahdit eden içkin sınırlama kategorileri hakkın kapsamını tebellür ettirir.

Her anayasal hak, pozitif özgürlüğü kapsar. Negatif özgürlük ise pozitif özgürlüğün bir tamamlayıcısıdır. Diğer bir deyişle, anayasal haklar içerdiği bir pozitif özgürlüğe karşılık gelen bir negatif özgürlüğü kapsar. Anayasal hakların sentezlenen boyutları da anayasal hakların devlete hem negatif edim hem de pozitif edim yükümlülüğü yüklemesini gerektirir.

Devletin bir müdahalesinin ve hareketsizliğinin, anayasal hakların kapsamında yer alan davranışa, menfaate, alana, duruma, kuruma veya hukuki pozisyona yönelmişliğinin kabul edildiği durumda, devletin bu sınırlamasını meşrulaştırması gerekmektedir. Her anayasa, anayasal hakların sınırlanması için maddi ve şekli anayasal gereklilikler öngörmüştür. Anayasal gerekliliklerde ölçülülük ilkesi ön plana çıkmaktadır. Ölçülülük ilkesinin uygulaması, devletin yükümlülük tipolojisine göre değişmektedir. Genel olarak, anayasal haklar ile sınırlama klozları ve çatışan anayasal değerler arasında bir adil denge veya bir ölçü bulmaktan ziyade, gerçekleştirilmiş olan sınırlamanın elverişsiz, gereksiz veya ölçüsüz olup olmadığı incelenmektedir. Bu bakımdan, ölçülülük (orantılılık) ilkesi aslında tartılan ve karşılaştırılan değerler arasındaki hassas bir dengeyi ve dengelemeyi ifade etmez. Açıktır ki, tartılan değerler arasında

ortaya çıkan dengesizliğin ve orantısızlığın kamu makamları ve özellikle anayasa mahkemeleri/AİHM nezdindeki tespiti için bu dengesizliğin ve orantısızlığın sarıh, gözle görülebilir ve tespit edilebilir olması gerekir. Aşırılık yasağının ihlali, amaçlar ve araçlar arasında bariz orantısızlık olması durumunda söz konusu olur.

Ölçülülük ilkesinin yanı sıra, hakkın özüne dokunma yasağı da burada uygulanabilecek ayrı bir anayasal gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Ağır basan bir meşru amaç veya üçüncü kişinin yararı söz konusu olduğunda, hakkın özüne dokunma yasağı halen kullanılabilir. Bu tip durumlarda, müdahale ölçülü olmakla birlikte, müdahalenin hakkın özüne dokunabileceğini kabul etmek gerekir.

Şekli içkin sınırlama teorileri bakımından diğer anayasal hakların sınırlama kayıtlarından devşirilen sınırlamalar, özellikle her bir sınırlama klozunun anayasal haklara özgülenmesiyle ve dolayısıyla anayasa koyucunun iradesi ile çelişmektedir. Bu itibarla, devşirme yöntemiyle uygulanan içkin sınırlama teorilerinin kabul edilmesi mümkün değildir. Maddi içkin sınırlama teorileri ise anayasanın maddi boyutuna ilişkindir. Bu bakımdan, yeterli argümanların bulunması durumunda, maddi içkin sınırlama teorilerinin uygulanması mümkündür.

İçkin sınırlama kategorilerini meşrulaştıracak altı argüman tespit edilmiştir. Bu argümanlardan ilki norm ile norm metninin birbirinden ayrılmasıdır. Buna göre, norm metni normu ifade etmemektedir. Norm, norm metninden yola çıkarak yorum yöntemleri ve ilkeleri ile ulaşılan anlamı ifade etmektedir. İnsan imgesi argümanı, bir yandan toplumsallığı ve topluma bağlılığı, diğer yandan bireyin özerkliğini ve bu özerklik içinde toplumsallığın dokunamayacağı insan onurunu ortaya koyar. Anayasal hakların ön koşulları argümanı, anayasal hakların kullanımı ve gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olan olgusal ön koşulları gerekçelendirir. Bu bağlamda, anayasal hakların etkililik, kullanım ve geçerlilik ön koşullarının bulunduğu söylenebilir. Bir anayasal hakkın gerçek kullanım/uygulanma alanı, bu ön koşulların dikkate alınmasıyla belirlenebilir. Anayasanın bütünlüğü argümanı, anayasal hakların anayasanın bütününden izole bir şekilde uygulanmaması ve anayasanın diğer maddeleriyle birlikte uygulanması gerekliliğini ifade eder. Anayasal hakların diğer anayasal değerlerle çatışabilmesi, böyle bir bütünlüğün olmadığı anlamına gelmez. Zira anayasal bütünlük ilkesi, bu çatışmaların çözülüp çözülemediği ile ilgilendir. Değerler düzeni, anayasal hakların maddi boyutunu imler. Bir anayasal hak, diğer anayasa maddeleriyle birlikte bir objektif değerler düzeni oluşturur. Bu sebeple, değerler düzeninin anayasanın bütünlüğü ilkesini tamamladığı görülür. Eşyanın doğası argümanı, bir sosyal olgu

içerisindeki bir kuruma atıf yapar. Bu durumda, atıf yapılan ilgili kurumun veya olgunun toplumsal yapısı, amacı ve gereklilikleri, hakkın kapsamının belirlenmesinde dikkate almayı gerektirir. Eşyanın doğası argümanı, aynı zamanda pozitif hukukta yer alan maddenin, özellikle anayasal hakların doğasına ve niteliğine atıf yapar. Burada söz konusu anayasal hakka yapılan atıf dolayısıyla anayasal hakkın konusunun amacı, niteliği ve yapısı incelenerek bir sonuca ulaşılır.

Bu çalışmada, altı içkin sınırlama kategorisi benimsenmiştir. Bunlardan ilk beşi hakkın kapsamını tahdit edebiliyorken, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar kategorisi, anayasal hakların kapsamını tahdit edemez.

İlk içkin sınırlama kategorisi anayasal hakları kullanma ehliyetidir. Bu içkin sınırlama, anayasal hak kullanmaya kabil olan kişilerin anayasal hakları kullanabileceği, anayasal hakları kullanamayacak olan çocuk, engelli gibi kişilerin bu hakları tek başına kullanamayacakları ve fakat vasileri veya velileri aracılığıyla bu hakların korumasının tetiklenebileceğini ortaya koyar. Devletin gerçekleştirdiği bu tahditte yasaya dayanmasına gerek olmasa da, yasaya dayanmasında yarar vardır. Anayasal hakları kullanma ehliyeti, FAYM kararlarında belirli ölçüde kendine yer bulmaktadır. FAYM, açık bir şekilde anayasal hakları kullanma ehliyetini yapılandırmasa da, bazı kararlarında bu içkin sınırlamayı benimsediği görülmektedir. Ancak gerek AİHM kararlarında, gerekse de AYM kararlarında bu içkin sınırlamanın açık bir şekilde benimsenmediği veya dikkate bile alınmadığı tespit edilmiştir.

İkinci içkin sınırlama kategorisi *neminem-laedere* gerekliliği/zarar verme yasasıdır. Zarar verme veyahut şiddet yasağının tipikleştirilebildiği iki örnek vardır. Bunlardan birincisi mutlak haklardır. İkincisi ise şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normlarıdır. Her üç hukuk sisteminde de mutlak hakların benimsendiği görülmektedir. Bunun bir sonucu olarak, mutlak hakların kapsamında yer alan herhangi bir davranışa, menfaate, duruma, alana veya hukuki pozisyona zarar veren her davranış, menfaat, durum, alan veya pozisyon anayasal hakların kapsamından tahdit edilmiştir. Şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları ise aslında anayasal hakların kapsamını tahdit eden kurucu bir işlem değildir. Ancak anayasaya aykırı olmadığı kabul edilen veya şüphesiz olan ve şiddet unsurunu içeren davranışları yasaklayan ceza normları, normun yasakladığı davranışın anayasal hakların kapsamından dışlandığını gösteren bir göstergedir. Zira şiddet unsuru içeren bir davranış genel olarak bir hukuk sisteminde yasaklanmışsa ve davranışın karşılığında bir para veya hapis cezası öngörülmüşse, bu davranışın anayasal hakların korumasından

yararlanamayacağını kabul edilmesi gerekir. Mahkemelerin yasama organına belirli davranışların ceza normu olarak yasaklanması gerekliliğini yüklemesi, bu için sınırlama kategorisinin zımni olarak kabul edildiğine işaret eder. Her üç hukuk sisteminde de mahkemelerin bu pozitif edim yükümlülüğü, yasama organlarına yüklediği tespit edilmiştir. Ancak AYM bakımından yasama organının bu yükümlülüğüne ilişkin bir ihlal kararına rastlanmamıştır.

Üçüncü içkin sınırlama kategorisi iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisidir. Burada memurların, kamu görevlilerinin, öğrencilerin ve mahkûmların anayasal hakları, mensup oldukları veya tabi oldukları kurumların gerçekleştirdiği fonksiyonlara dayanarak tahdit edilir veya sınırlandırılır. İktidar/İdare ile yakın ilişkide olan kişilerin talepleri, bu fonksiyona aykırı olduğu veya uzlaşmaz bir çelişkide olduğu müddetçe, anayasal hakların kapsamından tahdit edilir. Ancak yakın ilişkideki kişilerin talepleri ile mensup oldukları kurumların fonksiyonları arasında basit bir uyumsuzluk varsa, bu durumda iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişilerin yalnızca normatif argümanı zayıflar. Memurların ve kamu görevlilerinin mensup oldukları kurumların gerçekleştirdiği fonksiyon, her kurum bakımından ayrı olarak değerlendirilir. Sözgelimi bir askerin kılık kıyafete ilişkin talebi, ordunun gerçekleştirdiği fonksiyon ve bu fonksiyonun gerektirdiği disiplin ve yükümlülükler uyarınca hakkın kapsamından dışlanabilir. Ancak bir öğretmenin böyle bir talebi, dengeleme yapmayı gerektirir. Öğrencilerin tabi olduğu kurum, eğitim fonksiyonunu yerine getirirken, mahkûmların tabi olduğu kurum, ceza ve infaz fonksiyonunu yerine getirir. Yakın ilişkide yasama organının çerçeve ve esnek yasalar çıkarması ve bu konuya ilişkin detaylı düzenlemeyi idareye bırakması gerekir.

FAYM'ın iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisini benimsediğini gösteren münferit kararları bulunmaktadır. Bununla birlikte, FAYM'ın benimsediği dogmatik görünüşte bu kategoriyi kabul etmediği görülmektedir. Ancak iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisinin sınırlamanın meşrulaştırılması aşamasını oldukça görelileştirdiği tespit edilmiştir. FAYM, bu kategoride maddi anayasal gereklilikleri özenli bir şekilde uygulamamaktadır.

İktidar/İdare ile yakın ilişkide bulunan kişiler kategorisini ilgilendiren vakalarda, Sözleşme organları bazı kararlarında hakkın kapsamını tahdit ederken; birçok kararda ise bu kategoriyi başvurucunun normatif argümanlarını zayıflatan bir etken olarak dikkate almıştır.

AYM'nin bu konudaki kararları incelendiğinde, öncelikle anayasada ve

kanunlarda geniş kapsamlı bir tahdidin yapılmış olmasının AYM'nin iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisini geliştirmekten alıkoyduğu söylenebilir. Bununla birlikte, AYM'nin birçok kararında açıkça dayanaktan yoksunluk kararına başvurduğu görülmektedir. Bu kararlarda, çoğunlukla görünüşte bir dengeleme yapıldığı gözükse de aslında bir dengelemeden bahsedilemez. Bu durum, bir yandan yargısal argümantasyonun gelişmesinde bir engel oluştururken, diğer yandan ölçülülük ilkesinin devlete anayasal haklar bakımından getirdiği kısıtlamayı da silikleştirmekte ve anayasal hakların getirdiği korumayı zayıflatmaktadır. Bu bakımdan, iktidar/idare ile yakın ilişkide olan kişiler kategorisinin benimsenmesi daha yerinde olur.

Dördüncü içkin sınırlama kategorisi, kurumsal anayasal haklardır. Kurumsal anayasal hakların zımni bir şekilde getirdiği sınırlamayı ikiye ayırmak gerekir. Kurumsal anayasal haklar, anayasa altı mevzuatta oluşan kurumun korunmasını gerektirdiğinden, yasama organının yasa değişikliklerine karşı bir koruma güvencesi verir. Bununla birlikte, ölçülü olmayan her yasa değişikliği ihlal oluşturmamakta, yalnızca norm grubunun temel yapısal ilkelerine yönelen değişiklikleri bir ihlal teşkil etmektedir. Bu bağlamda, yasama organının sınırlama oluşturmamayan düzenleme alanı artar. Bu alan, kurumsal anayasal hakların içkin sınırlarını oluşturur. İkincisi ise kurumu düzenleyen anayasa altı mevzuatta öngörülen yükümlülüklerde ve şartlarda ortaya çıkar. Bu yükümlülükler ve şartlar, ilgili kurumu korumaya yönelikse, bu yükümlülüğe ve sınırlamaya karşı hak talepleri, anayasal hakkın kapsamında yer almaz. Ancak bu yükümlülük ilgili kurumu korumaya yönelik değilse, bu durumda devletin bu yükümlülük aracılığıyla getirdiği sınırlamayı meşrulaştırması gerekir. Her halükârda, kurumsal hakların yapısı gereği devletin gerçekleştirdiği tahditte veya sınırlamada yasaya dayanması gerekir.

FAYM'ın kararlarında, Alman Anayasası Madde 6'da düzenlenen evlilik ve aile hakkında, Madde 9/1'de düzenlenen örgütlenme özgürlüğü hakkında ve Madde 9/3'te düzenlenen sendika hakkında bu çalışmada belirlenen kurumsal hak anlayışını takip ettiği görülmektedir. Bununla birlikte, FAYM'ın bu yaklaşımının istikrarlı devam ettiği söylenemez.

AlHS sisteminde ise bu yaklaşımın büyük ölçüde AlHS Madde 12'de düzenlenen evlenme hakkında takip edildiği görülmektedir. Sözleşme organları, evlenme hakkına ilişkin birçok belirlemeyi Taraf Devletler'e bırakmaktadır.

AYM'nin içtihatları her ne kadar bir kurumsal hak teorisi geliştiremeye yeterli olmasa da, kurumsal anayasal hakların temel nüvelerinin Türk Anayasası Madde

33'te düzenlenen örgütlenme hakkına ilişkin norm denetimi kararlarında tebellür ettiği görülmektedir. Alman Anayasası Madde 14'te, P1-1'de ve Türk Anayasası Madde 35'te düzenlenen mülkiyet hakkı bakımından ise mahkemelerin bu yaklaşımı benimsediği tespit edilmiştir. Ancak yine de, her üç hukuk sisteminde de mülkiyet hakkı için belirlenen kontrol tipi sınırlamanın altında bu hakkın kurumsal niteliği yatmaktadır.

Beşinci içkin sınırlama kategorisi, mücadeleci demokrasi kaydıdır. Günümüzde artık bir demokrasinin mücadeleci olup olmadığı değil, ne kadar mücadeleci olduğu incelenmektedir. Bu bağlamda, her anayasa, anayasa koyucunun temel kararlarına ve bu temel kararların içeriğini belirleyen temel değerlere dayanır. Mücadeleci demokrasi, anayasanın benimsediği bu temel değerlere yönelen tehlikelere karşı anayasayı korur. Anayasanın dayandığı bu temel değerlere karşı olan ve bu bağlamda aşırı/radikal olarak nitelendirilen herhangi bir davranış, menfaat, durum, alan ve pozisyon anayasal hakların kapsamından tahdit edilir veya sınırlanır. Burada belirleyici olan kriter, her bir anayasal sistemde ve her bir vakada ortaya çıkan tehlikenin soyutluğu/somutluğu ve yakınlığıdır. Somut bir tehlike söz konusu olduğunda, ilgili davranış, menfaat, durum, alan ve pozisyon anayasal hakların kapsamından tahdit edilir. Bu durumda, devletin gerçekleştirdiği herhangi bir sınırlamanın anayasanın maddi ve şekli gerekliliklerini yerine getirmesine gerek yoktur. Soyut bir tehlike söz konusu olduğunda ise hak sahibinin normatif argümanları zayıflar. Bu durumda, devletin gerçekleştirdiği sınırlamada, maddi ve şekli anayasal gereklilikleri yerine getirmesi gerekir. Bunların yanı sıra, özellikle kriz veya olağanüstü hâl zamanlarında, gerçekleştirilen bayrak yarışı (*rally 'round the flag*) çerçevesinde mahkemelerin inceleme standartlarında bir değişim yaşandığını söylemek mümkündür.

Mücadeleci demokrasi, Alman Anayasası tarafından tartışmasız bir şekilde benimsenmiş ve anayasal hakların kapsamının ve somut vakadaki şikâyetçinin normatif argümanlarının yorumlanmasında dikkate alınmıştır. Özellikle sağ veya sol radikal görüşlerin özgür demokratik temel düzen için somut bir tehlike arz ettiği durumlarda, ilgili anayasal hakkın kapsamının tahdit edildiği; diğer durumlarda ise şikâyetçinin normatif argümanlarının zayıfladığı görülmüştür.

Sözleşme organları, AİHS Madde 17'yi açık bir şekilde vakalarında doğrudan veya dolaylı olarak uygulamaktadır. Doğrudan uygulamada, anayasal hakların kapsamı tahdit edilirken, dolaylı uygulamada başvuruçuların normatif argümanları zayıflamaktadır. Madde 17'de söz konusu olan bu uygulama ve görünüm farklılıkları, olguda neyin Sözleşme bakımından tehlike oluşturduğunun değişimine dayanmaktadır.

Bu bağlamda, nefret söylemi, şiddet çağrısı, yabancı düşmanlığı ve ırksal ayrımcılık, anti-semitizm, islamofobi, terörizm ve savaş suçlarını aklayan ifadeler/eylemler, Yahudi Soykırımı gibi açıkça ortaya konan tarihi gerçeklerin inkârı ve revizyonu, Yahudi Soykırımı'nın, savaşın ve/veya totaliter rejimin mağdurlarını suçlama ve demokrasi ile uyuşmayan totaliter ideoloji ve siyasal düşüncelerin ifadesi, AİHS Madde 17'nin hukuki sonucunu tetiklemektedir.

AYM'nin mücadeleci demokrasi kullanımı teoride ve lafızda kalmıştır. Ancak teorik olarak AYM, Anayasa Madde 14 kapsamında kötüye kullanma teşkil eden bir davranışı hakkın kapsamından tahdit eder. Nihayetinde AYM'nin Madde 14'ü ne somutlaştırma, ne de uygulama isteği olduğunu söylemek mümkündür.

Altıncı ve son içkin sınırlama kategorisi sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar kategorisidir. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların çatışan anayasal haklar ve diğer anayasal değerlerle sınırlandırılabilmesinin kabul edilmesi gerekir. Burada, bir anayasal hakkın veya bir anayasal değer sınırlama kaydı olmayan anayasal hakla çatışabilmesi için devlete bir yükümlülük yüklemesi gerekmektedir. Dolayısıyla sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilen anayasal değerlerin belirlenmesinde devletin bir takdirinin değil, bir zorunluluğunun bulunması gerekir. Bu da, çatışmanın kaçınılmaz olmasını gerektirir. Anayasal hak çatışmalarında, çatışan haklardan birisi negatif, diğeri ise pozitif edim yükümlülüğünü devlete yükler. Bu sebeple, devlet hem aşırılık yasağına hem de asgarilik yasağına tabi olur ve bu yasakların gerekliliklerini yerine getirir. Çatışan diğer anayasal değerlerde ise öncelikle bu anayasal değerleri sınıflandırmak ve sınırlandırma ilişkisini bu sınıflandırmaya göre kurmak gerekir. Anayasanın yapısal bir ilkesi, anayasanın belirli bir hükmünde somutlaşmış olması şartıyla, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandıran bir anayasal değer olabilir. Devletin temel amaçları ve devlete yüklenen temel görevler, devlet organlarına bir işlem yapma yetkisi verdiğinden sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırmaya elverişli anayasal değerlerdir. Bir devlet amacının veya hut görevinin/yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi, zorunlu olarak sınırlama kaydı olmayan anayasal haklara müdahale edilmesini gerektiriyorsa, bu durumda devletin temel amaç ve görevleri, maddi ve şekli anayasal gereklilikler çerçevesinde sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilir. Yetki normları, istisnai olarak sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırmaya elverişlidir. Anayasada açıkça veya zımni olarak öngörülen anayasal yükümlülükler de sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlayabilir. Son olarak maddi anayasadan türetilen değerler de

sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilir. Ancak mahkemelerin bunu ikna edici bir şekilde gerekçelendirmesi ve bu değerleri olabildiğince somutlaştırması gerekir. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılması, diğer anayasal hakların sınırlandırılmasına nazaran argümantatif bir farklılık içerir. Zira mahkemelerin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırırken öncelikle, bu hakların sınırlandırılabilirliğini ve sonrasında ise hangi değerle sınırlandırılabilirliğini gerekçelendirmesi gerekir. Bu durum, basit veya nitelikli yasa kaydına sahip olan anayasal haklarda söz konusu değildir. Nitekim anayasa koyucunun iradesi dolayısıyla, sınırlama kaydı olmayan anayasal haklarda yasama organının takdir alanı en dar halini alır. Basit yasa kaydına tabi anayasal haklarda ise yasama organının takdir alanı en geniş halini alır. Nitelikli yasa kaydı bulunan anayasal haklarda yasama organının takdir alanı ise bu iki form arasında yer alır. Dolayısıyla sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar evleviyet kuralı gereği müdahalenin yasallığı/hukukiliği incelemesinden istisna da tutulamaz. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında devletin bir yasal dayanağa ihtiyacı vardır. Son olarak belirtmek gerekir ki çatışan anayasal haklar ve diğer anayasal değerler, yalnızca sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırmaz. Bu anayasal değerler, anayasanın bütünlüğü dolayısıyla bütün anayasal hakları sınırlandırabilir.

Bu çalışmada, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin dogmatikte büyük ölçüde FAYM'ın kararları ve Alman anayasa hukuk literatürü dikkate alınmıştır. Bu bağlamda, FAYM'ın kararlarında bu çalışmada belirlenen kriterlere büyük ölçüde uyması söz konusudur. FAYM sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında, insan imgesi, anayasanın bütünlüğü ve değerler düzeni argümanlarına dayanmıştır. Nitekim bir örneklem olarak incelenen Alman Anayasası Madde 4'te düzenlenen din, vicdan ve kanaat özgürlüğü hakkına ve Madde 5/3'te düzenlenen sanat özgürlüğü hakkına ilişkin kararlarda, FAYM'ın her iki hakkın yaşam alanına özgü olan koruma argümanlarını dikkate alarak karar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte, özellikle çatışan anayasal değerlerin anayasaya dayandırıldığı bazı kararlarda FAYM'ın ikna edici bir gerekçe sunmadığı da görülmektedir. FAYM'ın çatışan diğer anayasal değerleri türetirken özenli davranmadığı ve bu sebeple herhangi bir değeri anayasallaştırarak sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabileceği ifade edilmiştir. Özellikle çatışan anayasal değerleri yetki normlarından türettiği kararlarında FAYM'ın yeterli gerekçelendirmeyi kararlara yansıttığı söylenemez.

Sözleşme organları, hakkın doğası argümanına dayanarak bu hakların devlet

tarafından düzenlenmesi gerektiğini ve bu düzenlemelerin de toplumun ve bireylerin ihtiyaç ve kaynaklarına göre ve zamana ve mekâna göre değişebildiğini kabul etmiştir. AİHM, sınırlama kaydı olmayan bu hakların sınırlandırılmasının meşrulaştırılması aşamasında ise devletin bu müdahale/düzenleme alanını hakkın özü ile sınırlı tutmuştur. Alman Anayasası'nda sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılması bakımından belirlenen dogmatik dikkate alındığında, AİHM'in oluşturduğu bu dogmatik oldukça muğlak kalmıştır. AİHM'in içtihatlarına bakıldığında, sınırlama kaydı olmayan hakların sınırlandırılmasında devletlerin bir meşru amaca dayanması gerekip gerekmediği belirli değildir. Devletlerin yapacakları düzenlemelerin toplumun ve bireylerin ihtiyaçlarına duyarlı olmasının AİHM tarafından kabulü, Taraf Devletlerin bu hakları sınırlandırırken toplumun veya bireylerin menfaatlerine dayanmasını gerektirebilir. Bununla birlikte, AİHM, FAYM'ın aksine sınırlama kaydı olmayan Sözleşme haklarını sınırlandıran bu meşru amaçların kapsamını da belirlememiştir. Nitekim FAYM sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların ancak anayasal haklar veyahut anayasal düzeydeki değerlerle sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Ancak AİHM, bu hakları sınırlandıran sınırlama ölçütlerini Sözleşme düzeyindeki değerlerle sınırlamamıştır. Yalnızca P1-3'te düzenlenen serbest seçim hakkı bakımından, serbest seçim hakkını sınırlandırabilen sınırlama ölçütlerine bir sınırlama getirilmiştir. P1-3 bakımından Mahkeme'nin meşru amaç kriterinde öncelikle Madde 8-11'de yer alan listeyi kabul ettiği ancak bu listenin dışında da hukuk devleti ve Sözleşme'nin temel amaçları ile uyumlu olan meşru amaçların Taraf Devletler tarafından izlenebileceğini kabul ettiği görülmüştür. Gerek sınırlama kaydı olmayan hakları sınırlandıran sınırlama ölçütlerinin Sözleşme'den türetilmesi zorunluluğunun olmaması, gerekse de sınırlama kaydı olmayan bu hakların sınırlandırılmasının sınırının yalnızca hakkın özü olarak belirlenmesi, sınırlama kaydı olmayan Sözleşme haklarını diğer Sözleşme haklarına göre daha görelileştirmekte ve sınırlandırılmasını kolaylaştırmaktadır. Bu bağlamda, AİHM'in sınırlama kaydı olmayan Sözleşme haklarının sınırlandırılmasındaki veya sınırlandırılabilmesindeki argümantatif farklılığı dikkate almadığı tespit edilmiştir.

AYM hakkın doğası argümanına dayanarak çatışan anayasal hakların veya diğer anayasal değerlerin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabileceğini kabul etmiştir. Ancak AYM'nin sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasına ilişkin kararlarında birçok sorun bulunmaktadır. AYM'nin birçok kararında sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandıran anayasal değerlerin türetilmesinde herhangi bir anayasa maddesine dayanmadığı gibi maddi anayasadan

da türetmediği tespit edilmiştir. AYM'nin bazı kararlarında ise sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilen sınırlama ölçütlerinin türetiminde oldukça zorlama yorumlara başvurduğu görülmektedir. Mahkeme, birçok kararında kamu yararı, milli güvenlik ve kamu düzeni gibi sınırlama ölçütlerini sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırmak için kullanmıştır. Ancak bu yorumla birlikte Mahkeme aslında, oldukça genel ve soyut sınırlama ölçütü ile bütün anayasal hakların tabi olduğu genel bir sınırlama klozu yaratmıştır. Sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırılan çatışan anayasal haklar ve diğer anayasal değerler, sınırlama kaydı olan anayasal haklar için de bir sınırlama ölçütü teşkil eder. Buradaki temel sorun AYM'nin kamu yararı, milli güvenlik ve kamu düzeni gibi oldukça soyut, genel ve bütün anayasal haklara her vakada uygulanabilecek sınırlama ölçütleri belirlemesidir. Bunların yanı sıra AYM'nin Türk Anayasası Madde 5'te yer alan kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ibaresinden milli güvenlik ve kamu düzeni sınırlama ölçütlerini elde ederken ileri sürdüğü argümanlar ikna edicilikten uzaktır. AYM'nin bu yöndeki kararları, Anayasa'da benimsenen sınırlama dogmatikğini görelileştirmekte ve sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları diğer anayasal haklardan ayırt edilemez hale getirmektedir. Nitekim bazı kararlarda AYM, hiçbir şekilde anayasaya dayanma çabası göstermeden yalnızca kamu düzeni ve milli güvenlik ölçütlerine dayanarak sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılmasında meşru amaç testini geçmektedir. Bazı kararlarda ise bu ölçütlerin doğrudan anayasal hakkın doğasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Bu durum, hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. AYM'nin i) sınırlama kaydı olmayan anayasal hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin tartışmayı (retoriği) meşru amaç incelemesinde yapması, ii) terminolojiyi oldukça yanlış bir şekilde kullanması (sözgelimi norm alanını hakkın sınırlandırılmasının meşrulaştırılması aşamasında kullanması), iii) bazı kararlarda ise meşru amacı belirlemeden ve hatta meşru amacın mevcudiyetinde bir sorun olduğunu şerh düşerek ölçülülük incelemesine geçmesi ve iv) adil yargılama güvenceleri bakımından yalnızca mahkemeye erişim hakkında retoriğini tekrar etmesi ve fakat diğer adil yargılanma güvencelerinde bu retoriğe dahi başvurmaması, AYM'nin aslında bir hak dogmatikği dahi oluşturamadığını göstermektedir. Bunun en önemli sebebi, AYM'nin FAYM içtihatlarını lafız olarak tekrar ederken, AİHM'in kararlarını yansıma olarak taklit etmesidir. Zira AİHM, sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilen sınırlama ölçütlerinin takdirini içtihatlarında genel olarak Taraf Devletlere bırakmıştır. AYM, bu dogmatik farklılık karşısında bocalamakta ve kendi özgün dogmatikğini

oluşturamamaktadır. Nitekim buna Türk hukuk sistemindeki sosyolojik/yapısal sorunları da eklemek gerekir.

II. Genel Değerlendirme

Bu çalışmanın temel amaçlarından biri içkin sınırlama doktrininin (içkin sınırlama kategorilerinin) incelenen anayasal sistemler çerçevesinde meşrulaştırılıp meşrulaştırılmayacağıdır. Bu çalışmada ileri sürülen meşrulaştırıcı argümanlar, aslında ilgili anayasal sistemlerde hüküm süren temel ön-anlayışları ifade eder. Nitekim bu ön-anlayışlar (içkin sınırlamayı meşrulaştıran argümanlar) ile norm metninden norma giden süreçte ilgili hukuki ve/veya olgusal meselede hukukçular (hakimler ve avukatlar) anlamlandırmanın ve yorumun istikametini belirlemekte veya belirli yorum olanaklarını dışlamaktadır. Dolayısıyla bu ön-anlayışlar normatif sistem için (hukukçuların) hukuk düşüncesinde oluşturulan ve bilinçli veya bilinçsiz olarak sürekli başvuru alan arketipleri/şablonları ifade eder. Temel ön-anlayış tiplerinin tespit edilmesi ile özgürlüğün hukuki olarak ne ölçüde güvence altına alınacağı, sınırlamanın ne ölçüde gerçekleştirilebileceği ve norm metninde belirtilmeyen sınırlamaların/tahditlerin ne ölçüde hukukçuların ulaşacağı normda ortaya çıkacağı kısmen belirlenmiş olur. Bu sebeple, içkin sınırlama kategorileri, bu konunun araştırmacısının istemiyle veya istemsiz olarak kendiliğinden meşrulaşır. Zira normun uygulayıcıları adını koymasalar da, açıkça reddetseler de anayasal sisteme hakim olan ön-anlayışların yönlendirmesiyle bilinçli veya bilinçsiz olarak içkin sınırlama kategorilerine yönelir. Hâkimin buna hakkın kapsamı aşamasında veyahut sınırlamanın meşrulaştırılması (sınırın sınırı) aşamasında yönelmesi bir şeyi değiştirmez. Nihayetinde her iki aşamada da hâkim içkin sınırlama kategorisine çekilerek aslında normun hukuki sonucunun doğmayacağına kanaat getirir.

İçkin sınırlama kategorileri anayasal sistemlerde hüküm süren ön-anlayışlara dayandığından, içkin sınırlamaları uygulamaları için hakimlerin içkin sınırlamaya ilişkin ilgili doktrinleri bilmelerine ve içkin sınırlama kategorilerin sistematikleştirebilme kapasitelerine sahip olmalarına gerek yoktur. Bu bakımdan, içkin sınırlamalara/tahditlere yapılan, şeffaflığa, hukuki güvenliğe ve özgürlükten kayba ilişkin itirazlar yerinde değildir. Zira bu itirazı yapanlar, bu tezde incelenen anayasal sistemlerde tespit edilen ön-anlayışların zorunlu ve sezgisel olarak içkin sınırlamayı gerektireceğinin farkında değillerdir. Hukukçuların düşüncelerini etkileyen farklı ön-anlayışlar yerleşmedikçe (ki bu aslında uzun bir toplumsal/olgusal dönüşümü gerektirir) içkin sınırlamalar meşruiyetini koruyacaktır. Tezde belirlenen ön-anlayışları içeren anayasal sistemler

bakımından kaçınılmaz hale gelen içkin sınırlamaların sistematik hale getirilmesi, kategorize ve dogmatize edilmeleri gerekir. Aksi takdirde, hukukçuların arketipinde yer alan ön-anlayışlarla içkin sınırlamalar herhangi bir hukuki güvence, belirlilik ve öngörülebilirlik olmadan tamamen sezgisel bir şekilde uygulanacaktır. Sözgelimi AYM, memurlar veya mahkûmlarla ilgili ayrıkçı durumu sezmiş ve fakat içkin sınırlamanın konusuna özgü standartlar/kriterler çerçevesinde bir dogmatik haline getirmemiştir.

Bu çalışmanın diğer bir temel amacı ise bu tezde belirlenen içkin sınırlama kategorilerinin incelenen anayasal sistemlerde/mahkeme kararlarında ne ölçüde karşılık bulduğunun tespit edilmesidir. Bu tezde sistematikleştirildiği şekilde olmasa bile maddi içkin sınırlama kategorilerinin (anayasal hakları kullanma ehliyeti, zarar verme yasağı, iktidar/idare yakın ilişkide olan kişiler, kurumsal anayasal haklar) etkilerine ilişkin temel nüvelerinin ilgili içtihatlarda karşılandığı görülmektedir.¹⁴⁸⁶ Sözgelimi kurumsal anayasal hak ayırımına AİHS veya Türk Anayasası doktrin ve içtihatlarında rastlanmaz. Ancak yine de mahkemeler sezgisel olarak bu haklarda yasama organına geniş takdir alanı tanır. Kurumsal anayasal haklar yapısal olarak yasama organının düzenlemesine muhtaç olduğundan, hâkimleri yasama organına geniş takdir bırakmaya zorlar.

Şekli içkin sınırlama kategorisi olan sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar bakımından ise her üç sistemde de bu hakların sınırlandırılabilirliğinin kabul edildiği görülmektedir. Burada, AİHS'in Alman Anayasası'ndan ve Türk Anayasası'ndan ayrıkçı olan durumunu yinelemek gerekir. AİHS'te sınırlandırılabilirliği evleviyetle/(doğaları gereği) kabul edilmesi gereken haklar, sınırlama kaydı olmadan güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla nitelikli yasa kaydına tabi haklara göre sınırlama kaydı olmayan haklarda daha düşük düzeyde (belki de basit yasa kaydı düzeyinde) koruma standardı sağlar. Aynı zamanda AİHS'te sınırlama kaydı olmayan anayasal hakları sınırlandırabilecek toplumsal değerlerin anayasalara göre daha sınırlı olması da bu yaklaşımın benimsenmesine yol açmıştır. Türk Anayasası'nın AİHS'teki ayrıkçı durumuna sahip olmamasına rağmen, AYM'nin sınırlama kaydı olmayan anayasal haklar bakımından anayasal hak dogmatikğine aykırı, oldukça belirsiz ve muğlak standartlar ortaya koyması açıklamaya muhtaçtır. Kanaatimce bu durum da AYM'nin toplumsallık kaydını (kuşatıcı ve baskılayıcı kamu yararını) kurucu (anayasal) travmaların tetiklediği bir savunma mekanizması olarak benimsemesinden kaynaklanmaktadır.

¹⁴⁸⁶ Burada AİHS ve Türk Anayasası bakımından anayasal hakları kullanma ehliyetinin benimsenmediğini, ancak Alman Anayasası bakımından ise geniş ölçüde benimsendiğini not etmek gerekir.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler

- Aarnio, Aulis: **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Dordrecht, Springer, 2011
- Aarnio, Aulis: **Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics**, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 1997
- Aarnio, Aulis: "Taking Rules Seriously", **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Supplement**, Vol. 42, 1990 pp. 180-192
- Aarnio, Aulis: **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1987
- Abadan, Yavuz: "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, Sayı 1, 1957, pp. 3-37
- Ackerman, Bruce: "The Rise of World Constitutionalism", **Virginia Law Review**, Vol. 83, No. 4, 1997, pp. 771-797
- Addo, Michael K.; Grief, Nicholas: "Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Right?", **European Journal of International Law**, Vol. 9, No. 3, 1998, pp. 510-524
- Adickes, Franz: **Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht**, Cassel, Georg H. Wigand, 1872
- Ağaoğulları, Mehmet Ali: "Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-2, 1991, pp. 21-30
- Ağaoğulları, Mehmet Ali: **Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler**, 4. Baskı, İstanbul, İletişim, 2013
- Ağaoğulları, Mehmet Ali: **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2010
- Ağaoğulları, Mehmet Ali; Köker, Levent: **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, 6. Baskı, Ankara, İmge, 2013
- Akad, Mehmet: **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984
- Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin Vural; Bulut, Nihat: **Genel Kamu Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2014
- Akal, Cemal Bali; Erözden, Ozan; Akbulut, Olgun; Zeybekoğlu, Emre: **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, İstanbul, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, 2003
- Akandji-Kombe, Jean-François: **Positive Obligations under the European Convention on**

- Human Rights: A Guide to Implementation of European Convention on Human Rights**, Belgium, Council of Europe, 2007
- Akın, İlhan F.: **Kamu Hukuku**, 5. Basım, İstanbul, Beta, 1987
- Akkurt, Sinan Sami; Erdoğan, Kemal; Tokat, Hüseyin: **Medenî Hukuk: Temel Bilgiler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022
- Aksoy, Batıkan: “İnkılap Kanunlarının Hukuki Statüsü, Normatif Değeri ve Anayasal Bağlamı Üzerine Bir İnceleme”, **Yasama Dergisi**, Sayı 41, 2020, pp. 39-85
- Aksoy, Muammer: “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968)**, Ed. by Kolektif, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970
- Albrecht, Rüdiger Konradin: **Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab: Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, Berlin, Duncker & Humblot, 1995
- Albrecht, Wilhelm Eduard: **Die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts**, Königsberg, Gebrüder Bornträger, 1828
- Aldıkaçtı, Orhan: **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982
- Aleinikoff, T. Alexander: “Constitutional Law in the Age of Balancing”, **The Yale Law Journal**, Vol. 96, No. 5, 1987, pp. 943-1005
- Aleinikoff, T. Alexander: “Updating Statutory Interpretation”, **Michigan Law Review**, Vol. 87, No. 1 (Oct., 1988), pp. 20-66
- von Alemann, Florian; Scheffczyk, Fabian: “Begriff des Verwaltungsaktes”, **Beck’sche Online-Kommentare: Verwaltungsverfahrensgesetz**, Ed. by Johann Bader - Michael Ronellenfitsch, 57. Edition, München, C. H. Beck, 2022
- Alexy, Robert: **A Theory of Constitutional Rights**, Trans. by Julian Rivers, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010
- Alexy, Robert: **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, 2. Edition, Trans. by Ruth Adler - Neil MacCormick, Oxford, Oxford University Press, 2011
- Alexy, Robert: **Begriff und Geltung des Rechts**, 5. Auflage, Freiburg, Karl Alber, 2016
- Alexy, Robert: “Constitutional Rights and Proportionality”, **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 22, 2014, pp. 51-65
- Alexy, Robert: “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, **Der Staat**, Vol. 29, No. 1, 1990, pp. 49-68
- Alexy, Robert: “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 16, No. 4, December 2003, pp. 433-449
- Alexy, Robert: “On Constitutional Rights to Protection”, **Legisprudence**, Vol. 3, No. 1, 2009, pp. 1-17

- Alexy, Robert: "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 13, No. 3, September 2000, pp. 294-304
- Alexy, Robert: "Proportionality and Rationality", **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Ed. by Vicki C. Jackson - Mark Tushnet, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- Alexy, Robert: "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, July 2018, pp. 871-879
- Alexy, Robert: **Recht, Vernunft, Diskurs**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995
- Alexy, Robert: "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, Spring 2017, pp. 31-47
- Alexy, Robert: **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, 2. Edition, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson - Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2004
- Alexy, Robert: "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010, pp. 21-32
- Alexy, Robert: **Theorie der Grundrechte**, 8. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2018
- Alexy, Robert: **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**, 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001
- Alexy, Robert: "Two or Three?", **On the Nature of Legal Principles**, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010
- Alexy, Robert; Dreier, Ralf: "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", **Interpreting Statutes: A Comparative Study**, D. Neil MacCormick - Robert S. Summers, Oxon, Ashgate Publishing, 1991
- Althusius, Johannes: **The Politics of Johannes Althusius**, Trans. Frederick S. Carney, Boston, Beacon Press, 1964
- Amelung, Knut: "»Rettungsfolter« und Menschenwürde: Bemerkungen zum Urteil des LG Frankfurts a. M. über die Entschädigung des Mörders Gäfen", **Juristische Rundschau**, 2012/1, pp. 18-20
- Amos, Maurice Sheldon: "Abusive Exercise of Rights According to French Law", **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Vol. 2, No. 3, 1900, pp. 453-463
- Anderson, Perry: **Passages from Antiquity to Feudalism**, London, New Left Books, 1974
- Anschütz, Gerhard: "Deutsches Staatsrecht", **Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung**, Ed. by Franz von Holtzendorff - Josef Kohler, 7. Auflage, München, Duncker & Humblot, 1914
- Anschütz, Gerhard: **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, 14. Auflage, Berlin, Georg Stilte, 1932
- Anschütz, Gerhard: "Die Reichsaufsicht", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. I, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930

- Anschütz, Gerhard: **Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis**, Bd. I, Berlin, D. Häring, 1912
- Anschütz, Gerhard: "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928
- Antalya, O. Gökhan: **Hukuk Teorisi**, Ankara, Seçkin, 2019
- Anter, Andreas: "Die »Natur der Sache« und der Hüter der Verfassung: Tradition und Verfassungspraxis einer rechtspolitischen Formel", **Zeitschrift für Politik**, NEUE FOLGE, Vol. 51, No. 3, 2004, pp. 277-294
- Anter, Andreas: "Ordnungsdenken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Wertordnung, Ordnungsmacht und Menschenbild des Grundgesetzes", **Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System**, Ed. by Robert Chr. van Ooyen - Martin H. W. Möllers, 2. Auflage, Wiesbaden, Springer, 2015
- Aquinas, Thomas: **On the Government of Rulers: De Regimine Principum**, Trans. James M. Blythe, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1997
- Aquinas, St. Thomas: **The Summa Theologica**, Part I, London, R. & T. Washbourne, 1911
- Arai, Yutaka: "Prohibition of Abuse of the Rights and Freedoms Set Forth in the Convention and of Their Limitation to a Greater Extent than is Provided for in the Convention", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 4. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006
- Arai, Yutaka: "The System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 4. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006
- Arai-Takahashi, Yutaka: **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2002
- v. Aretin, Johann Christoph Freiherrn; v. Rotteck, Karl: **Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie**, Bd. II/1, Altenburg, Literatur Comptvir, 1827
- Aristotle: **Politics**, Trans. by Ernest Barker, Oxford, Oxford University Press, 1995
- von Arnould, Andreas: "Freiheit der Kunst", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- von Arnould, Andreas: "Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Arndt, Felix: "Art. 3 ZP I: Recht auf freie Wahlen", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H.

- Beck, 2015
- Arnold, Wilhelm: **Cultur und Recht der Römer**, Berlin, Ferd Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1868
- Arosemena, Gustavo: "Conflicts of Rights in International Human Rights: A Meta-rule Analysis", **Global Constitutionalism**, Vol. 2, No. 1, 2013, pp. 6-36
- Arrigo, Jean Maria: "A Utilitarian Argument Against Torture Interrogation of Terrorists", **Science and Engineering Ethics**, Vol. 10, 2004, pp. 543-572
- Arsel, İlhan: **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, Mars Matbaası, 1965
- Arslan Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011
- Arslan Öncü, Gülay: **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2019
- Atakan, Arda: "Friedrich Müller'in "Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı" Teorisi Üzerine Bir İnceleme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, Sayı 3-4, 2010, pp. 3-27
- Atakan, Arda: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırları Oluşturan Ölçütler", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006
- Auer, Karl Heinz: "Das Menschenbild als rechtsethische Dimension", **ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Vol. 93, No. 4, 2007, pp. 493-518
- Augsberg, Ino; Augsberg, Stefan: "Kombinationsgrundrechte: Die Verkoppelung von Grundrechtstatbeständen als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 132, No. 4, 2007, pp. 539-581
- Aykanat, Tuba; Metin, Yüksel: "Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, Sayı 1, 2023, pp. 3-44
- Avcı, Mustafa: **Türk Hukuk Tarihi**, 12. Bası, Ankara, Adalet, 2023
- Averroes': **Thafut Al-Tahafut: The Incoherence of the Incoherence**, Vol. I, II, Trans. by Simon van den Bergh, 4. Edition, Cambridge, EJW Gibb Memorial Trust, 1987
- Ávila, Humberto: **Theory of Legal Principles**, Dordrecht, Springer, 2007
- Axer, Peter: "Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 68, Berlin, Walter de Gruyter, 2009
- Axer, Peter: "Zitiergebot", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Aydın, M. Âkif: **Türk Hukuk Tarihi**, 5. Baskı, İstanbul, Hars, 2005
- Aydın, M. Âkif; Yılmaz, Coşkun: **İstanbul Mahkemesi: 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, İstanbul, Kültür A. Ş. Yayınları, 2019

- Aygut, Hüdanur: **Dürtmelerin ("Nudge") İnsan Hakları Hukukuna Uygunluğu**, İstanbul, On İki Levha, 2024
- Azak, Necmettin: "Giriş", **Kanûn-ı Esâsî: Şerh ve Kaynakları**, Ed. by Necmettin Azak, İstanbul, Büyüyen Ay, 2022
- Bachof, Otto: "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: (BVerwGE Band 1—3)", **JuristenZeitung**, 12. Jahrg., Nr. 11 (5. Juni 1957), pp. 334-342
- Bachof, Otto: "Freiheit des Berufs", **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte**, Bd. III/1, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey - Ulrich Scheuner, Berlin, Duncker & Humblot, 1958
- Backes, Uwe: **Schutz des States: Von der Autokratie zur streitbaren Demokratie**, Wiesbaden, Springer, 1998
- Badura, Peter: "Art. 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Badura, Peter: "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", **Der Staat**, Vol. 14, No. 1, 1975, pp. 17-48
- Badura, Peter: **Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Baldus, Manfred: **Kämpfe um die Menschenwürde: Die Debatten seit 1949**, Berlin, Suhrkamp, 2016
- Bamberger, Christian: "Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt? Zur Auflösung eines grundrechtsdogmatischen Paradoxons", **Der Staat**, Vol. 39, No. 3, 2000, pp. 355-379
- Bank, Roland: "Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Barak, Aharon: **The Judge in a Democracy**, Princeton, Princeton University Press, 2006
- Barak, Aharon: **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, Trans. by Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012
- Barak, Aharon: **Purposive Interpretation in Law**, Princeton, Princeton University Press, 2005
- Barın, Taylan: **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016
- Barkhuysen, Tom; van Emmerik, Michiel: "Right to an Effective Remedy", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018

- Barkhuysen, Tom; van Emmerik, Michiel; Jansen, Oswald; Fedorova, Masha: "Right to a Fair Trial", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Başgil, Ali Fuad: "A Summary of Constitutional Developments in Turkey and on the Historical and Political Sources of the Present Constitution", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol. 10, Issue 15, 1960, pp. 74-98
- Bates, Ed: **The Evolution of the European Convention on Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2010
- Battis, Ulrich; Gusy, Christoph: **Einführung in das Staatsrecht**, 6. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2018
- Bauer, Hartmut: "Artikel 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Bauer, Hartmut: "Artikel 17", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Bauer, Hartmut: "Petitionsrecht", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013
- Bauer-Kirsch, Angela: "Herrenchiemsee: Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates", **Bonn Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi**, 2005
- Bäcker, Carsten: "Begrenzte Abwägung: Das Menschenwürdeprinzip und die Unanständigkeit", **Der Staat**, Vol. 55, No. 4, 2016, pp. 433-460
- Bäumler, Helmut: "Versammlungsfreiheit und Verfassungsschutz", **JuristenZeitung**, 41. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1986, pp. 469-476
- Beatty, David M.: "The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments", **The Modern Law Review**, Vol. 60, No. 4, 1997, pp. 481-498
- Beatty, David M.: **The Ultimate Rule of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2004
- Becker, Florian: "Artikel 14", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Becker, Ulrich: **Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, Berlin, Duncker & Humblot, 1996
- Beeler-Sigron, Maya: "Protection of Property", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Behnsen, Alexander: "Art. 4: Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Bejier, Malu: **The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations**, Cambridge, Intersentia, 2017

Benda, Ernst:	Gefährdungen der Menschenwürde , Opladen, Westdeutscher, 1975
Benda, Ernst:	"Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland , Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995
Benda, Ernst:	"Wer stark ist, foltert nicht", Die Welt , 26.07.2004
Bentham, Jeremy:	"Constitutional Code", The Works of Jeremy Bentham , Vol. 9, Ed. by John Bowring, Edinburgh, William Tait, 1843
Bentham, Jeremy:	"Principles of the Civil Code", The Works of Jeremy Bentham , Vol. 1, Ed. by John Bowring, Edinburgh, William Tait, 1859
Bergbohm, Karl:	Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen , Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892
Berg, Wilfried:	"Grundrechtskonkurrenzen", Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa , Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
Berlin, Isaiah:	"Two Concepts of Liberty", Liberty , Ed. by Henry Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002
von Bernstorff, Jochen:	"Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie: Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG", Der Staat , Vol. 47, No. 1, 2008, pp. 21-40
Beseler, Georg:	System des gemeinen deutschen Privatrechts , Berlin, Weidmann Buchhandlung, 1866
Bethge, Herbert:	"Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik", Der Staat , Vol. 24, No. 3, 1985, pp. 351-382
Bethge, Herbert:	"Art. 5", Grundgesetz: Kommentar , Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
Bethge, Herbert:	"Gewissensfreiheit", Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland , Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
Bethge, Herbert:	"Der Grundrechtseingriff", Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer , Vol. 57, Berlin, Walter de Gruyter, 1997
Bethge, Herbert:	"Grundrechtskollisionen", Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa , Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
Bethge, Herbert:	"Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung", Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland , Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
Bethge, Herbert:	"Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung", Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa , Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
Bettermann, Karl August:	"Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit", JuristenZeitung , 19. Jahrg., Nr. 19, 2. Oktober 1964, pp. 601-611

- Bettermann, Karl August: **Grenzen der Grundrechte**, Berlin, Walter de Gruyter, 1968
- Biermann, Johannes: **Privatrecht und Polizei in Preußen**, Berlin, Julius Springer, 1897
- Bingöl, Bilge: "Sanat Özgürlüğü", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sayı 2, 2011, pp. 92-139
- Birkenmaier, Philipp: "Art. 19", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Bitter, Stephan: "Art. 2 ZP I: Recht auf Bildung", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Blackstone, William: **Commentaries on the Laws of England**, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2016
- Blaesing, Heiner: "Grundrechtskollisionen", **rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr-Universität Bochum**, Dissertation, 1974
- Bleckmann, Albert: **Staatsrecht II: Die Grundrechte**, 4. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1997
- Bloch, Marc: **Feudal Society: The Growth of Ties of Dependence**, Vol. I, Translated by L. A. Manyon London, 2. Edition, Routledge and Kegan Paul, 1962
- Bluntschli, Johann Caspar: **Allgemeines Staatsrecht**, Bd. II, 6. Auflage, Stuttgart, J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1885
- Bobbio, Norberto: "Über den Begriff der "Natur der Sache"", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Vol. 44, No. 3, 1958, pp. 305-321
- Bodenheimer, Edgar: "Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", **Georgia Law Review**, Vol. 11, No. 5, 1977, pp. 1143-1172, s. 1143-1144
- Bolgár, Vera: "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine", **Louisiana Law Review**, Vol. 35, No. 5, 1975, pp. 1015-1036
- Bolz, Marcel: **Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte**, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1991
- Bomhoff, Jacco: "Genalogies of Balancing as Discourse", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No. 1, 2010, pp. 108-139
- Bomhoff, Jacco: "'The Rights and Freedoms of Others': The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- Bomhoff, Jacco; Zucca, Lorenzo: "Evans v. UK – European Court of Human Rights", **European Constitutional Law Review**, Vol. 2, No. 3, 2006, pp. 424-442
- Borowski, Martin: "Absolute Rights and Proportionality", **German Yearbook of International Law**, Vol. 56, pp. 385-424
- Borowski, Martin: **Grundrechte als Prinzipien**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos,

2018

- Borowski, Martin: "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union", **Legisprudence**, Vol. 1, No. 2, 2007, pp. 197-240
- Boyle, Joseph: "Free Choice, Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good", **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 47, No. 1, 2002, pp. 123-141
- Boysen, Sigrid: "Art. 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Bozkurt, Gülnihâl: **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2020
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "The Basic Rights: Theory and Interpretation", **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, Trans. by J. A. Underwood, New York, Berg, 1991
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 28, Berlin, Walter de Gruyter, 1970
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtigkeit des Rechts", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Fundamental Rights: Theory and Interpretation", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 29, No. 1, 1990, pp. 1-31
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1974, pp. 1529-1538
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Human Dignity as a Normative Principle: Fundamental Rights in the Bioethics Debate", **Religion, Law, and Democracy: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler, Tina Stein, Oxford, Oxford University Press, 2021
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Lorenz von Stein as Theorist of the Movement of State and Society towards the Welfare State", **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, Trans. by J. A. Underwood, New York, Berg, 1991
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte", **Recht, Staat, Freiheit**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Protection of Liberty against Societal Power: Outline of a Problem", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 42, No. 2, 2003, pp. 165-192
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "The Concept and Problems of the Constitutional State", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat", **State, Society and Liberty**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, New York, Berg
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "The School of Historical Jurisprudence and the Problem of the Historicity of Law", **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, Ed. by Ernst-Wolfgang Böckenförde, Trans. by J. A. Underwood, New York, Berg, 1991
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: "Will Human Dignity Remain Inviolable?", **Religion, Law, and Democracy: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler, Tina Stein, Oxford, Oxford University Press, 2021
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: **Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz**, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1990
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang; Grawert, Rolf: "Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 95, No. 1, 1970, pp. 1-37
- Bradley, Gerard V.; Brugger, E. Christian: **Catholic Social Teaching**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019
- Brand, Arthur: "Artikel 128-131: Rechte und Pflichten der Beamten", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, 1930
- Brauch, Jeffrey A.: "The Dangerous Search for an Elusive Consensus: What the

- Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights", **Howard Law Journal**, Vol. 52, 2009, pp. 277-318
- 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**, Vol. 27, No. 1, 2005, pp. 294-326
- Brems, Eva: "Introduction", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- Brems, Eva: "Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Brems, Eva; Lavrysen, Laurens: "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Review**, Vol. 15, 2015, pp. 139-168
- Brenner, Michael: "Artikel 17", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. 1, Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Brenner, Michael: "Artikel 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Brenner, Michael: "Staat und Religion", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 59, Berlin, Walter de Gruyter, 2000
- Breuer, Marten: "Art. 13: Recht auf wirksame Beschwerde", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Breuer, Rüdiger: "Freiheit des Berufs", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VIII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, 3. Auflage, C. F. Müller, 2010
- Broeksteeg, Hansko: "Right to Free Elections", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Brohm, Winfried: "Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung: Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes", **JuristenZeitung**, 49. Jahrg., Nr. 5, 4. März 1994, pp. 213-220
- Brosius-Gersdorf, Frauke: "Artikel 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Brugger, Winfried: "Darf Der Staat Ausnahmsweise Foltern?", **Der Staat**, 1996, Vol. 35, No. 1, 1996, pp. 67-97
- Brugger, Winfried: "Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 119, No. 1, 1994, pp. 1-34
- Brugger, Winfried: "Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf

- Folter?", **JuristenZeitung**, 55. Jahrg., Nr. 4, 18. Februar 2000, pp. 165-173
- Brutus, Stephan Junius: **Vindiciae, Contra Tyrannos**, Translated by George Garnett, Cambridge, Cambridge University Press, 1994
- Brüning, Christoph: "Artikel 19", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, Köln, Carl Heymanns, 2019
- Bryde, Brun-Otto; Wallrabenstein, Astrid: "Art. 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Bucher, Peter: **Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle**, Bd. II, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1981
- Buchheim, Johannes: "Angemessenheit als prozedurales Kriterium? Phänomen und normativer Beweggrund prozeduralisierender Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Bulla, Eckart: "Die Lehre von der streitbaren Demokratie: Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 98, No. 3, 1973, pp. 340-360
- Bullinger, Martin: "Freiheit von Presse, Rundfunk, Film", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Bulygin, Eugenio: "The Concept of Efficacy (1965)", **Essays in Legal Philosophy**, Ed. by Carlos Bernal - Carla Huerta - Tecla Mazzarese - José Juan Moreso - Pablo E. Navarro - Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2015
- Bumke, Christian: **Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009
- Bumke, Christian; Voßkuhle, Andreas: **German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles**, Oxford, Oxford University Press, 2019
- Buyse, Antoine: "Contested Countours: The Limits of Freedom of Expression from an Abuse of Rights Perspective – Articles 10 and 17 ECHR", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Buyse, Antoine: "Prohibition of the Abuse of Rights", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Bühler, Ottmar: **Die Reichsverfassung vom 11. August 1919: Mit Einleitung, Erläuterungen und Gesamtbeurteilung**, Wiesbaden, Springer, 1922

- Bühler, Ottmar: **Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung**, Berlin, W. Kohlhammer, 1914
- Bühler, Walter: "Gebundenheit und Freiheit der Verwaltung", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Rudolf Schweickhardt, 6. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1991
- Bydlinski, Franz: **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, 2. Auflage, Wien, Springer, 1991
- Caldwell, Peter C.: **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Durham, Duke University Press, 1997
- Calabresi, Steven G.: "A Shining City on a Hill": American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law", **Boston University Law Review**, Vol. 86, 2006, pp. 1335-1416
- Calliess, Christian: "Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis", **JuristenZeitung**, 61. Jahrg., Nr. 7, 7. April 2006, pp. 321-330
- Calliess, Christian: "Schutzpflichten", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- von Campenhausen, Axel Freiherr: "Religionsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- von Campenhausen, Axel Freiherr: "Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 121, No. 3, 1996, pp. 448-464
- Canaris, Claus-Wilhelm: "Grundrechte und Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, 184. Bd., H. 3, 1984, pp. 201-246
- Canaris, Claus-Wilhelm: **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1983
- Cannie, Hannes; Voorhoof, Dirk: "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 29, No. 1, 2011, pp. 54-83
- Can, Osman: "Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine: Türkiye Özelinde Bir Deneme", **Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan**, C. II, Ed. by Engin Yıldırım - Yusuf Şevki Hakyemez - Murat Şen - Ömer Gedik, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024
- Can, Osman: "Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde "Neminem Laedere" İlkesi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 8. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2003
- Choudry, Sujit: "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", **Indiana Law Journal**, Vol.

- Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas: **Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte**, Berlin, Duncker & Humblot, 2007
- Christoffersen, Jonas: **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- Cin, Halil; Akyılmaz, Gül: **Türk Hukuk Tarihi**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023
- von Coelln, Christian: "Artikel 18", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- von Coelln, Christian: "Vorbemerkung zu den Grundrechten", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Chrisoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Coffin, Frank M.: "Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice", **New York University Law Review**, Vol. 63, No. 1, 1988, pp. 16-42
- Cohen-Eliya, Moshe; Porat, Iddo: "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 2, 2010, pp. 263-286
- Cohen-Eliya, Moshe; Porat, Iddo: **Proportionality and Constitutional Culture**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Cohen-Eliya, Moshe; Porat, Iddo: "The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism", **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Ed. by Vicki C. Jackson - Mark Tushnet, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- Cohen-Eliya, Moshe; Porat, Iddo: "The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law", **San Diego Law Review**, Vol. 46, 2009, pp. 367-413
- Coing, Helmut: **Grundzüge der Rechtsphilosophie**, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1985
- Constant, Benjamin: "Principles of Politics Applicable to All Representative Governments", **Political Writings**, Ed. by Biancamaria Fontana, Cambridge, Cambridge University Press, 1988
- Cornils, Matthias: "Art. 9", **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023
- Cornils, Matthias: "Allgemeine Handlungsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Cremer, Hans-Joachim: "Eigentumsschutz", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013

- Cremer, Hans-Joachim: "Regeln der Konventionsinterpretation", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Cueto-Rua, Julio: "Abuse of Rights", **Louisiana Law Review**, Vol. 35, No. 5, 1975, pp. 965-1013
- Curran, Charles E.: **Catholic Social Teaching and Pope Benedict XVI**, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2014
- Çağlar, Bakır: **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul, BFS Yayınları, 1989
- Dagtolou, Prodromos: **Wesen und Grenzen der Pressefreiheit**, Stuttgart, Kohlhammer, 1963
- Dağıstânî, Ömer Ziyâeddîn-i: "Mir'ât-ı Kânûn-ı Esâsî [1906/1907]", **Kanûn-ı Esâsî: Şerh ve Kaynakları**, Ed. by Necmettin Azak, İstanbul, Büyüyen Ay, 2022
- Dal, Kemal: **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Gazi Üniversitesi Yayınları, 1986
- Dannbeck, Siegmund: "Freiheit der Persönlichkeit im nationalsozialistischen Gemeinschaftsstaat", **Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung**, Ed. by Hans Frank, 2. Auflage, München, Franz Eher Nachfolger, 1935
- von Danwitz, Thomas: "Koalitionsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013
- Da Silva, Virgílio Alfonso: "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 2, 2011, pp. 273-301
- von der Decken, Kerstin: "Art. 5", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Degenhart, Christoph: "Art. 70", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Degenhart, Christoph: "Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Delbrück, Jost: "The Right to Education as an International Human Right", **German Yearbook of International Law - Jahrbuch für Internationales Recht**, Vol. 35, 1992, pp. 92-104
- Delius, Hans: "Artikel 123 und 124: Versammlungs- und Vereinsrecht", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, 1930
- Delmas-Marty, Mireille: **The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992
- Denninger, Erhard: "Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts", **JuristenZeitung**, 30. Jahrg., Nr. 18, 19. September 1975, pp. 545-550

- Denninger, Erhard: "Rezension von: Häberle, Peter: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt", **JuristenZeitung**, Nr. 13, 5. Juli 1963, p. 424
- Denninger, Erhard: "Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Denninger, Erhard: "„Streitbare Demokratie“ und Schutz der Verfassung", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995
- Denninger, Erhard: "Verfassungstreue und Schutz der Verfassung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 37, Berlin, Walter de Gruyter, 1979
- Depenheuer, Otto: "Eigentum", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013
- Depenheuer, Otto: "Solidarität und Freiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Depenheuer, Otto; Froese, Judith: "Artikel 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Derleder, Peter: "Die uneingelöste Grundrechtsbindung des Privatrechts", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Dernburg, Heinrich: **Pandekten**, Bd. I, 6. Auflage, Berlin, H. W. Müller, 1900
- Dershowitz, Alan M.: **Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge**, New Haven, Yale University Press, 2002
- De Schutter, Olivier; Tulkens, Françoise: "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- Detjen, Joachim: **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, Wiesbaden, VS Verlag, 2009
- Deutsch, Norman T.: "Professor Nimmer Meets Professor Schauer (and Others): An Analysis of "Definitional Balancing" as a Methodology for Determining the "Visible Boundaries of the First Amendment"", **Akron Law Review**, Vol. 39, No. 2, 2006, pp. 483-539
- Dickson, Brice: **Human Rights and the United Kingdom**, Oxford, Oxford University Press, 2013
- Dießelhorst, Malte: **Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968

- Dietlein, Johannes: "Die arbeits- und wirtschaftsrechtliche Vereinigungsfreiheit", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006
- Dietlein, Johannes: **Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten**, Berlin, Duncker & Humblot, 1992
- Dietlein, Johannes: "Die Teilhabe an der staatlichen Willensbildung", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011
- Di Fabio, Udo: "Art. 2 Abs. I", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Di Fabio, Udo: "Art. 2 Abs. I", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2003
- Di Fabio, Udo: "Art. 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Di Fabio, Udo: "Grundrechte als Werteordnung", **JuristenZeitung**, 59. Jahrg., Nr. 1, 9. Januar 2004, pp. 1-8
- Di Fabio, Udo: "Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit", **JuristenZeitung**, 48. Jahrg., Nr. 14, 23. Juli 1993, pp. 689-697
- van Dijk, Pieter: "The Right to Marry and to Found a Family", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Pieter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Antwerpen, Intersentia, 2006
- Dikmen Caniklioğlu, Meltem: "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel'e Armağan**, Ed. by Hakan Pekcanıtez, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2001
- Doehring, Karl: **Genel Devlet Kuramı**, Çev. Ahmet Mumcu, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2014
- Dothan, Shai: "Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge", **Chicago Journal of International Law**, Vol. 18, No. 2, 2018, pp. 393-419
- Dönmezer, Sulhi: "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı: Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, Sayı 3, pp. 761-780
- Dreier, Horst: "Artikel 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Dreier, Horst: "Artikel 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Dreier, Horst: "Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat", **JuristenZeitung**, 49. Jahrg., Nr. 15/16, 19. August 1994, pp. 741-752
- Dreier, Horst: "Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013

- Dreier, Horst: "Zwischenkriegszeit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Dreier, Ralf: **Zum Begriff der "Natur der Sache"**, Berlin, Walter de Gruyter, 1965
- Dreier, Ralf: "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation", **Probleme der Verfassungsinterpretation**, Ed. by Ralf Dreier - Friedrich Schwegmann, Baden-Baden, Nomos, 1976
- Van Drooghenbroeck, Sébastien; Rizcallah, Cecilia: "The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?", **German Law Journal**, Vol. 20, 2019
- Duchacek, Ivo D.: **Power Maps: Comparative Politics of Constitution**, Santa Barbara, ABC-CLIO, 1973
- Ducoulombier, Peggy: "Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- Durkheim, Emile: **The Division of Labour in Society**, Trans. by W. D. Halls, 2. Edition, London, Palgrave Macmillan, 2013
- Duttge, Gunnar: "Was bleibt noch von der Wissenschaftsfreiheit? Zur Hypertrophie des Datenschutzes", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1998, pp. 1615-1619
- Duverger, Maurice: **Siyasi Partiler**, Çev. Ergün Özbudun, 4. basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993
- Dündar Sezer, Tijen: "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, Sayı 5, 2014, pp. 375-411
- Dürig, Günter: "Art. 2 Abs. I", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 5. Auflage, München, C. H. Beck, 1980
- Dürig, Günter: "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 81 (N.F. 42), No. 2, 1956, pp. 117-157
- Dürig, Günter; Klein, Hans H.: "Art. 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Dyzenhaus, David: "Hermann Heller and the Legitimacy of Legality", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 16, No. 4 (Winter, 1996), pp. 641-666
- Dzehtsiarou, Kanstantsin: **Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?**, Cambridge, Cambridge University Press, 2021
- Dzehtsiarou, Kanstantsin: "Does consensus matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Public Law**, Vol. 3, 2011, pp. 534-553
- Dzehtsiarou, Kanstantsin: **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**, Cambridge, Cambridge University Press,

2015

- Ebers, Godehard Josef: "Artikel 137, 138, 140, 141: Religionsfreiheit" **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, 1930
- Eckhoff, Rolf: **Der Grundrechtseingriff**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1992
- Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983
- Ehlers, Dirk: "Allgemeine Lehren der EMRK", **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, Ed. by Dirk Ehlers, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2014
- Ehlers, Dirk: "Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 51, Berlin, Walter de Gruyter, 1992
- Ehlers, Dirk: "Rechtsquellen und Rechtsnormen der Verwaltung", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010
- Ehlers, Dirk: "Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010
- Ehmke, Horst: "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 20, Berlin, Walter de Gruyter, 1963
- Ehrlich, Eugen: **Grundlegung der Soziologie des Rechts**, 5. Auflage, München, Duncker & Humblot, 2022
- von Eichendorff, Joseph: "Preußen und die Konstitutionen", **Sämtliche Werke des Freiherrn Joseph von Eichendorff**, Bd. X, Ed. by Wilhelm Kosch - August Sauer, Regensburg, J. Habel, 1908
- Eide, Asbjørn: "Economic, Social And Cultural Rights As Human Rights", **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Ed. by Asbjørn Eide - Catarina Krause - Allan Rosas, 2. Edition, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001
- Ekinci, Ekrem Buğra: **Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk**, 7. Baskı, İstanbul, Arı Sanat, 2021
- Elias, Norbert: **Civilizing Process: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations**, Trans. Edmund Jephcott, 2. Edition, Malden, Blackwell Publishing, 2000
- Ellian Afshin; Rijpkema, Bastiaan: "Introduction", **Militant Democracy: Political Science, Law and Philosophy**, Ed. by Afshin Ellian - Bastiaan Rijpkema, Cham, Springer, 2018
- Ely, John Hart: "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", **Harvard Law Review**, Vol. 88, No. 7, 1975, pp. 1482-1508
- Endemann, Friedrich: **Römisches Privatrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1925
- Engisch, Karl: **Die Einheit der Rechtsordnung**, 2. Auflage, Darmstadt,

- Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987
- Englisch, Joachim: "Artikel 3", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Enneccerus, Ludwig; Nipperdey, Hans Carl: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch**, Bd. I/1, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959
- Enneccerus, Ludwig; Nipperdey, Hans Carl: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch**, Bd. I/2, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959
- Epping, Volker; Lenz, Sebastian; Leydecker, Philipp: **Grundrechte**, 10. Auflage, Berlin, Springer, 2024
- Erdoğan, İhsan; Erdoğan, A. Dilşad: **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020
- Erdoğan, Murat: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2019
- Eren, Abdurrahman: **Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022
- Eren, Abdurrahman: **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, İstanbul, Beta, 2004
- Erkıpçak, Ayşe Eylem; Erkıpçak, Hasanhan Taylan: "Carl Schmitt'in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Hans Kelsen'e Karşı", **Pasajlar: Hukuk Düşüncesi**, Ed. by O. Vahdet İşsevenler, Yıl 1, Sayı 1, İstanbul, Doğu Batı Yayınları, Ocak 2019
- Ertop, Kıvanç; Yetkin, Çetin: **Sosyo Ekonomik Temelleriyle Siyasal Düşünceler Tarihi**, C. 1, İstanbul, Say, 1985
- Eskridge, William N.: "Dynamic Statutory Interpretation", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 135, No. 6, Jul., 1987, pp. 1479-1555
- Eskridge, William N.: "The Dynamic Theorization of Statutory Interpretation", **Issues in Legal Scholarship**, Vol. 2, Issue 2, 2002, pp. i-42
- Esser, Josef: **Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates: Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie**, Wien, Springer, 1949
- Evrigenis, Dimitrios: "Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights", **Human Rights Law Journal**, Vol. 3, 1982, pp. 121-139
- Faigman, David L.: "Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice", **Virginia Law Review**, Vol. 78, No. 7, 1992, pp. 1521-1580
- Fayol, Henri: **Genel ve Endüstriyel Yönetim**, Çev. M. Asım Çalıkoğlu, Ankara, Adres Yayınları, 2013
- Fechner, Frank: "Artikel 5", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Feinberg, Joel: **Harm to Others**, New York, Oxford University Press, 1984
- Feldman, Noah; Sullivan,

- Kathleen: **Constitutional Law**, 20. Edition, New York, Foundation Press, 2019
- Feteris, Eveline T.: "The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions", **Ratio Juris**, Vol. 21, No. 4, 2008, pp. 481-495
- Fischer-Lescano, Andreas: "Kritik der praktischen Konkordanz", **Kritische Justiz**, Vol. 41, No. 2, 2008, pp. 166-177
- Fischer-Lescano, Andreas; Christensen, Ralph: "Auctoritatis Interpositio: Die Dekonstruktion des Dezinismus durch die Systemtheorie", **Der Staat**, Vol. 44, No. 2, 2005, pp. 213-241
- Fischer-Lescano, Andreas; Christensen, Ralph: "Auctoritatis Interpositio: How Systems Theory Deconstructs Decisionism", **Social & Legal Studies**, Vol. 21, No. 1, pp. 93-119
- Fiss, Owen: "A Freedom Both Personal and Political", **On Liberty**, Ed. by David Bromwich - George Kateb, New Haven, Yale University Press, 2003
- Flathman, Richard E.: **Freedom and Its Conditions: Discipline, Autonomy, and Resistance**, New York, Routledge, 2003
- Fleiner, Fritz: **Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts**, 3. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1913
- Fleiner-Gerster, Thomas: **Allgemeine Staatslehre**, 2. Auflage, Heidelberg, Springer, 1995
- Flümann, Gereon: **Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten: Der staatliche Umgang mit nichtgewalttätigem politischem Extremismus im Vergleich**, Wiesbaden, Springer, 2015
- Forsthoff, Ernst: "Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung", **Der Staat**, Vol. 2, No. 4, 1963, pp. 385-398
- Forsthoff, Erns: "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", **Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973**, Ed. by Ernst Forsthoff, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 1976
- Forsthoff, Ernst: **Verfassungsprobleme des Sozialstaats**, 2. Auflage, Münster, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1954
- Forsthoff, Ernst: **Zur Problematik der Verfassungsauslegung**, Stuttgart, Kohlhammer, 1961
- Frankenberg, Günter: "Tierschutz oder Wissenschaftsfreiheit?", **Kritische Justiz**, Vol. 27, No. 4, 1994, pp. 421-438
- Frantz, Laurent B.: "The First Amendment in the Balance", **The Yale Law Journal**, Vol. 71, No. 8, 1962, pp. 1424-1450
- Friauf, Karl Heinrich: "Verfassungsgarantie und sozialer Wandel: Das Beispiel von Ehe und Familie", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986, pp. 2595-2602
- Friedrich, Carl Joachim: **Johannes Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975
- Frowein, Jochen Abraham: "Artikel 3", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009

- Frowein, Jochen Abraham: "Artikel 2 des 1. ZP", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Frowein, Jochen Abraham: "Artikel 3 des 1. ZP", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Frowein, Jochen Abraham: "Artikel 4", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Frowein, Jochen Abraham: "Artikel 17", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Frowein, Jochen Abraham: "Einführung", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Frowein, Jochen Abraham: "The Protection of Property", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by Ronald St. John Macdonald - Franz Matscher - Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993
- Fuhrmann, Maximilian: **Antixtremismus und wehrhafte Demokratie: Kritik am politischen Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland**, Baden-Baden, Nomos, 2019
- Gadamer, Hans-Georg: **Hakikat ve Yöntem**, Cilt II, Çev. Hüsamettin Arslan, İsmail Yavuzcan, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009
- Gadamer, Hans-Georg: **Truth and Method**, 4. Edition, Trans. by Joel Weinsheimer - Donald G. Marshall, London, Continuum, 2006
- Gallwas, Hans-Ullrich: **Der Mißbrauch von Grundrechten**, Berlin, Duncker & Humblot, 1967
- Gallwas, Hans-Ulrich: **Grundrechte**, 2. Auflage, Berlin, Luchterhand, 1995
- Gardbaum, Stephen: "The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism", **Michigan Law Review**, Vol. 107, No.3, pp. 391-466
- Gardbaum, Stephen: **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Gardner, Samuel Rawson: **The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660**, 12. Edition, Oxford, Clarendon Press, 1968
- Garner, Bryan A.: **Black's Law Dictionary**, 9. Edition, St. Paul, West, 2009
- Gärditz, Klaus Ferdinand: "Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Geiger, Theodor: **Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts**, Aarhus, Universitetsforlaget, 1947
- Geiger, Willi: "Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst", **Die moderne Demokratie und ihr Recht: Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag**, Bd. II, Ed. by Karl Dietrich, Tübingen, J. C. B. Mohr Paul Siebeck, 1966

- Gemalmaz, H. Burak: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Çocuğun Kendi Görüşleri Doğrultusunda Eğitimini Belirleme Hakkı”, **Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan**, Ed. by Bihterin Vural Dinçkol - Nihat Bulut - Rukiye Akkaya Kia - Cevat Okutan - Mehmet Akif Etgü - Hülya Dinçer, İstanbul, Der Yayınları, 2012
- Gemalmaz, H. Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005
- Gemalmaz, H. Burak: “Democracy, Free Elections and Independent Candidates: Critical Remarks On The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Vol. 76, No. 1, 2018, pp. 9-63
- Gemalmaz, H. Burak: **Mülkiyet Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018
- Gemalmaz, H. Burak: **Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 3. Baskı, İstanbul, Legal, 2016
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C. I, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C. IV, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2004
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **İnsan Hakları Belgeleri/Human Rights Instruments**, C. V, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2004
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Türk Kıyafet Hukuku ve Türban**, İstanbul, Legal, 2005
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, İstanbul, Beta, 1994, s. 53 vd.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. I, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. II, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. Baskı, İstanbul, Kavram, 1994
- Gemalmaz, Mehmet Semih; Gemalmaz, H. Burak: **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce - İfade ve İletişim Mevzuatı**, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004
- Gentz, Manfred: “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1968, pp. 1600-1607
- Gerards, Janneke: “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 11, No. 2, 2013, pp. 466-490
- Gerards, Janneke: **General Principles of the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2019
- Gerards, Janneke: “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, **European Law Journal**, Vol. 17, No. 1, 2011, pp. 80-120
- Gerards, Janneke: “The Age of Balancing Revisited?”, **European Data Protection Law Review**, Vol. 6, No. 1, 2020, pp. 13-20

- Gerards, Janneke; Senden, Hanneke: "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, No. 4, pp. 619–653
- von Gerber, Carl Friedrich Wilhelm: **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1865
- Germann, Michael: "Art. 4", **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023
- Gewirth, Alan: "Are There Any Absolute Rights?", **The Philosophical Quarterly**, Vol. 31, No. 122 (Jan., 1981), pp. 1-16
- Gewirth, Alan: "There are Absolute Rights", **The Philosophical Quarterly**, Vol. 32, No. 129, 1982, pp. 348-353
- Giacometti, Zaccaria: **Die Freiheitsrechteskatologe als Kodifikation der Freiheit**, Zurich, Art. Institut Orell Füssli, 1955
- Giddens, Anthony: **The Consequences of Modernity**, 6. Edition, Cornwall, Polity Press, 1996
- von Gierke, Otto: **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. I, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868
- von Gierke, Otto: **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. II, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1873
- von Gierke, Otto: **Das deutsche Genossenschaftsrecht**, Bd. IV, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1913
- von Gierke, Otto: **Deutsches Privatrecht**, Bd. II, Leipzig, Duncker & Humblot, 1905
- von Gierke, Otto: **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung**, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1887
- von Gierke, Otto: **Die Soziale Aufgabe des Privatrechts**, Berlin, Springer, 1889
- von Gierke, Otto: **Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien: zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik**, Breslau, Wilhelm Koebner, 1880
- von Gierke, Otto: "Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtsprechung", **Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung: Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich**, Vol. 7, 1883, pp. 1097-1195
- von Gierke, Otto: **Natural Law and the Theory of Society: 1500 to 1800**, Translated by Ernest Barker, London, Cambridge University Press, 1934
- von Gierke, Otto: "Recht und Sittlichkeit", **Logos**, Vol. 6, 1916/1917, pp. 211-264
- Giese, Friedrich: **Die Reichsverfassung vom 11. August 1919**, Berlin, Carl Heymann, 1920
- Goebbels, Joseph: "Was wollen wir im Reichstag?", **Der Angriff: Aufsätze aus der Kampfzeit**, Ed. by Joseph Goebbels, München, Franz Eher Nachfolger, 1935
- Goeckenjan, Ingke: "Überprüfung von Straftatbeständen anhand des

- Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Überfällige Inventur oder Irrweg?", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Goerlich, Helmut: "Fundamental Constitutional Rights", **The Constitution of the Federal Republic of Germany**, Ed. by Ulrich Karpen, Baden-Baden, Nomos, 1988
- Goerlich, Helmut: **Wertordnung und Grundgesetz: Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts**, Baden-Baden, Nomos, 1973
- Gölbaşı Dinç, Aslı: "Anayasa Hukukunda İsimsiz Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, Sayı 1, 2017, pp. 95-115
- Gölcüklü, A. Feyyaz; Gözübüyük, A. Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002
- Gönsch, Manfred M.: "Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“", **JuristenZeitung**, 34. Jahrg., Nr. 1, 5. Januar 1979, pp. 16-20
- Gören, Zafer: **Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018
- Gören, Zafer: **Temel Hak Genel Teorisi**, 3. Baskı, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995
- Götz, Heinrich: "Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2005, pp. 953-957
- Göze, Ayferi: "Onaltıncı Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme Hakkı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 34, Sayı: 1-4, 1969, pp. 243-277
- Gözler, Kemal: "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkın Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 59, Sayı 4, 2001, pp. 53-67
- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2020
- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2020
- Gözler, Kemal: "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 64, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006, pp. 131-166
- Gözler, Kemal: **Hukuka Giriş**, 16. Baskı, Bursa, Ekin, 2019
- Gözler, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998
- Gözler, Kemal: **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa, Ekin, 2017
- Gözler, Kemal: **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, Bursa, Ekin Press, 2008

- Gözler, Kemal: “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, C. 15, 1998, pp. 207-243
- Gözler, Kemal: “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, Sayı 1, 1990, pp. 31-67
- Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2021
- Gözler, Kemal: “Yorum İlkeleri”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması**, Ed. by Ozan Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013
- Gözler, Kemal: “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002, pp. 326-354
- Göztepe, Ece: “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Ed. by Ece Göztepe - Mustafa Mert Alpbaz, İstanbul, On İki Levha, 2017
- Göztepe, Ece: “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararlarının Argümanlarına Kısa Bir Bakış”, **Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan**, C. II, Ed. by Engin Yıldırım - Yusuf Şevki Hakyemez - Murat Şen - Ömer Gedik, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024
- Grabenwarter, Christoph; Pabel, Katharina: “Der Grundsatz des fairen Verfahrens”, **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Grabenwarter, Christoph; Pabel, Katharina: **Europäische Menschenrechtskonvention**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Grabitz, Ebehard: “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 98, No. 4, 1973, pp. 568-616
- Greenawalt, Kent: **Law and Objectivity**, Oxford, Oxford University Press, 1992
- Greene, Alan: “Through the Looking Glass? Irish and UK Approaches to Strasbourg Jurisprudence”, **Irish Jurist**, 2016, New Series, Vol. 55 (2016), pp. 112-133
- Greene, Jamal: “Rights as Trumps?”, **Harvard Law Review**, Vol. 132, No. 1, 2018, pp. 28-132
- Greer, Steven: **The European Convention on Human Rights: Achievement, Problems and Prospects**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- Grimm, Dieter: “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, **University of Toronto Law Journal**, Vol. 57, 2007, pp. 383-397
- Grimm, Dieter: **Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage**, Berlin, Duncker & Humblot, 2020

- Gross, Oren: "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?", **The Yale Law Journal**, Vol. 112, No. 5, 2003, pp. 1011-1134
- Gross, Oren; Ní Aoláin, Fionnuala: **Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- Gross, Oren: "The Prohibition on Torture and the Limits of the Law", **Torture: A Collection**, Ed. by Sanford Levinson, Oxford, Oxford University Press, 2004
- Grzeszick, Bernd: "Art. 20", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Guastini, Riccardo: "An Exercise in Legal Realism", **Iuris Dictio**, Vol. 25, 2020, pp. 37-47
- Guastini, Riccardo: "A Realistic View on Law and Legal Cognition", **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 27, 2015
- Guastini, Riccardo: "Fragments of a Theory of Legal Sources", **Ration Juris**, Vol. 9, No. 4, 1996, pp. 364-386
- Guastini, Riccardo: "Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules", **Ratio Juris**, Vol. 4, No. 3, 1991, pp. 308-321
- Guckelberger, Annette: "Schranken der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022
- Guckelberger, Annette: "Verfassungsimmanente Schranken", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022
- Guckelberger, Annette: "Verfassungsunmittelbare Schranken", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022
- Gurvitch, Georges: **Sociology of Law**, London, Kegan Paul, 1947
- Gusy, Christoph: "Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 105, No. 2, 1980, pp. 279-310
- Gusy, Christoph: "Die Grundrechte in der Weimarer Republik", **Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte**, Bd. 15, 1993, pp. 163-183
- Gülgeç, Yahya Berkol: **Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha, 2021
- Gülgeç, Yahya Berkol: **Normativite ve Pozitivizm**, İstanbul, On İki Levha, 2020
- Gülgeç, Yahya Berkol: **Normlar Hiyerarşisi**, İstanbul, On İki Levha, 2018
- Güneş, Turan: **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965

- Günther, Abel: **Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes**, Berlin, Duncker & Humblot, 1964
- Günther, Klaus: "Ein Normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der Juristischen Argumentation", **Rechtstheorie**, Vol. 20, No. 2, 1989, pp. 163-190
- Günther, Klaus: **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, Albany, State University of New York Press, 1993
- Güriz, Adnan: **Hukuk Başlangıcı**, 6. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 1997
- Habermas, Jürgen: **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, Trans. by William Rehg, Cambridge, The MIT Press, 1996
- Habermas, Jürgen: **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, 4. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994
- Hailbronner, Kay: "Freizügigkeit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Hain, Karl-E.: "Konkretisierung Der Menschenwürde Durch Abwägung?", **Der Staat**, 2006, Vol. 45, No. 2 (2006), pp. 189-214
- Hakymez, Yusuf; Şevki: "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, Sayı 2, 2002, pp. 17-40
- Hakymez, Yusuf; Şevki: **Militan Demokrasi Kaydı ve 1982 Anayasası**, Ankara, Seçkin, 2000
- Hanschmann, Felix: "Artikel 2: Recht auf Bildung", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017
- Harbo, Tor-Inge: **The Function of Proportionality Analysis in European Law**, Leiden, Brill Nijhoff, 2015
- Harms, Katharina: "Kompetenzen des Bundes aus der "Natur der Sache"?", **Der Staat**, Vol. 33, No. 3, 1994, pp. 409-428
- Harris, David; O'Boyle, Michael; Bates, Ed; Buckley, Carla M.: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, Ankara, Avrupa Konseyi, 2013
- Harris, David; O'Boyle, Michael; Bates, Ed; Buckley, Carla M.: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021
- Hart, H. L. A.: **The Concept of Law**, 3. Edition Oxford, Oxford University Press, 2012
- Hassan, Ümit: **İbni Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998

- Hatschek, Julius: **Deutsches und preussisches Staatsrecht**, Bd. I, Berlin, Georg Stilke 1922
- Hauck, Sué González: "Grundrechtsberechtigung Allgemein", **Grundrechte**, Ed. by Lisa Hahn - Maximilian Petras - Dana-Sophia Valentiner - Nora Wienfort, Berlin, Walter de Gruyter, 2022
- Hauriou, Maurice: "Die Theorie der Institution und der Gründung (1925)", **Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou**, Ed. by Roman Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1965
- Hauriou, Maurice: "Müessesese ve Tesis Teorisi", Çev. Tarık Zafer Tunaya, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 9, Sayı 3-4, 1944, pp. 639-671
- Hauriou, Maurice: "The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism" **The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos**, Ed. by Albert Broderick, Trans. by Mary Welling, Cambridge, Harvard University Press, 1970
- Hazar, Zeynep: **İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması**, Ankara, Adalet, 2021
- Häberle, Peter: **Das Menschenbild im Verfassungsstaat**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2001
- Häberle, Peter: "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation", **JuristenZeitung**, 30. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1975, pp. 297-30
- Häberle, Peter: "Die Verfassung „im Kontext“", **Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse**, Ed. by Daniel Thürer - Jean-François Aubert - Jörg Paul Müller, Zurich, Schulthess, 2001
- Häberle, Peter: **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**, 2. Auflage, Karlsruhe, C. F. Müller, 1972
- Häberle, Peter: "Fundamental Rights in the Welfare State", **Peter Häberle on Constitutional Theory: Constitution as Culture and the Open Society of Constitutional Interpreters**, Ed. by Markus Kotzur, Baden-Baden, Nomos, 2018
- Häberle, Peter: "Grundrechte im Leistungsstaat", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 30, Berlin, Walter de Gruyter, 1972
- Häberle, Peter: "Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat: Das Beispiel des deutschen Grundgesetzes", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 114, No. 3, 1989, pp. 361-390
- Häberle, Peter: "Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem »zeit-gerechten« Verfassungsverständnis", **Zeitschrift für Politik** (N. F.), Vol. 21, No. 2, 1974, pp. 111-137
- Häntzschel, Kurt: "Das Recht der freien Meinungsäußerung" **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932
- Hecker, Wolfgang: "Relativierung des Folterverbots in der BRD?", **Kritische Justiz**, Vol. 36, No. 2, 2003, pp. 210-218

- Heckmann, Dirk: "Eingriff durch Symbole? Zur Reichweite grundrechtlichen Schutzes vor geistiger Auseinandersetzung", **JuristenZeitung**, 51. Jahrg., Nr. 18, 20. September 1996, pp. 880-889
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989
- Heidegger, Martin: **Sein und Zeit**, 11. Auflage, Tübingen, Max Niemeyer, 1967
- Heiderhoff, Bettina: "Art. 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Heinig, Hans Michael; Morlok, Martin: "Von Schafen und Kopftüchern: Das Grundrecht auf Religionsfreiheit in Deutschland vor den Herausforderungen religiöser Pluralisierung", **JuristenZeitung**, 58. Jahrg., Nr. 15/16, 8. August 2003, pp. 777-785
- Held, David; McGrew, Anthony; Goldblatt, David; Perraton, Jonathan: "Globalization", **Global Governance**, Vol. 5, No. 4, Oct.–Dec. 1999, pp. 483-496
- Held, David; McGrew, Anthony; Goldblatt, David; Perraton, Jonathan: **Global Transformations: Politics, Economics and Culture**, Stanford, Stanford University Press, 1999
- Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie: "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", **The Yale Law Journal**, Vol. 107, 1997, pp. 273-391
- Heller, Hermann: **Staatslehre**, 3. Auflage, Leiden, A. W. Sijthoff, 1963
- Heller, Hermann: "The Essence and Structure of the State", **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000
- Hellmann, Vanessa: "Der sogenannte Gewährleistungsgehalt: Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern**, Ed. by Sigrid Emmenegger - Ariane Wiedmann, Bd. 2, Berlin, De Gruyter, 2011
- Henkin, Louis: "Infallibility under Law: Constitutional Balancing", **Columbia Law Review**, Vol. 78, No. 5, 1978, pp. 1022-1049
- Henschel, Johann Friedrich: "Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG", **Neue Juristische Wochenschrift**, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1990, pp. 1937-1944
- Hensel, Albert: "Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932
- Hensel, Albert: "Grundrechte und Rechtsprechung", **Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben**, Bd. I, Ed. by Otto Schreiber, Berlin, Walter de Gruyter, 1929
- Heper, Yunus: **Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milliyetiyle Bölünmez**

Bütünlüğü, İstanbul, On İki Levha, 2015

- Herdegen, Matthias: "Art. 1 Abs. 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Herdegen, Matthias: "Art. 1 Abs. 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Herdegen, Matthias: "Gewissensfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Heringa, Aalt Willem: "The 'Consensus Principle': The Role of 'Common Law' in the ECHR Case Law", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol. 3, No. 2, 1996, pp. 108-145
- Hermes, Georg: "Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Hermes, Georg: "Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1990, pp. 1764-1768
- Hermes, Georg: "Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002
- Herzberg, Rolf Dietrich: "Folter und Menschenwürde", **JuristenZeitung**, 60. Jahrg., Nr. 7, 1. April 2005, pp. 321-328
- Herzfelder, Felix: **Gewalt und Recht: Eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses**, München, Theodor Ackermann, 1890
- Herzog, Roman: **Allgemeine Staatslehre**, Frankfurt, Athenaum-Verlag, 1971
- Herzog, Roman: "Art. 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 5. Auflage, München, C. H. Beck, 1980
- Herzog, Roman: "Art. 8", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2003
- Hesse, Konrad: "Bedeutung der Grundrechte", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995
- Hesse, Konrad: **Die normative Kraft der Verfassung**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959
- Hesse, Konrad: **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1985
- Heun, Werner: "Artikel 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Heun, Werner: "Embryonenforschung und Verfassung: Lebensrecht und

- Menschenwürde des Embryos", **JuristenZeitung**, 57. Jahrg., Nr. 11, 7. Juni 2002, pp. 517-524
- Heun, Werner: "Freiheit und Gleichheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Heyman, Steven J.: **Free Speech and Human Dignity**, New Haven, Yale University Press, 2008
- Hıfzioğulları, Zeki: **Ceza Normu**, 2. Baskı, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1996
- Hiebert, Janet L.: **Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review**, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996
- Hillgruber, Christian: "Anayasanın Yorumlanması", Çev. Yüksel Metin, **Anayasa Teorisi**, Ed. by Otto Depenheuer - Christoph Grabenwarter, İstanbul, Lale Yayıncılık, 2014
- Hillgruber, Christian: "Der Staat des Grundgesetzes — nur „bedingt abwehrbereit“? — Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation", **Juristen-Zeitung**, 62. Jahrg., Nr. 5, 2. März 2007, pp. 209-218
- Hillgruber, Christian: "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002
- Hillgruber, Christian: "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Hillgruber, Christian: "Grundrechtsschranken", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- von Hippel, Eike: **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte**, Berlin, Duncker & Humblot, 1965
- Hirschl, Ran: **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Hobbes, Thomas: **Leviathan**, Oxford, Oxford University Press, 1996
- Hoffmann, Josef: "Kunstfreiheit und Sacheigentum: Bemerkungen zum "Sprayer"-Beschuß des BVerfG ", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985, pp. 237-246
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: "Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2004, pp. 2777-2782
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", **Basisexte: Grundrechtstheorie**, Ed. by Ino Augsberg - Sebastian Unger, Baden-Baden, Nomos, 2012
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitätsgewährleistung durch Normen", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 130, No. 1, 2005, pp. 5-70
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: "Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch: Eine Erwidern auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik", **Der Staat**, Vol. 43, No. 2, 2004, pp. 203-233

- Hoffmann-Riem, Wolfgang: "Kommunikations- und Medienfreiheit", **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Ernst Benda - Werner Maihofer - Hans-Jochen Vogel, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1995
- Hofmann, Hans: "Art. 4", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Hofmann, Hans: "Art. 6", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Hofmann, Hans: "Art. 14", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018
- Hofmann, Hans: "Art. 19: Einschränkung von Grundrechten und des Rechtswegs", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018
- Hofmann, Hans: "Art. 20", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Hofmann, Hasso: "Die Grundrechte 1789 - 1949 - 1989", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1989, pp. 3177-3187
- Hofmann, Hasso: "Die versprochene Menschenwürde", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 118, No. 3, 1993, pp. 353-377
- Hofmann, Hasso: "Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 41, Berlin, Walter de Gruyter, 1983
- Hofmann, Hasso: "Grundpflichten und Grundrechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Hofmann, Hasso: "Menschenrechtliche Autonomieansprüche: Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen", **JuristenZeitung**, 47. Jahrg., Nr. 4, 21. Februar 1992, pp. 165-173
- Hofmann, Hasso: "Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts", **JuristenZeitung**, 43. Jahrg., Nr. 6, 18. März 1988, pp. 265-278
- Hogg, Peter W.: "Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", **The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law**, Ed. by Armand de Mestral - Irwin Cotler - Suzanne Birks - Dennis Klinck - Michael Bothe - André Morel, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1986
- Hogg, Peter W.: **Constitutional Law of Canada**, 4. Edition, Ontario, Carswell, 1996
- Hohfeld, Wesley Newcomb: **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, New Haven, Yale University Press, 1923
- Hohm, Karl-Heinz: "Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1986, pp. 3107-3115

- Holdsworth, Williams S.: **Essays in Law and History**, Oxford, Clarendon Press, 1946
- Holmes, Oliver Wendell: **Collected Legal Papers**, 2. Edition, New York, Harcourt, 1952
- Holstein, Günther: "Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 51 (N.F. 12), No. 2, 1927, pp. 187-254
- Honsell, Heinrich: **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin, Springer, 2015
- van Hoof, G.J.H.: "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", **The Right to Food**, Ed. by Philip Alston - Katarina Tomaševski, The Hague, Marinus Nijhoff Publishers, 1984
- Hopfauf, Axel: "Einleitung", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Höfling, Wolfram: "Art.1: Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Höfling, Wolfram: "Art. 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Höfling, Wolfram: **Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1987
- Höfling, Wolfram: "Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben", **JuristenZeitung**, 50. Jahrg., Nr. 1, 5. Januar 1995, pp. 26-33
- Höfling, Wolfram; Augsberg, Steffen: "Grundrechtsdogmatik im Schatten der Vergangenheit — zugleich zum Wunsiedel Beschluß des BVerfG", **JuristenZeitung**, 65. Jahrg., Nr. 22, 19. November 2010, pp. 1088-1098
- Huber, Ernst Rudolf: "Bedeutungswandel der Grundrechte", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 62 (N.F. 23), No. 1, 1933, pp. 1-98
- Huber, Ernst Rudolf: "Constitution", **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000
- Huber, Ernst Rudolf: **Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches**, 2. Auflage, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939
- Huber, Peter M.: "Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand: Ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?", **JuristenZeitung**, 58. Jahrg., Nr. 6, 21. März 2003, pp. 290-297
- Huber, Peter M.: "Artikel 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Huber, Peter M.: "Natürliche Personen als Grundrechtsträger", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Hufen, Friedhelm: "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der**

- Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 61, Berlin, Walter de Gruyter, 2002
- Hufen, Friedhelm: "Entstehung und Entwicklung der Grundrechte", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1999, pp. 1504-1510
- Hufen, Friedhelm: "Kunstfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Hufen, Friedhelm: **Staatsrecht II: Grundrechte**, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Hughes, Charles Evans: "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", **Adresses and Papers of Charles Evans Hughes**, New York, The Knickerbocker Press, 1908
- Huijbers, Leontine Marieke: **Process-based Fundamental Rights Review: Practice, Concept and Theory**, Cambridge, Intersentia, 2019
- Hume, David: **A Treatise of Human Nature**, 11. Edition, Oxford, The Clarendon Press, 1960
- Huscroft, Grant; Miller, Bradley W.; Webber, Grégoire: "Introduction", **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning**, Ed. by Grant Huscroft - Bradley W. Miller - Grégoire Webber, Cambridge, Cambridge University Press, 2014
- Huster, Stefan: "Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht", **JuristenZeitung**, 49. Jahrg., Nr. 11, 3. Juni 1994, pp. 541-549
- Hüfner, Karl: "Artikel 126: Petitionsrecht (Bitt- und Beschwerderecht)", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1930
- Ignatieff, Michael: "Introduction: American Exceptionalism and Human Rights", **American Exceptionalism and Human Rights**, Ed. by Michael Ignatieff, Princeton, Princeton University Press, 2005
- Ipsen, Hans Peter: "Enteignung und Sozialisierung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 10, Berlin, Walter de Gruyter, 1952
- Ipsen, Jörn: "Ehe und Familie", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Ipsen, Jörn: "Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter", **JuristenZeitung**, 52. Jahrg., Nr. 10, 16. Mai 1997, pp. 473-480
- Ipsen, Jörn: **Staatsrecht II: Grundrechte**, 20. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017
- Isensee, Josef: "Bundesverfassungsgericht — quo vadis?", **JuristenZeitung**, 51. Jahrg., No. 22, 22. November 1996, pp. 1085-1093
- Isensee, Josef: "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2011

- Isensee, Josef: "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte", **Bürger - Richter - Staat: Festschrift für Horst Sendler**, Ed. by Everhardt Franßen, München, C. H. Beck, 1991
- Isensee, Josef: **Das Grundrecht auf Sicherheit**, Berlin, Walter de Gruyter, 1983
- Isensee, Josef: "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Isensee, Josef: "Staat und Verfassung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. II, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Isensee, Josef: **Tabu im freiheitlichen Staat: Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts**, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2003
- Isensee, Josef: "Verfassung ohne soziale Grundrechte: Ein Wesenszug des Grundgesetzes", **Der Staat**, Vol. 19, No. 3, 1980, pp. 367-384
- Işıқтаç, Yasemin: **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004
- Işıқтаç, Yasemin: "Validity, Efficiency and Conformity to Justice in the Light of Legal Formalism", **Hukuk Yazıları II**, Ankara, Yetkin, 2013
- Işıқтаç Yasemin; Metin, Sevtap: **Hukuk Metodolojisi**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016
- İbn Haldun: **Mukaddime**, C. II, Çev. Süleyman Uludağ, 6. baskı İstanbul, Dergâh Yayınları, 2006
- İnceoğlu, Sibel: "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. by Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013
- İşsevenler, O. Vahdet: **Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni**, İstanbul, Pinhan, 2019
- Jackson, Vicki C.: "Being Proportional about Proportionality", **Constitutional Commentary**, Vol. 21, 2004, pp. 803-859
- Jacobi, Erwin: "Die Verwaltungsverordnungen", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932
- Jacobs, Francis G.: "The "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights", **The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law**, Ed. by Armand de Mestral - Irwin Cotler - Suzanne Birks - Dennis Klinck - Michael Bothe - André Morel, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 1986
- Jahn, Ralf: "Wirtschaftskammer statt Staat: Zur Verfassungsmäßigkeit der IHK-Pflichtmitgliedschaft - BVerfG, NVwZ 2002, 335", **Juristische Schulung**, 2002, pp. 434-438
- Jarass, Hans D.: "Art. 1", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 2", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:**

- Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 4", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 5", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 9", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 14", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 18", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 19", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Art. 20", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 120, No. 3, 1995, pp. 345-381
- Jarass, Hans D.: "Einleitung", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jarass, Hans D.: "Funktionen und Dimensionen der Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Jarass, Hans D.: "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 110, No. 3, 1985, pp. 363-397
- Jarass, Hans D.: "Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Jaschke, Hans-Gerd: **Streitbare Demokratie und Innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik**, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991
- Jäckel, Hartmut: **Grundrechtsgeltung und Grundrechtsicherung: Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG**, Berlin, Duncker & Humblot, 1967
- Jeand'Heur, Bernd: "Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen: Zur Erweiterung der Grundrechtsfunktionen und deren Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik", **JuristenZeitung**, 50. Jahrg., Nr. 4, 17. Februar

1995

- Jellinek, Georg: **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Berlin, Julius Springer, 1929
- Jellinek, Georg: **Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte**, 2. Auflage, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904
- Jellinek, Georg: **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, Freiburg, J. C. B. Mohr, 1892
- Jellinek, Walter: **Verwaltungsrecht**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 1931
- Jellinek, Walter: **Verwaltungsrecht**, 3. Auflage, Offenburg, Lehrmittel-Verlag, 1948
- Jesch, Dietrich: **Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmassigkeitsprinzips**, 2. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968
- Jesse, Eckhard: "Grenzen des Demokratieschutzes in der offenen Gesellschaft: Das Gebot der Äquidistanz gegenüber politischen Extremismen", **Gefährdungen der Freiheit: Extremistische Ideologien im Vergleich**, Ed. by Uwe Backes - Eckhard Jesse, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2006
- Jesse, Eckhard: **Literaturführer: Parlamentarische Demokratie**, Opladen, Leske Verlag, 1981
- Jestaedt, Matthias: "Maßstäbe des Verwaltungshandelns", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2010
- Jestaedt, Matthias: "Meinungsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Jestaedt, Matthias: **Die Verfassung hinter der Verfassung: Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie**, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2009
- Jestaedt, Matthias: "Schule und außerschulische Erziehung", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Jestaedt, Matthias: "The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weakness", **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Jestaedt, Matthias: "Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß: Gesetzgebung angesichts der Vielfalt der Rationalitäten und des Eigenwert des politischen Kompromisses", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- von Jhering, Rudolf: **The Struggle for Law**, Trans. by John J. Lalor, Chicago, Callaghan and Company, 1915
von Jhering, Rudolph: **Zweck im Recht**, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1877
- Jörs, Paul; Kunkel, Wolfgang; Wenger, Leopold: **Römisches Recht**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 1949
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar**, 8. Baskı, İstanbul, Legal, 2012

- Kahl, Wolfgang: “Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 131, No. 4, 2006, pp. 579-620
- Kahl, Wolfgang: “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, **Der Staat**, Vol. 43, No. 2, 2004, pp. 167-202
- Kaiser, Karen: “Art. 1 ZP 1: Schutz des Eigentums”, **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Kanadoğlu, Korkut: **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, İstanbul, On İki Levha, 2015
- Kanadoğlu, Korkut: “Sanat Özgürlüğü”, **Hukuk ve Sanat**, Ed. by Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, 2017
- Kanadoğlu, O. Korkut: **Türk ve Alman Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul, Beta, 2000
- Kanadoğlu, Korkut; Duygun, Ahmet Mert; Şahin, Battal Ni-yazi: “Anayasa Mahkemesi’nin Temel Hak Dogmatğine Yönelik Bazı Tespitler (Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Haklar / Ortak Koruma Alanı)”, **Prof. Dr. Fazıl Sağlam’a Armağan**, Ed. by Ece Göztepe - Ozan Ergül - Selda Çağlar, Ankara, Seçkin, 2022
- Kannengießer, Christoph: “Art. 9”, **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Kant, Immanuel: “Die Metaphysik der Sitten”, **Kant’s gesammelte Schriften**, Bd. VI, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1914
- Kant, Immanuel: “Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft”, **Kant’s gesammelte Schriften**, Bd. VI, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1914
- Kant, Immanuel: “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”, **Kant’s gesammelte Schriften**, Bd. IV, Ed. by Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, Georg Reimer, 1911
- Kapani, Münici: **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 1993
- Karan, Ulaş: **İfade Özgürlüğü**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018
- Karan, Ulaş: **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018
- Kaser, Max: **Das Römische Privatrecht**, München, C. H. Beck, 1955
- Kaser, Max: **Römisches Privatrecht**, 16. Auflage, München, C. H. Beck, 1992
- Katz, Alfred: **Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht**, 13. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996
- Kaufmann, Arthur: “Gesetz und Recht”, **Existenz und Ordnung: Festschrift für Erik**

- Wolf zum 60. Geburtstag**, Ed. by Thomas Würtenberger - Werner Maihofer - Alexander Hollerbach, Frankfurt am Main, Klostermann, 1962
- Kaufmann, Arthur: "Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart", **JuristenZeitung**, 18. Jahrg., Nr. 5/6, 8. März 1963, pp. 137-148
- Kaufmann, Erich: "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1927
- Kaufmann, Erich: "Eigentum und Verwaltung (1930)", **Autorität und Freiheit: Von der konstitutionellen Monarchie bis zur Bonner parlamentarischen Demokratie**, Ed. by Erich Kaufmann, Göttingen, Schwartz, 1960
- Kayıhan, Şaban: **Medeni Hukuk Bilgisi**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022
- Kaya, Semih Batur: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi**, Ankara, Seçkin, 2021
- Kästner, Karl-Hermann: "Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit? Über das Verhältnis der Religions und Weltanschauungsfreiheit zum Geltungsanspruch des allgemeinen Rechts", **JuristenZeitung**, 53. Jahrg., Nr. 20, 16. Oktober 1998, pp. 974-982
- Kästner, Karl-Hermann; Droge, Michael: "Artikel 4", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Kearns, Paul: **Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure**, Oxford, Hart Publishing, 2013
- Keller, Adolf: **Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes**, Winterthur, P. G. Keller, 1960
- Kelsen, Hans: **Allgemeine Staatslehre**, Berlin, Julius Springer, 1925
Kelsen, Hans: **Allgemeine Theorie der Normen**, Wien, Manzsche, 1979
- Kelsen, Hans: "Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit den Jahren 1918", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. I, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930
- Kelsen, Hans: **General Theory of Law and State**, Trans. by Anders Wedberg, New Jersey, Transaction Publishers, 2006
- Kelsen, Hans: **General Theory of Norms**, Trans. by Michael Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991
- Kelsen, Hans: **Introduction to the Problems of Legal Theory**, Trans. by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2002
- Kelsen, Hans: "On the Theory of Interpretation", Trans. by Bonnie Litschewski Paulson - Stanley L. Paulson, **Legal Studies**, Vol. 10, No. 2, 1990, pp. 127-135
- Kelsen, Hans: **Pure Theory of Law**, 5. Edition, Trans. by Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2008
- Kelsen, Hans: **Reine Rechtslehre**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017

- Kelsen, Hans: "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", Trans. by Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. by Lars Vinx, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- Kelsen, Hans: "Verteidigung der Demokratie (1932)", **Demokratie und Sozialismus: Ausgewählte Aufsätze**, Ed. by Hans Kelsen, Wiener, Volksbuchhandlung, 1967
- Kelsen, Hans: "Was ist juristischer Positivismus?", **JuristenZeitung**, 20. Jahrg., Nr. 15/16, 13. August 1965, pp. 465-469
- Kelsen, Hans: **Wer soll der Hüter der Verfassung sein?**, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019
- Kelsen, Hans: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 5, Berlin, Walter de Gruyter, 1929
- Kempen, Bernhard: "Art. 5 Abs. 3", **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023
- Kemper, Michael: "Art. 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Kerkemeyer, Andreas: "Art. 19 Abs. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Kern, Fritz: **Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter: zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie**, Leipzig, K. F. Koehler, 2014
- Kerr, Lord: "The Conversation Between Strasbourg and National Courts—Dialogue or Dictation?", **Irish Jurist**, 2009, New Series, Vol. 44 (2009), pp. 1-12
- Kılıç, Halil İbrahim: "Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlamanın Sınırı ve Hakkın Özü", **Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012
- Kılıç, Muharrem: "Klasik Oryantalist Geleneğe Eleştirel Bir Bakış: David Stephan Powers Örneği", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 4, 2004, pp. 175-195
- Kielmansegg, Peter Graf: "Die Verfassung von Weimar: Versuch einer Neueinschätzung", **Jahrbuch Extremismus & Demokratie (E & D)**, Ed. by Uwe Backes - Alexander Gallus - Eckhard Jesse - Tom Thieme, Baden-Baden, Nomos, 2019
- von Kielmansegg, Sebastian Graf: "Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren", **Juristische Schulung**, 2009, pp. 216-221
- Kielmansegg, Sebastian Graf: **Grundrechte im Näheverhältnis: Eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012
- Kingreen, Thorsten; Poshcer, Ralf: "Die Ausgestaltung von Grundrechten", **JuristenZeitung**, 77. Jahrg., No. 20, 21. Oktober 2022, pp. 961-970

- Kingreen, Thorsten; Poshcer, Ralf: **Grundrechte: Staatsrecht II**, 39. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2023
- Kirchhof, Gregor: "Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens", **Zeitschrift für Rechtspolitik**, 2015, pp. 136-137
- Kirchhof, Paul: "Anayasa Kültürü ve Kavramı", Çev. Nedim Meriç, **Anayasa Teorisi**, Ed. by Otto Depenheuer - Christoph Grabenwarter, İstanbul, Lale Yayıncılık, 2014
- Kirchhof, Paul: "Die Wertgebundenheit des Rechts, ihr Fundament und Rationalität der Rechtsfortbildung", **Menschenbild und Menschenwürde**, Ed. by Eilert Herms, Gütersloh, Chr. Kaiser/Gütersloher, 2001
- Kirchhof, Paul: "Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Kitzinger, Friedrich: "Artikel 142 Satz 1: Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst", **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. II, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1930
- Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir: **The Constitutionalization of International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009
- Klatt, Matthias; Meister, Moritz: **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Klatt, Matthias; Meister, Moritz: "Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip", **Der Staat**, Vol. 51, No. 1, 2012, pp. 159-188
- Klein, Eckart: "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1989, pp. 1633-1640
- Klein, Hans: "Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht: Zur Auslegung des Art. 5 Abs. III Satz 1 des Grundgesetzes", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 90, No. 2, 1965, pp. 129-182
- Klein, Hans Hugo: "Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C.F. Müller, 2004
- Klein, Hans H.: "Öffentliche und Private Freiheit: Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit", **Der Staat**, Vol. 10, No. 2, 1971, pp. 145-172
- Klein, Hans Hugo: "Verfassungstreue und Schutz der Verfassung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 37, Berlin, Walter de Gruyter, 1979
- Klein, Hans Hugo; Schwarz, Kyrill-Alexander: "Art. 17", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Klein, Hans Hugo; Schwarz, Kyrill-Alexander: "Art. 38", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. IV, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Klein, Oliver: "Das Untermaßverbot: über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung", **Juristische Schulung**, 2006, pp. 960-964

- Klement, Jan Henrik: "Grundrechtliche Schutzbereich", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund**, Bd. III, Ed. by Klaus Stern - Helge Sodan - Markus Möstl, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2022
- Klement, Jan Henrik: "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt: Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik", **JuristenZeitung**, 63. Jahrg., Nr. 15/16, 8. August 2008, pp. 756-763
- Kloepfer, Michael: "Einrichtungsgarantien", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Kloepfer, Michael: "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, Bd. II, Ed. by Christian Starck, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976
- Kloepfer, Michael: "Tierversuchsbeschränkungen und Verfassungsrecht", **Juristen-Zeitung**, 41. Jahrg., Nr. 5, 7. März 1986, pp. 205-212
- Kloepfer, Michael: **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, München, C. H. Beck, 2010
- Kluth, Winfried: "Art. 38", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymann, 2018
- Kluth, Winfried: **Grundrechte**, 3. Auflage, Halle, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, 2013
- Knauff, Matthias: "Begriff des Verwaltungsaktes", **Verwaltungsrecht: Verwaltungsverfahrensgesetz**, Bd. III, Ed. by Friedrich Schoch - Jens-Peter Schneider, 3. EL, München, C. H. Beck, 2022
- Knies, Wolfgang: **Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem**, München, C. H. Beck, 1967
- Koch, Erich: "Die Grundrechte in der Verfassung", **Deutsche Juristen-Zeitung**, Vol. 24, 1 August 1919, pp. 609-615
- Koch, Ida Elisabeth: **Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Leiden, Marinus Nijhoff Publishers, 2009
- Koch, Oliver: **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, Berlin, Duncker & Humblot, 2003
- Koellreutter, Otto: **Grundriß der Allgemeinen Staatslehre**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1933
- Kokott, Juliane: "Art. 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Kokott, Juliane: "Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Kommers, Donald P.: "Germany: Balancing Rights and Duties", **Interpreting Constitutions: A Comparative Study**, Ed. by Jeffrey Goldsworthy, Oxford,

Oxford University Press, 2006

- Kommers, Donald P.; Finn, John E.; Jacobsohn, Gary J.: **American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes**, Vol. II, 3. Edition, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2010
- Korioth, Stefan: "Introduction", **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000
- Kosaş, David: "Conflicts between Fundamental Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Czech Republic", **Conflicts between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- Kotulla, Michael: **Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)**, Heidelberg, Springer, 2008
- Kotzur, Markus; Vasel, Johann Justus: "Artikel 6", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Koutnatzis, Stylianos-Ioannis G.: "Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee", **Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, Vol. 44, No. 1, 2011, pp. 32-59
- Kovler, Anatoly; Zagrebelsky, Vladimiro; Garlicki, Lech; Spielmann, Dean; Jaeger, Renate; Liddell, Roderick: "The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights", **Dialogue between Judges**, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2008
- Köksal, Asım Cüneyd: "İnsan Haklarının Felsefi Krizi: İslâmi Bir Perspektif", **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 58, 2020, pp. 25-67
- Köküsarı, İsmail: **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2020
- Kramer, Larry D.: **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, Oxford, Oxford University Press, 2004
- Krebs, Walter: **Vorbehalt des Gestezes und Grundrechte: Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975
- Krebs, Walter; Kotzur, Markus: "Art. 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Krieger, Heike: "Art. 3", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Kriele, Martin: **Einführung in die Staatslehre: Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates**, 5. Auflage, Opladen, Westdeutscher, 1994
- Kriele, Martin: "Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011

- Kriele, Martin: "Menschenrechte und Gewaltenteilung (1986)", **Recht - Vernunft - Wirklichkeit**, Ed. by Martin Kriele, Berlin, Duncker & Humblot, 1990
- Kriele, Martin: "Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer", **Recht-Vernunft-Wirklichkeit**, Ed. by Martin Kriele, Berlin, Duncker & Humblot, 1990
- Krishner, Alexander S.: **A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism**, New Haven, Yale University Press, 2014
- Krüger, Herbert: "Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen", **Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag**, Ed. by Horst Ehmke - Joseph H. Kaiser - Wilhelm A. Kewenig - Karl Matthias Meessen - Wolfgang Rübner, Berlin, Duncker & Humblot, 1973
- Kudlich, Hans: "Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht", **JuristenZeitung**, 58. Jahrg., Nr. 3, 7. Februar 2003, pp. 127-133
- Kumm, Mattias: "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Ed. by George Pavlakos, Oxford, Hart Publishing, 2007
- Kumm, Mattias: "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State", **Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, Global Governance**, Ed. by Jeffrey L. Dunoff - Joel P. Trachtman, Cambridge, Cambridge University Press, 2009
- Kumm, Mattias: "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review", **Law and Ethics of Human Rights**, Vol. 4, Issue 2, 2010, pp. 141-175
- Kunig, Philip; Kämmerer, Jörn Axel: "Art. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Kutscha, Martin: "Renaissance des »besonderen Gewaltverhältnisses«? Disziplinierung und Meinungsfreiheit im öffentlichen Dienst", **Kritische Justiz**, Vol. 18, 1985, pp. 43-56
- Kuzu, Burhan: **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990
- Kühling, Jürgen: "Grundrechte", **Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge**, Ed. by Armin von Bogandy - Jürgen Bast, 2. Auflage, Berlin, Springer, 2009
- Kühne, Jörg-Detlef: "Von der bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Künkler, Mirjam; Stein, Tine: "State, Law, and Constitution: Ernst-Wolfgang Böckenförde's Political and Legal Thought in Context", **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Ed. by Mirjam Künkler - Tine Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Laband, Paul: **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. I, Tübingen, H. Laupp'schen Buchhandlung, 1876
- Laband, Paul: **Deutsches Reichsstaatsrecht**, 6. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1912

- Lacambra, Luis Legaz y: **Rechtsphilosophie**, Berlin, Hermann Luchterhand, 1965
- Ladeur, Karl-Heinz: "Die Beobachtung der Kollektiven Dimension der Grundrechte durch Eine Liberale Grundrechtstheorie", **Der Staat**, Vol. 50, No. 4, 2011, pp. 493-532
- Ladeur, Karl-Heinz: **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004
- Ladeur, Karl-Heinz: "Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen der Flexibilisierung des Tarifvertragssystems", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 131, No. 4, 2006, pp. 643-667
- Ladeur, Karl-Heinz; Augsberg, Ino: "Auslegungsparadoxien: Zu Theorie und Praxis Juristischer Interpretation" **Rechtstheorie**, Vol. 36, No. 2, 2005, pp. 143-184
- Lameyer, Johannes: **Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung**, Berlin, Duncker & Humblot, 1978
- Lange, Klaus: "Die öffentlichrechtliche Anstalt", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 44, Berlin, Walter de Gruyter, 1986
- Langenfeld, Christine: "Das Recht auf Bildung", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Larenz, Karl: **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 4. Auflage, Berlin, Springer, 1979
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm: **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. Auflage, Heidelberg, Springer, 1995
- Lassalle, Ferdinand: "On the Essence of Consitutions", **Fourth International**, Vol. 3, No.1, January 1942, pp. 25-31
- Lassalle, Ferdinand: **Ueber Verfassungswesen**, Berlin, G. Jansen, 1962
- Lavrysen, Laurens: **Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Intersentia, 2016
- Lavrysen, Laurens: "Positive Obligations and the Criminal Law: A Bird's-Eye View on the Case Law of the European Court of Human Rights", **Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR**, Ed. by Laurens Lavrysen - Natasha Mavronicola, Oxford, Hart Publishing, 2020
- Lavrysen, Laurens: "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights", **Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century**, Ed. by Yves Haeck, Eva Brems, New York, Springer, 2014
- Lavrysen, Laurens: "System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge,

Intersentia, 2018

- Law, David S.: "Generic Constitutional Law", **Minnesota Law Review**, Vol. 89, 2005, pp. 652-742
- Lege, Joachim: "Verbot des Einzelfallgesetzes", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Leibholz, Gerhard; v. Mangoldt, Hermann: **Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart**, Bd. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951
- Leisner-Egensperger, Anna: "Wesensgehaltsgarantie", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Leisner, Walter: "'Abwägung überall': Gefahr für den Rechtsstaat", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1997, pp. 636-639
- Leisner, Walter: **Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?**, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- Lemmens, Koen: "General Survey of the Convention", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Lenz, Sebastian: **Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006
- Lepsius, Oliver: "Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Lepsius, Oliver: "Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act", **German Law Journal**, Vol. 07, No. 09, 2006, pp. 761-776
- Lerche, Peter: **Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit**, Köln, Heymann, 1961
- Lerche, Peter: "Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Letsas, George: "The Scope and Balancing of Rights: Diagnostic or Constitutive?", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
- Letsas, George: "Two Concepts of the Margin of Appreciation", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 26, No. 4, 2006, pp. 705-732
- Lewis, Carl Emilio: "The European Court of Human Rights and its Search for Common Values", **European Convention on Human Rights Law Review**, Vol. 4, 2023, pp. 179-219

- Liepmann, Moritz: **Die Bedeutung der Reichsverfassung für die geistige Kultur Deutschlands**, Hamburg, W. Gente, 1920
- Lindner, Josef Franz: **Theorie der Grundrechtsdogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005
- Link, Christoph: "Stat Crux? Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1995, pp. 3353-3357
- Lipset, Seymour Martin: **American Exceptionalism: A Double-Edged Sword**, New York, W. W. Norton & Company, 1996
- Locke, John: "Two Treatises of Government", **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, Ed. by Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003
- Loewenstein, Karl: "Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I", **The American Political Science Review**, Vol. 29, No. 4, Aug., 1935, pp. 571-593
- Loewenstein, Karl: "Militant Democracy and Fundamental Rights, I", **The American Political Science Review**, Vol. 31, No. 3, Jun., 1937, pp. 417-432
- Loewenstein, Karl: "Militant Democracy and Fundamental Rights, II", **The American Political Science Review**, Vol. 31, No. 4, Aug., 1937, pp. 638-658
- Loewenstein, Karl: **Political Power and the Governmental Process**, 2. Edition, Chicago, The University of Chicago Press, 1965
- Loewenstein, Karl: **Verfassungslehre**, 2. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1969
- de Londras, Fiona; Dzehtsiarou, Kanstantsin: **Great Debates on the European Convention on Human Rights**, London, Palgrave, 2018
- Lorenz, Dieter: "Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 105, No. 4, 1980, pp. 623-649
- Loschelder, Wolfgang: "Grundrechte im Sonderstatus", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Loschelder, Wolfgang: "Staatseingliederung als Institutionalierungsproblem: Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses", **Das besondere Gewaltverhältnis**, Ed. by Detlef Merten, Berlin, Duncker & Humblot, 1985
- Loschelder, Wolfgang: **Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung: Zur Institutionalisierung der engeren Staat/Bürger-Beziehungen**, Köln, Carl Heymann, 1982
- Loughlin, Martin: **Foundations of Public Law**, Oxford, Oxford University Press, 2010
- Loughlin, Martin: **Kamu Hukukunun Temelleri**, Ankara, Dipnot Yayınları, 2015
- Lowe, James Joseph Greaves: "Freedom of Artistic Expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights", **The University of Edinburgh**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016
- Löwer, Wolfgang: **Cessante ratione legis cessat ipsa lex: Wandlung einer gemeinrechtlichen Auslegungsregel zum Verfassungsgebot**, Berlin, Walter de Gruyter, 1989

- Luban, David: "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", **Virginia Law Review**, Vol. 91, No. 6, Oct., 2005, pp. 1425-1461
- Luhmann, Niklas: "Are There Still Indispensable Norms in Our Society?", Trans. by Todd Cesaratto, **Soziale Systeme**, Vol. 14, Heft 1, 2008, pp. 18-37
- Luhmann, Niklas: **Das Recht der Gesellschaft**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995
- Luhmann, Niklas: **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1974
- Lübbe-Wolff, Gertrude: **Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen**, Baden-Baden, Nomos, 1988
- Lübbe-Wolf, Getrude: "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court", **Human Rights Law Journal**, Vol. 34, No. 1-6, 2014, pp. 12-17
- L'Heureux-Dubé, Claire: "The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", **Tulsa Law Journal**, Vol. 34, Issue 1/2, 2013, pp. 15-40
- MacCormick, Neil; Summers, Robert S.: "Interpretation and Justification", **Interpreting Statutes: A Comparative Study**, D. Neil MacCormick - Robert S. Summers, Oxon, Ashgate Publishing, 1991
- MacCormick, Neil; Weinberger, Ota: "Introduction", **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986
- Macdoanld, R. St. J.: "The Margin of Appreciation", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by R. St. J. Macdoanld - F. Matscher - H. Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993
- Macklem, Patrick: "Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 4, No. 3, 2006, pp. 488-516
- Mager, Ute: "Art. 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Magiera, Sigfried: "Art. 38", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Maier, Eva Maria: "Folter und Menschenwürde. Zur aktuellen Debatte um die „Retungsfolter“", **Journal für Rechtspolitik**, Vol. 20, 2012, pp. 195-206
- Maihofer, Werner: "Die Natur der Sache", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Vol. 44, No. 2, 1958, pp. 145-174
- von Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich: **Das Bonner Grundgesetz**, 2. Auflage, Berlin, Franz Wahlen, 1955
- Mannheim, Karl: **Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist**, London, Routledge, 1997
- Mann, Michael: "Globalization Is (Among Other Things) Transnational, Inter-National and Americans", **Science & Society**, Vol. 65, No. 4, Winter,

- 2001/2002, pp. 464-469
- Manssen, Gerrit: "Artikel 12", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Manssen, Gerrit: **Staatsrecht II: Grundrechte**, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2020
- Marauhn, Thilo: "Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Marauhn, Thilo; Merhof, Katrin: "Grundrechtseingriff und -schränken", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Marauhn, Thilo; Ruppel, Nadine: "Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court", **Conflicts Between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- Martens, Joachim: "Grundrechtsausübung als Spiel ohne Grenzen?", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1987, pp. 2561-2563
- Martens, Wolfgang: "Grundrechte im Leistungsstaat", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 30, Berlin, Walter de Gruyter, 1972
- Martin, Céline: **Grundrechtskollisionen**, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007
- Martínez-Zorrilla, David: "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Ed. by David Duarte - Jorge Silva Sampaio, Cham, Springer, 2018
- Martinez-Zorilla, David: "The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights", **Law and Philosophy**, Vol. 30, pp. 729-749
- Marx, Karl: "On the Jewish Question", **Collected Works**, Vol. 3, Ed. by Karl Marx - Friedrich Engels, London, Lawrence and Wishart, 1987
- Marx, Karl: "Zur Judenfrage", **Werke**, Vol. 1, Ed. by Karl Marx - Friedrich Engels, Berlin, Dietz Verlag, 1981
- Marx, Reinhard: "Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?", **Kritische Justiz**, Vol. 37, No. 3, 2004, pp. 278-304
- Mathews, Jud; Sweet, Alec Stone: "All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing", **Emory Law Journal**, Vol. 60, Issue 4, 2010, pp. 797-875
- Maurer, Hartmut: **Staatsrecht I**, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2001
- Maurer, Hartmut: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 13. Auflage, München, C. H. Beck, 2000
- Maxwell, Douglas: **The Human Right to Property: A Practical Approach to Article**

- 1 of the Protocol No. 1 to the ECHR**, Oxford, Hart Publishing, 2022
- May, Larry: **Global Justice and Due Process**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011
- Mayer, Otto: **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895
- Mayer, Otto: **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 2. Auflage, München, Duncker & Humblot, 1914
- Mayer, Otto: **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. I, 3. Auflage, München, Duncker & Humblot, 1924
- Mayer, Otto: **Deutsches Verwaltungsrecht**, Bd. II, Leipzig, Duncker & Humblot, 1896
- Mayer, Otto: "Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 3, No. 1, 1888, pp. 3-86
- McFadden, Patrick M.: "The Balancing Test", **Boston College Law Review**, Vol. 29, No. 3, 1988, pp. 585-658
- McGoldrick, Dominic: "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 65, No. 1, 2016, pp. 21-60
- Medicus, Dieter: "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, Bd. 192, H. 1/2, 1992, pp. 35-70
- Meiklejohn, Alexander: **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, 3. Edition, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2004
- Memiş, Emin: **Anayasaya Uygun Yorum**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007
- Memiş, Emin: **Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011)**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011
- Mensching, Christian: "Art. 17: Verbot des Missbrauchs der Rechte", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Merkel, Adolf: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Wien, Julius Springer, 1927
- Merkel, Adolf: **Umumi İdare Hukuku**, Çev. Bedri Tahir Şaman, Ankara, Titaş Basımevi, 1942
- Merkel, Adolf: "Entwicklung und Reform des Beamtenrechts", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 7, Berlin, Walter de Gruyter, 1932
- Merrills, John G.: **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Manchester, Manchester University Press
- Merten, Detlef: "Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis", **Das besondere Gewaltverhältnis**, Ed. by Detlef Merten, Berlin, Duncker & Humblot, 1985
- Merten, Detlef: "Grundrechtlicher Schutzbereich", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. 3, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009

- Merten, Detlef: "Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Merten, Detlef: "Negative Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Merten, Detlef: "Vereinsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Merten, Detlef: "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Metin, Yüksel: "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", **Anayasa Yargısı**, C. 40, Sayı 1, 2023, pp. 333-370
- Metin, Yüksel: **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara, Asil Yayın, 2008
- Metin, Yüksel: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı 2, 2006, pp. 99-109
- Metin, Yüksel: **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002
- Metin, Yüksel: "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Bir Anayasal İlke midir?", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sayı 1, 2017, pp. 1-74
- Meyer, Georg: **Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes**, 4. Auflage, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895
- Meyer-Ladewig, Jens; Huber, Bertold: "Artikel 4: Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017
- Meyer-Ladewig, Jens; Lehnert, Matthias: "Artikel 3: Verbot der Folter", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017
- Meyer-Ladewig, Jens; von Raumer, Stefan: "Artikel 1: Schutz des Eigentums", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017
- Michael, Lothar: "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Michael, Lothar: "Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze", **Juristische Schulung**, 2001, pp. 148-155
- Michael, Lothar: "Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit", **Juristische Schulung**, 2001,

pp. 654-659

- Michael, Lothar; Morlok, Martin: **Grundrechte**, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2023
- Milas, Max: "Einschränkbarkeit des Grundrechts: Schranken", **Grundrechte**, Ed. by Lisa Hahn - Maximilian Getras - Dana-Sophia Valentiner - Nora Wienfort, Berlin, Walter de Gruyter, 2022
- Milewicz, Karolina: "Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 16, Issue 2, pp. 413-436
- Miller, Bradley W.: "Justification and Rights Limitations", **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**, Ed. by Grant Huscroft, Cambridge, Cambridge University Press, 2008
- Mill, John Stuart: "On Liberty", **On Liberty**, Ed. by David Bromwich - George Kateb, New Haven, Yale University Press, 2003
- Misera-Lang, Kathrin: **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999
- von Mohl, Robert: **Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**, Bd. I, 2. Auflage, Tübingen, H. Laupp'schen Buchhandlung, 1944
- Morlok, Martin: "Artikel 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Morlok, Martin: "Parteiverbot als Verfassungsschutz: Ein unauflösbarer Widerspruch?", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2001, pp. 2931-2942
- de Morree, Paulien Elsbeth: **Rights and Wrongs under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights**, Utrecht, Intersentia, 2016
- Mosca, Gaetano: **Siyasi Doktrinler Tarihi: Eski Çağlardan Günümüze Kadar**, İstanbul, Varlık Yayınları, 1968
- Mowbray, Alastair R.: **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Portland, Hart Publishing, 2004
- Möllers, Christoph: "Wandel der Grundrechtsjudikatur: Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG", **Neue Juristische Wochenschrift**, 2005, pp. 1973-1979
- Möller, Kai: "Right to Life Between Absolute and Proportional Protection", **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, Vol. 13, 2010, pp. 1-18
- Möller, Kai: **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Möstl, Markus: "Normative Handlungsnormen: Allgemeiner Teil", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010
- Mullins, Robert: "Moral Conflict and the Logic Rights", **Philosophical Studies**, Vol. 177, 2020, pp. 633-651
- Muckel, Stefan: **Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung: Die**

- verfassungsrechtlichen Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen**, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- Muckel, Stefan: "Schutz von Religion und Weltanschauung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2011
- Mueller, John E.: "Presidential Popularity from Truman to Johnson", **The American Political Science Review**, Vol. 64, No. 1, 1970, pp. 18-34
- Murswiek, Dietrich: "Art. 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Murswiek, Dietrich: "Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe: Zu der Glykol- und der Osho- Entscheidung vom 26. 6. 2002", **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 2003, pp. 1-8
- Murswiek, Dietrich: "Grundrechte als Teilhaberechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Murswiek, Dietrich: "Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?", **Der Staat**, Vol. 45, No. 4, 2006, pp. 473-500
- Mückl, Stefan: "Freiheit kirchlichen Wirkens", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Müller, Friedrich: **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, Çev. Bertil Emrah Oder - Korkut Kanadoğlu - Osman Can - Fazıl Sağlam, İstanbul, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2009
- Müller, Friedrich: **Die Einheit der Verfassung**, Berlin, Duncker & Humboldt, 1979
- Müller, Friedrich: **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1969
- Müller, Friedrich: **Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation**, Berlin, Duncker & Humblot, 1966
- Müller, Friedrich: **Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik**, Berlin, Duncker & Humblot, 1969
- Müller, Friedrich: "Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst: Fragen der Begrenzung vorbehaltlos verbürgter Grundrechte", **JuristenZeitung**, 25. Jahrg., Nr. 3, 6. Februar 1970, pp. 87-92
- Müller, Friedrich: **Strukturierende Rechtslehre**, Berlin, Duncker & Humblot, 1984
- Müller, Friedrich; Christensen, Ralph: **Juristische Methodik**, Bd. I, 10. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009
- Müller, Jörg Paul: "Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte: Rechtsvergleichende Bemerkungen aus Schweizer Sicht", **Der Staat**, Vol. 29, No. 1, 1990, pp. 33-48
- Müller-Dietz, Heinz: "Verfassung und Strafvollzugsgesetz", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1972, pp. 1161-1167

- Müller-Franken, Sebastian: "Vorbemerkung vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren", **GG: Kommentar zum Grundgesetz**, Ed. by Bruno Schmidt-Bleibtreu - Franz Klein - Hans Hofmann - Hans-Günter Henneke, 14. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018
- Müller-Volbehr, Jörg: "Positive und negative Religionsfreiheit: Zum Kruzifix-Beschluß des BVerfG", **JuristenZeitung**, 50. Jahrg., Nr. 20, 20. Oktober 1995, pp. 996-1000
- v. Münch, Ingo: ""Kirchenasyl": ehrenwert, aber kein Recht", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1995, pp. 565-566
- von Münch, Ingo; Kunig, Philip: "Vorbemerkungen zu den Art. 1-19", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2012
- von Münch, Ingo; Mager, Ute: **Staatsrecht II: Grundrechte**, 6. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2014
- Naudé, Gabriel: **Political Considerations upon Refin'd Politicks, and the Master-Strokes of State, as Practis'd by the Ancients and Moderns**, Trans. by William King, London, H. Klements, 1711
- Nedelsky, Jennifer: **Law's Relation: A Rational Theory of Self, Autonomy, and Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011
- Neidhardt, Stephan: "Artikel 17: Verbot des Missbrauchs der Rechte", **EMRK: Handkommentar**, Ed. by Jens Meyer-Ladewig - Martin Nettesheim - Stefan von Raumer, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2017
- Neto, João Andrade: **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**, Cham, Springer, 2018
- Neves, Marcelo: **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford, Oxford University Press, 2021
- Nierhaus, Michael: "Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers? Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 116, No. 1, 1991, pp. 72-111
- Nimmer, Melville B.: "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", **California Law Review**, Vol. 56, No. 4, 1968, pp. 935-967
- Nipperdey, Hans Carl: "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte**, Bd. IV/2, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey, Berlin, Duncker & Humblot, 1962
- Nußberger, Angelika: "Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law", **Judgments of the European Court of Human Rights: Effects and Implementation**, Ed. by Anja Seibert-Fohr - Mark E. Villiger, Baden-Baden, Nomos, 2014
- Obergfell, Eva Inés; Ulmer-Eilfort, Constanze: "Allgemeiner Teil", **Verlagsrecht: Kommentar**, Ed. by Constanze Ulmer-Eilfort - Eva Inés Obergfell, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2021

- Oder, Bertil Emrah: **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta, 2010
- Oder, Bertil Emrah: “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları -2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması**, Ed. by Ozan Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013
- Oder, Bertil Emrah: **Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık**, İstanbul, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004
- Okandan, Recai Galip: **Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye’nin Siyasi Gelişmesi)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977
- Okandan, Recai Galip: **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968
- Oliveira, Renata Camilo de: **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013
- Orcan, Necdet Umut: **Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri**, Ankara, Adalet, 2023
- Ossenbühl, Fritz: “Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung”, **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. I, Ed. by Peter Badura - Horst Dreier, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001
- Ossenbühl, Fritz: “Grundsätze der Grundrechtsinterpretation”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Ott, Walter: **Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus**, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1992
- O’Brien, David J.; Shannon, Thomas A.: **Catholic Social Thought: Encyclicals and Documents from Pope Leo XIII to Pope Francis**, 3. Edition, New York, Orbis Books, 2016
- O’Donnell, Thomas A.: “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 4, No. 4, 1982, pp. 474-496
- Özbudun, Ergun: **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015
- Özbudun, Ergün: **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin, 2018
- Özbudun, Ergun: **1924 Anayasası**, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012
- Özcan, Mehmet Tevfik: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İkinci Baskı, Ankara, Tekin Yayınevi, 2017
- Özdemir, Y. Metin: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, Sayı 5, 2014, pp. 413-442
- Özenç, Berke: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2006
- Özenç, Berke: **Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt’e Karşı**, İstanbul, İletişim, 2022

- Özenç, Berke: **Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, 2. Baskı, İstanbul, İletişim, 2016
- Pagenkopf, Martin: "Art. 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Paine, Thomas: "Rights of Man", **Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings**, Ed. by Mark Philp, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 1998
- Papier, Hans-Jürgen: "Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Papier, Hans-Jürgen; Dürner, Wolfgang: "Streitbare Demokratie", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 128, No. 3, 2003, pp. 340-371, s. 348-349
- Papier, Hans-Jürgen; Krönke, Christoph: **Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte**, 4. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2020
- Papier, Hans-Jürgen; Shirvani, Foroud: "Art. 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Parkinson, C. Northcote: **Siyasal Düşüncenin Evrimi**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1976
- Pashukanis, Evgeny B.: **The General Theory of Law and Marxism**, New Brunswick, Transaction Publishers, 2003
- Paulsson, Jan: **The Unruly Notion of Abuse of Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2020
- Paulson, Stanley L.: "Zum Problem der Normenkonflikte", **ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Vol. 66, No. 4, 1980, pp. 487-506
- Pecher, Christian Matthias: **Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten**, Hamburg, Lit, 2002
- Peczenik, Aleksander: **On Law and Reason**, Dordrecht, Springer, 2008
- Peine, Franz-Joseph: "Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Peine, Franz-Joseph: "Der Grundrechtseingriff", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2009
- Penski, Ulrich: "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln: Ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts", **JuristenZeitung**, 44. Jahrg., Nr. 3, 3. Februar 1989, pp. 105-114
- von Pestalozza, Christian Graf: "Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland", **Der Staat**, Vol. 2, No. 4, 1963, pp. 425-449

- Pestalozza, Christian: "Der Garantiegehalt der Kompetenznorm: Erläutert am Beispiel der Art. 105ff. GG", **Der Staat**, Vol. 11, No. 2, 1972, pp. 161-188
- Peters, Anne; Altwicker, Tilmann: **Europäische Menschenrechtskonvention: Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz**, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2012
- Peters, Hans: **Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung**, Wiesbaden, Springer, 1963
- Peters, Hans: "Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule", **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte**, Bd. IV/1, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey - Ulrich Scheuner, Berlin, Duncker & Humblot, 1960
- Petersman, Ernst-Ulrich: "Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 30, 2008, pp. 367-418
- Petersen, Niels: "How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning , 01 August 2013, pp. 1387-1408
- Petersen, Niels: **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- Petersen, Niels: **Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Peukert, Wolfgang: "Artikel 1 des 1. ZP: Schutz des Eigentums", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Peukert, Wolfgang: "Artikel 34: Individualbeschwerden", **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ed. by Jochen Abraham Frowein - Wolfgang Peukert, 3. Auflage, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009
- Pfersmann, Otto: "Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability", **Militant Democracy**, Ed. by András Sajó, Utrecht, Eleven International Publishing, 2004
- von der Pfordten, Dietmar: "Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Pieroth, Bodo: "Art. 6", **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar**, Ed. by Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Pieroth, Bodo: "Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 114, No. 3, 1989, pp. 422-450
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf: **Grundrechte: Staatsrecht II**, 30. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller,

2014

- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard:
Grundrechte: Staatsrecht II, 12. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1996
- Pietzcker, Jost:
“Der allgemeine Gleichheitssatz”, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. V, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2013
- Pietzcker, Jost; Marsch, Nikolaus:
“§ 42 Abs. 1 [Anfechtungs- und Verpflichtungsklage]”, **Verwaltungsrecht: Verwaltungsgerichtsordnung**, Bd. I, Ed. by Friedrich Schoch - Jens-Peter Schneider, 43. EL, München, C. H. Beck, 2022
- Pikart, Eberhard; Werner, Wolfram:
Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle, Bd. V/1, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1993
- Pikart, Eberhard; Werner, Wolfram:
Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Akten und Protokolle, Bd. V/2, Boppard Am Rhein, Harald Boldt Verlag, 1993
- Pildes, Richard H.:
“Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law”, **Hastings Law Journal**, Vol. 45, No. 4, 1994, pp. 711-751
- Pirker, Benedikt:
Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2013
- Plato:
Laws, Vol. II, Trans. by R. G. Bury, London, William Heinemann, 1926
- Poggi, Gianfranco:
Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım, 7. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014
- Popper, Karl:
The Open Society and Its Enemies, 3. Edition, Princeton, Princeton University Press, 2013
- Poscher, Ralf:
“Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs”, **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021
- Poscher, Ralf:
“Die Würde des Menschen ist unantastbar.”, **JuristenZeitung**, 59. Jahrg., Nr. 15/16, 13. August 2004, pp. 756-762
- Poscher, Ralf:
“Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles”, **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 22, No. 4, December 2009, pp. 425-454
- Poscher, Ralf:
“Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy’s Latest Attempt to Save His Concept of Principle”, **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Vol. 33, No. 2, June 2020, pp.134-149
- Poscher, Ralf:
“Theory of a Phantom: The Principles Theory’s Concept of a Principle”, **Alexy’s Theory of Law**, Ed. by Júlio Aguiar de Oliveira - Stanley L. Paulson - Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015

- Poscher, Ralf: "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", **Institutionalized Reasons: The Jurisprudence of Robert Alexy**, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Post, Gaines: **Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322**, Princeton, Princeton University Press, 1964
- Poste, Edward: **Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius**, Oxford, Clarendon Press, 1904
- Pound, Roscoe: **An Introduction to the Philosophy of Law**, 4. Edition, New Haven, Yale University Press, 1930
- Powers, David S.: **Law, Society, and Culture in the Maghrib, 1300-1500**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- Preu, Peter: "Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten: Überlegungen aus Anlaß des Gentechnikanlagen-Beschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, JZ 1990, 88", **JuristenZeitung**, 46. Jahrg., Nr. 6, 15. März 1991, pp. 265-271
- Procter, Evelyn S.: "The Interpretation of Clause 3 of the Decrees of León (1188)", **The English Historical Review**, Vol. 85, No. 334, Jan., 1970, pp. 45-53
- Puchta, Georg Friedrich: **Cursus der Institutionen**, Bd. I, 10. Auflage, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893
- Pufendorf, Samuel: **Gesammelte Werke: De officio**, Bd. 2, Berlin, Akademie Verlag, 1997
- Pufendorf, Samuel: **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 1991
- Radbruch, Gustav: "Die Natur der Sache als Juristische Denkform", **Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres**, Ed. by Gustaf C. Hernmarck, Hamburg, J. P. Toth, 1948
- Radbruch, Gustav: **Die Natur der Sache als juristische Denkform**, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960
- Ramião, Rúben: "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Ed. by David Duarte - Jorge Silva Sampaio, Cham, Springer, 2018
- Randelzhofer, Albrecht: "Grundrechte und Grundpflichten", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Raue, Frank: "Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 131, No. 1, 2006, pp. 79-116
- Rauschning, Dietrich: "Diskussionsbeitrag", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 39, Berlin, Walter de Gruyter, 1981
- Raz, Joseph: "Legal Principles and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 81, 1972, pp. 823-854
- Regelsberger, Ferdinand: **Pandekten**, Bd. 1, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893

- Rehbinder, Manfred: **Hukuk Sosyolojisi**, Çev. İlyas Doğan - Hilal Kafkas, 2. Baskı, Ankara, Astana, 2019
- Reiling, Ines: **Die Archäologie des ‚besonderen Gewaltverhältnisses‘: Über die Verschiebungen und die Regel eines Diskurses**, Baden-Baden, Nomos, 2023
- Reimer, Philipp: “Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept”, **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Remmert, Barbara: “Art. 19 Abs. 2”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. III, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Renner, Karl: **The Institution of Private Law and their Social Functions**, London, Routledge & Kegan Paul, 1949
- Requadt, Scott G.: “Worlds Apart on Words Apart: Re-Examining the Doctrine of Shifting Purpose in Statutory Interpretation”, **University of Toronto Faculty of Law Review**, Vol. 51, No. 2, Spring 1993, pp. 331-358
- Richter, Dagmar: “Das Recht auf freie Wahlen”, **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Richter, Dagmar: “Das Recht auf wirksame Beschwerde”, **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. II, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Rijkema, Bastiaan: **Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance**, London, Routledge, 2018
- Rixen, Stephan: “Artikel 9”, **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Rivers, Julian: “Proportionality and Variable Intensity of Review”, **The Cambridge Law Journal**, Vol. 65, No. 1, 2006, pp. 174-207
- Rhinow, René A.: **Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1979
- Rienecker, Fritz: “Das Evangelium des Matthäus”, **Wuppertaler Studienbibel**, Ed. by Fritz Rienecker - Werner de Boor, Witten, R. Brockhaus, 2005
- van Rijn, Arjen: “Right to Marry”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Pieter van Dijk - Fred van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Robbers, Gerhard: “Artikel 6”, **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Robbers, Gerhard: **Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion**, Baden-Baden, Nomos, 1987
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires”**, Vol. I, The

- Hague, Martinus Nijhoff, 1975
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. II, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. III, The Hague, Martinus Nijhoff, 1976
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. IV, The Hague, Martinus Nijhoff, 1977
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. V, The Hague, Martinus Nijhoff, 1979
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. VI, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. VII, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985
- Robertson, Arthur Henry: **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**, Vol. VIII, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985
- Robertson, Roland: **Globalization: Social Theory and Global Culture**, 4.Edition, London, Sage Publications, 1996
- di Robilant, Anna: **Abuse of Rights: The Continental Drug and Common Law**, Boston University School of Law Working Paper No. 14-28, 2014
- Roesler, Shannon: “Permutations of Judicial Power: The New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority”, **Law and Social Inquiry**, Vol. 32, Issue 2, Spring 2007, pp. 545-579
- Rommen, Heinrich A.: **The State in Catholic Thought: A Treatise in Political Philosophy**, London, B. Herder Book, 1950
- Rosen, Lawrence: **The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society**, Cambridge, Cambridge University Press, 1989
- Rosenfeld, Michael; Sajo, András: “Introduction”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. by Michael Rosenfeld - András Sajo, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Ross, Alf: **Directives and Norms**, London, Routledge & Kegan Paul, 1968
- Ross, Alf: **On Law and Justice**, Trans. by Uta Bindreter, Oxford, Oxford University Press, 2019
- Ross, Alf: **Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen**, Leipzig, Franz Deuticke, 1929
- Ross, W. D.: **The Right and the Good**, Oxford, Oxford University Press, 2002
- v. Rotteck, Carl: **Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften**,

- Bd. II, Stuttgart, Gebrüder Franckh, 1830
- Rousseau, Jean-Jacques: "The Social Contract", **Discourse on Political Economy and The Social Contract**, Trans. by Christopher Betts, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 1999
- Rothenbücher, Karl: "Das Recht der freien Meinungsäußerung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928
- Roznai, Yaniv: **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Röben, Volker: "Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, Grundrechtsgeltung", **EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz**, Bd. I, Ed. by Oliver Dörr - Rainer Grote - Thilo Marauhn, 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Rubin, Edward L.: **Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State**, Princeton, Princeton University Press, 2005
- Ruck, Silke: "Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 117, No. 4, 1992, pp. 543-566
- Ruffert, Matthias: "Bedeutung, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts", **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans-Uwe Erichsen - Dirk Ehlers, 14. Auflage, Berlin, De Gruyter, 2010
- Ruffert, Matthias: "Rezension von: Sebastian Lenz: Vorbehaltlose Freiheitsrechte", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 133, No. 2, Juni 2008, pp. 286-288
- Rumpf, Christian: **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çev. Burak Oder, Ankara, Turhan, 1995
- Rupp, Hans Heinrich: "Einteilung und Gewichtung der Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Rupp, Hans Heinrich: **Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre: Verwaltungsnorm und Rechtsverhältnis**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1965
- Russett, Bruce: **Controlling the Sword: The Democratic Governance of National Security**, Cambridge, Harvard University Press, 1990
- Rux, Johannes: "Positive und Negative Bekenntnisfreiheit in der Schule", **Der Staat**, Vol. 35, No. 4, 1996, pp. 523-550
- Rüfner, Wolfgang: "Grundrechtskonflikte", **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**, Bd. 2, Ed. by Christian Starck, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976
- Rüfner, Wolfgang: "Grundrechtsträger", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, 3. Auflage, C. F. Müller, 2011
- Rüfner, Wolfgang: "Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte", **Der Staat**, Vol. 7, No. 1, 1968, pp. 41-61
- Rüthers, Bernd; Fischer,

- Christian; Birk, Axel: **Hukuk Teorisi**, Çev. İlyas Doğan - Rukiye Aldudak - Huri Eyman Aydın, Ankara, Astana Yayınları, 2020
- Sabine, George: **Siyasal Düşünceler Tarihi**, C. II, Çev. Alp Öktem, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969
- Sabuncu, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, 15. Baskı, Ankara, İmaj, 2012
- Sachs, Michael: "Abwehrrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Sachs, Michael: "Abwehrrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2006
- Sachs, Michael: "Art. 19", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Sachs, Michael: "Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Sachs, Michael: "Der allgemeine Gleichheitssatz", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011
- Sachs, Michael: "Der Bestand der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Sachs, Michael: "Der Schutz der physischen Existenz", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006
- Sachs, Michael: "Die Gesetzvorbehalte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Sachs, Michael: "Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Sachs, Michael: "Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Sachs, Michael: "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Sachs, Michael: "Einteilung der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Klaus Stern, Bd. III/1, München, C. H. Beck, 1988
- Sachs, Michael: "Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Sachs, Michael: **Verfassungsrecht II: Grundrechte**, 3. Auflage, Berlin, Springer, 2017
- Sachs, Michael: "Vorbemerkung zu Abschnitt I", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007

- Sağlam, Fazıl: **Anayasa Hukuku: Ders Notları**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013
- Sağlam, Fazıl: “Anayasa Mahkemesi’nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı**, C. II, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020
- Sağlam, Fazıl: “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, **Anayasa Yargısı**, C. I, Ankara, 1984, pp. 261-271
- Sağlam, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982
- Sağlam, Fazıl: “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 19, 2002, pp. 288-310
- Sağlam, Mehmet: “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Sayı 1, 2002, pp. 233-266
- Sajó, András: “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Ed. by András Sajó, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006
- di Sarsina, Jacopo Roberti; Braun, Katharina: “Protecting Human Rights Through Criminal Law: The Revival of the Procedural Obligations”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Stephanie Schiedermair - Alexander Schwarz - Dominik Steiger, Baden-Baden, Nomos, 2022
- Saurer, Johannes: “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes”, **Der Staat**, Vol. 51, No. 1, 2012, pp. 3-33
- von Savigny, Friedrich Carl: **Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine**, Çev. Ali Acar, İstanbul, Pinhan, 2018
- von Savigny, Friedrich Carl: **System des heutigen Römischen Rechts**, Bd. I, Berlin, Veit und Comp., 1840
- von Savigny, Friedrich Carl: **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814
- Schabas, William A.: **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2015
- Schambeck, Herbert: **Der Begriff der “Natur der Sache”: Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung**, Wien, Springer, 1964
- Schauer, Frederick: “A Comment on the Structure of Rights”, **Georgia Law Review**, Vol. 27, No. 2, 1993, pp. 415-434
- Schauer, Frederick: “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text”, **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No. 1, 2010, pp. 34-45
- Schauer, Frederick: “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, **Boston University Law Review**, Vol. 58, 1978, pp. 685-732
- Schauer, Frederick: “Speech and “Speech”-Obscenity and “Obscenity”: An Exercise in

- the Interpretation of Constitutional Language”, **Georgetown Law Journal**, Vol. 67, No. 4, April 1979, pp. 899-934
- Scherb, Armin: **Der Bürger in der Streitbaren Demokratie: Über die normativen Grundlagen Politischer Bildung**, Wiesbaden, VS Verlag, 2008
- Scherzberg, Arno: **Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“: Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde**, Berlin, Duncker & Humblot, 1989
- Scheuner, Ulrich: “Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz”, **Um Recht und Gerechtigkeit: Festgabe für Erich Kaufmann**, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1950
- Scheuner, Ulrich: “Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft”, **Deutsches Verwaltungsrecht**, Ed. by Hans Frank, München, Franz Eher Nachfolger, 1937
- Scheuner, Ulrich: “Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem (1976)”, **Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften**, Ed. by Joseph Listl - Wolfgang Rüdner, Berlin, Duncker & Humblot, 1978
- Scheuner, Ulrich: “Pressefreiheit”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 22, Berlin, Walter de Gruyter, 1965
- Scheuner, Ulrich: “Verfassung (1936)”, **Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften**, Ed. by Joseph Listl - Wolfgang Rüdner, Berlin, Duncker & Humblot, 1978
- Schindler, Dietrich: **Verfassungsrecht und soziale Struktur**, Zurich, Schulthess, 1932
- Schladebach, Marcus: “Praktische Konkordanz als Verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip”, **Der Staat**, Vol. 53, No. 2, 2014, pp. 263-284
- Schlaich, Klaus; Koriath, Stefan: **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung**, München, C. H. Beck, 2021
- Schlink, Bernhard: **Abwägung im Verfassungsrecht**, Berlin, Duncker & Humblot, 1976
- Schlink, Bernhard: “Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer?”, Çev. Lütfullah Yasin Akbulut - Eyüp Kaan Demirkan, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien**, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2019, pp. 179-192
- Schlink, Bernhard: “Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft”, **Der Staat**, Vol. 19, No. 1, 1980, pp. 73-107
- Schlink, Bernhard: “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. II, Ed. by Peter Badura - Horst Dreier, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001
- Schlink, Bernhard: “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, 2012, pp. 391-302

- Schlink, Bernhard: "Proportionality (1)", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. by Michel Rosenfeld - András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Schlink, Bernhard: "Zwischen Identifikation und Distanz: Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht", **Der Staat**, Vol. 15, No. 3, 1976, pp. 335-366
- Schloßmann, Siegmund: "Ueber den Begriff des Eigenthums", **Jherings Jahrbücher über die Dogmatik des bürgerlichen Recht**, Bd. 9, Folge 2, 1903, pp. 289-390
- Schmid, Reinhold: **Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts**, Jena, Friedrich Frommann, 1848
- Schmidt, Carl Adolf: **Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte**, Bd. I, Rostock, Stiller, 1853
- Schmidt, Walter: "Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 106, No. 4, 1981, pp. 497-525
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung**, 2. Auflage, Heidelberg, Springer, 2006
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: "Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2006
- Schmidt-Jortzig, Edzard: "Meinungs- und Informationsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Schmitt, Carl: **Constitutional Theory**, Trans. by Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008
- Schmitt, Carl: **Der Begriff des Politischen**, München, Duncker & Humblot, 1932
- Schmitt, Carl: "Der Hüter der Verfassung", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 55 (N.F. 16), No. 2, 1929, pp. 161-237
- Schmitt, Carl: **Der Hüter der Verfassung**, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2016
- Schmitt, Carl: **Die Tyrannei der Werte**, 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2011
- Schmitt, Carl: "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichverfassung (1931)", **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**, Ed. by Carl Schmitt, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2003
- Schmitt, Carl: "Grundrechte und Grundpflichten", **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**, Ed. by Carl Schmitt, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2003
- Schmitt, Carl: **Hukuki Düşüncenin Üç Türü**, Çev. Toros Güneş Esgün, İstanbul, Pinhan, 2021
- Schmitt, Carl: "Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichverfassung", **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by

- Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932
- Schmitt, Carl: **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016
- Schmitt, Carl: **Legality and Legitimacy**, Trans. by Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2004
- Schmitt, Carl: **Legalität und Legitimität**, 8. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2012
- Schmitt, Carl: **On the Three Types of Juristic Thought**, Trans. by Joseph W. Bendersky, Westport, Praeger, 2004
- Schmitt, Carl: **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, 2. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, 2012
- Schmitt, Carl: **The Concept of the Political**, Trans. by George Schwab, 2. Edition, Chicago, Chicago University Press, 2007
- Schmitt, Carl: **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens**, 4. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2023
- Schmitt, Carl: **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2017
- Schmitt, Carl: "Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (Januar 1933)", **Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles: 1923-1939**, Ed. by Carl Schmitt, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940
- Schmitt Glaeser, Walter: "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil)", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 97, No. 1, 1972, pp. 60-123
- Schmitt Glaeser, Walter: "Grundrechtsverwirkung", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. III, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2009
- Schmitt Glaeser, Walter: "Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 95, No. 2, 1970, pp. 320-324
- Schmitt Glaeser, Walter: **Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf: Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung des Art. 18 GG und ihr Verhältnis zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht**, Berlin, Gehlen, 1968
- Schmitt Henner, Friedrich: **Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes**, Gießen, Georg Friedrich Henner's Verlag, 1845
- Schmitt-Kammler, Arnulf: "Art. 6", **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007
- Schoch, Friedrich K.: "Verfassungsrechtliche Grundlagen der Einschränkung politischer Betätigung von Soldaten", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 108, No. 2, 1983, pp. 215-248
- Scholz, Rupert: "Art. 5 Abs. 3", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Theodor Maunz - Günter Dürig, 87. EL, München, C. H. Beck, 2019
- Scholz, Rupert: "Art. 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023

- Scholz, Rupert: "Art. 12", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. II, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Scholz, Rupert: "Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil)", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 100, No. 1, 1975, pp. 80-130
- Scholz, Rupert: "Koalitionsfreiheit", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. VIII, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2010
- Scholz, Rupert; Konrad, Karlheinz: "Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht: Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 123, No. 1, 1998, pp. 60-121
- van Schooten, Hanneke: "Law as Fact, Law as Fiction: A Tripartite Model of Legal Communication", **Interpretation, Law and the Construction of Meaning: Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice**, Ed. by Anne Wagner - Wouter Werner - Deborah Cao, Dordrecht, Springer, 2007
- Schutter, Oliver: "The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", **Social Economic and Cultural Rights**, Ed. by P. Van der Auweraert - J. Sarkin - J. Vande Lanotte - T. De Pelsmaker, Portland, Marklu Publishers, 2002
- Schünemann, Bernd: "Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“", **Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte**, Ed. by Bernd Schünemann - Jörg Paul Müller - Lothar Philipps, Berlin, Duncker & Humblot, 2002
- Schwabe, Jürgen: **Grundkurs Staatsrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1991
- Schwarz, Kyrill-A.: "Das Postulat lückenlosen Grundrechtsschutzes und das System grundgesetzlicher Freiheitsgewährleistung", **JuristenZeitung**, 55. Jahrg., Nr. 3, 4. Februar 2000, pp. 126-131
- Schweizer, Rainer J.: "Allgemeine Grundsätze", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. VI/1, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2010
- Schwerdtner, Eberhard: "Kindeswohl oder Elternrecht? Zum Problem des Verhältnisses von Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht", **Archiv für die zivilistische Praxis**, 173. Bd., H. 3, 1973, pp. 227-249
- Schwöbel, Christine E. J.: "Situating the Debate on Global Constitutionalism", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 611-635
- van der Schyff, Gerhard: "Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective", **Conflicts Between Fundamental Rights**, Ed. by Eva Brems, Antwerp, Intersentia, 2008
- van der Schyff, Gerhard: "Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention on Human Rights: The Case for Wide Interpretation", **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. by Eva Brems - Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013

- van der Schyff, Gerhard: **Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights**, Nijmegen, WLP, 2005
- Searle, John R.: "How to Derive "Ought" From "Is"", **The Philosophical Review**, Vol. 73, No. 1, Jan., 1964
- Seedorf, Sebastian: "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung", **Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts**, Ed. by Matthias Jestaedt - Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015
- Selçuk, Sami: **Toplu Mahkemede Görüşme İlkeleri ve Oylama Yöntemi**, Ankara, İmge, 2023
- Senden, Hanneke Ceciel Katrjn: **Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union**, Cambridge, Intersentia, 2011
- Seydel, Max: **Bayerisches Staatsrecht**, Bd. III, München, Theodor Riedel, 1887
- Shafer-Landau, Russ: "Specifying Absolute Rights", **Arizona Law Review**, Vol. 37, No. 1, 1995
- Shelton, Dinah; Gould, Ariel: "Positive and Negative Obligations", **Oxford Handbook of International Human Rights Law**, Ed. by Dinah Shelton, Oxford, Oxford University Press, 2015
- Shue, Henry: **Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy**, Princeton, Princeton University Press, 1980
- Shue, Henry: "Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 37, Issue 2, pp. 231-239
- Siebert, Wolfgang: "Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht", **Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung**, Ed. by Hans Frank, 2. Auflage, München, Franz Eher Nachfolger, 1935
- Siebert, Wolfgang: "Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung", **Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft**, Ed. by Georg Dahm - Ernst Rudolf Huber - Karl Larenz - Karl Michaelis - Friedrich Schaffstein - Wolfgang Siebert, Berlin, Junker und Dünhaupt, 1935
- Siebert, Wolfgang: "Zur Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht: Vertretung und Geschäftsführung", **Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Vol. 95, No. 4, 1935, pp. 629-655
- Sieckmann, Jan-R.: "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", **Alexy's Theory of Law**, Ed. by Júlio Aguiar de Oliveira - Stanley L. Paulson - Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015
- Sieckmann, Jan-R.: "Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing", **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court**, Ed. by Klaus Meßerschmidt - A. Daniel Oliver-Lalana, Cham, Springer, 2016
- Sieckmann, Jan-R.: **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Oxford, Hart Publishing, 2012

- Sieckmann, Jan-R.: "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", **On the Nature of Legal Principles**, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010
- Sieyes, Emmanuel Joseph: "Einleitung der Verfassung", **Politische Schriften 1788 - 1790**, Ed. by Emmanuel Joseph Sieyes, 2. Auflage, Trans. by Eberhard Schmitt - Rolf Reichardt, München, R. Oldenbourg, 1981
- Simmel, Georg: **Grundfragen der Soziologie (Individuum und Gesellschaft)**, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1984
- Sinner, Stefan: "Art. 3: Verbot der Folter", **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar**, Ed. by Ulrich Karpenstein - Franz C. Mayer, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Slaughter, Anne-Marie: "A Global Community of Courts", **Harvard International Law Journal**, Vol. 44, No. 1, 2003, pp. 191-219
- Slaughter, Anne-Marie: "Judicial Globalization", **Virginia Journal of International Law**, Vol. 40, 2000, pp. 1103-1124
- Smend, Rudolf: "Constitution and Constitutional Law", **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Ed. by Arthur J. Jacobson - Bernhard Schlink, London, University of California Press, 2000
- Smend, Rudolf: "Das Recht der freien Meinungsäußerung", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928
- Smend, Rudolf: "Das Bundesverfassungsgericht (1962)", **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**, Ed. by Rudolf Smend, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1968
- Smend, Rudolf: "Verfassung und Verfassungsrecht (1928)", **Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**, Ed. by Rudolf Smend, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1968
- Smet, Stijn: "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict", **American University International Law Review**, Vol. 26, No. 1, 2010, pp. 183-236
- Smet, Stijn: **Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma**, London, Routledge, 2017
- Smith, Adam: **An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations**, Chicago Press, University of Chicago, 1976
- Sottiaux, Stefan: **Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution**, Oxford, Hart Publishing, 2008
- Soysal, Mümtaz: **Anayasaya Giriş**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969
- Soysal, Mümtaz: **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969
- Soysal, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 3. Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1976
- Sözer, Ali Nazım: **Hukukta Yöntembilim**, 6. Baskı, İstanbul, Beta, 2017
- Stahl, Friedrich Julius: **Die Philosophie des Rechts**, Bd. II/1, 2. Auflage, Heidelberg, J. C.

- B. Mohr, 1845
- Starck, Christian: "Artikel 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Starck, Christian: "Artikel 2", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Starck, Christian: "Artikel 4", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Starck, Christian: "Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG", **JuristenZeitung**, 48. Jahrg., Nr. 17, 3. September 1993, pp. 816-822
- Starck, Christian: "Empirie in der Rechtsdogmatik", **JuristenZeitung**, 27. Jahrg., Nr. 20, 20. Oktober 1972, pp. 609-614
- Starck, Christian: "Verfassungsrecht: Strafvollzug", **JuristenZeitung**, 27. Jahrg., Nr. 11/12, 9. Juni 1972, pp. 357-362
- Starck, Christian; Paulus, Andreas L.: "Artikel 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Staudenmaier, Peter: "Between Occultism and Fascism: Anthroposophy and the Politics of Race and Nation in Germany and Italy, 1900-1945", **Cornell University**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010
- Stecker, Robert: **Aesthetics and the Philosophy of Art: An Introduction**, 2. Edition, Plymouth, Rowman&Littlefield Publishers, 2010
- Stegmann, Franz Josef; Langhorst, Peter: "Geschichte der sozialen Ideen im deutschen Katholizismus", **Geschichte der sozialen Ideen in Deutschland: Sozialismus - Katholische Soziallehre - Protestantische Sozialethik**, Ed. by Helga Grebing, 2. Auflage, Wiesbaden, VS Verlag, 2005
- Steinberg, Rudolf: "Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1984, pp. 457-464
- Steiner, Udo: "Schutz von Ehe und Familie", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2011
- Stein, Ekkehart; Frank, Götz: **Staatsrecht**, 19. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004
- Stein, Katrin: "Parteiverbote in der deutschen Verfassungsgeschichte vom Vormärz bis zum Ende der Weimarer Republik", **Zeitschrift für Parlamentsfragen**, Vol. 32, No. 3, 2001, pp. 536-550
- von Stein, Lorenz: **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. I, München, Drei Masken Verlag, 1921
- von Stein, Lorenz: **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. II, München, Drei Masken Verlag, 1921
- von Stein, Lorenz: **Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage**, Bd. III, München, Drei Masken Verlag, 1921

- Stemmler, Thomas: **Das “Neminem-laedere-Gebot”**: Zur Frage des Begriffs und der Existenz schutzbereichsimmanenter Grenzen der Freiheitsgrundrechte im Unterschied zu den so genannten verfassungsimmanenten Schranken, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005
- Stern, Klaus: “Der Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Stern, Klaus: “Der Schutz von Ehe, Familie und Eltern/Kind-Beziehung”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/I, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006
- Stern, Klaus: “Die allgemeine Handlungsfreiheit”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1 Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006
- Stern, Klaus: “Die Auslegung der Grundrechte”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Stern, Klaus: “Die Bindung der Gesetzgebung”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: “Die Bindung der vollziehenden Gewalt”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: “Die Einrichtungsgarantien”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: “Die formellen Schranken”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, München, C. H. Beck, 1994
- Stern, Klaus: “Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011
- Stern, Klaus: “Die Freiheit der Versammlung und der Vereinigung”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik**, Bd. IV/I, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006
- Stern, Klaus: “Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und des weltanschaulichen Bekenntnisses, die ungestörte Religionsausübung sowie das Recht, den Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/II, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2011
- Stern, Klaus: “Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1 Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: “Die Grundrechtskollisionen”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Stern, Klaus: “Die Grundrechtsverwirkung”, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994

- Stern, Klaus: "Die historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: "Die Idee der Menschen- und Grundrechte", **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. I, Heidelberg, C. F. Müller, 2004
- Stern, Klaus: "Die Konkurrenzen von Grundrechten des Grundgesetzes", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Stern, Klaus: "Die Menschenwürde als Fundament der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: "Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: "Die Würde des Menschen", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IV/1, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 2006
- Stern, Klaus: "Einleitung: Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes", **Grundrechte-Kommentar**, Ed. by Klaus Stern - Florian Becker, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2019
- Stern, Klaus: "Grundsatzfragen der Geltungs- und Bindungskraft der Grundrechte", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Ed. by Klaus Stern, Bd. III/1, München, C. H. Beck, 1988
- Stern, Klaus: "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Stern, Klaus: "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. IX, Ed. by Josef Isensee - Paul Kirchhof, 3. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Stern, Klaus: "Übermaßverbot und Abwägungsgebot", **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd. III/2, Ed. by Klaus Stern, München, C. H. Beck, 1994
- Stern, Klaus; Bethge, Herbert: **Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat: Ein Beitrag zur Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG**, München, C. H. Beck, 1968
- Stober, Rolf: "Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension", **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1982, pp. 473-479
- Stollies, Michael: **A History of Public Law in Germany: 1914-1945**, 2. Auflage, Trans. by Thomas Dunlap, Oxford, Oxford University Press, 2008
- Stollies, Michael: **The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany**, Trans. by Thomas Dunlap, Chicago, The University of Chicago Press, 1998
- Stoyanova, Vladislava: **Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law**,

- Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- Stratenwerth, Günter: **Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"**, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1957
- Stumer, Andrew: **Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives**, Oxford, Hart Publishing, 2010
- Suhr, Dieter: "Gleiche Freiheit: Allgemeine Grundlagen und Reziprozitätsdefizite in der Geldwirtschaft", **Fragen der Freiheit**, Folge 259/260, 2001, pp. 1-97
- Suhr, Dieter: "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", **Der Staat**, Vol. 9, No. 1, 1970, pp. 67-93
- Sullins, D. Paul: "The Social Theory of Catholic Social Teaching", **Catholic Social Thought: American Reflections on the Compendium**, Ed. by D. Paul Sullins - Anthony J. Blasi, Lanham, Lexington Books, 2009
- Sullins, D. Paul; Blasi, Anthony J.: **Catholic Social Thought: American Reflections on the Compendium**, Lanham, Lexington Books, 2009
- Sullivan, Donna J.: "Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution", **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol. 24, No. 2, 1992, pp. 795-856
- Sullivan, E. Thomas; Frase, Richard S.: **Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions**, Oxford, Oxford University Press, 2009
- Sullivan, Kathleen M.: "Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing", **University of Colorado Law Review**, Vol. 63, No. 2, 1992, pp. 293-318
- Sunstein, Cass R.: "Incommensurability and Valuation in Law", **Michigan Law Review**, Vol. 92, 1993-1994, pp. 779-861
- Sunstein, Cass R.: "Interpreting Statutes in the Regulatory State", **Harvard Law Review**, Vol. 103, No. 2, 1989, pp. 405-508
- Sunstein, Cass R.: **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**, New Haven, Yale University Press, 2014
- Svarez, Carl Gottlieb: **Vorträge über Recht und Staat**, Wiesbaden, Springer, 1960
- Sweet, Alec Stone: "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 16, No. 2, Special Issue: Symposium: Global Constitutionalism - Process and Substance, (Summer 2009), pp. 621-645
- Sweet, Alec Stone; Mathews, Jud: **Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach**, Oxford, Oxford University Press, 2019
- Sweet, Alec Stone; Mathews, Jud: "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 47, 2008, pp. 72-164
- Šušnjar, Davor: **Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010
- Şenel, Alâeddin: **İlkel Topluluktan Uygar Topluma: Geçiş Aşamasında**

- Ekonomik Toplumsal Düşünsel Yapıların Etkileşimi**, 5. Baskı, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, 1995
- Şenel, Alâeddin: **Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş**, 5. Baskı, Ankara, Bilim ve Sanat, 2014
- Şimşirgil, Ahmet; Ekinci, Ekrem Buğra: **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul, KTB Yayınları, 2008
- Şirin, Tolga: **Anayasa'dan Çıkış**, 3. Baskı, Ankara, İmge, 2023
- Şirin, Tolga: "Anayasa Şikayeti Hakkı: Üçüncü Yıl Değerlendirmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Ed. by Ece Göztepe - Mustafa Mert Alpbaz, İstanbul, On İki Levha, 2017
- Şirin, Tolga: **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, 2. Baskı, Ankara Avrupa Konseyi, 2019
- Şirin, Tolga: "İfade Özgürlüğü, Dinin veya Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 5, Sayı 10, 2016, pp. 527-550
- Şirin, Tolga: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, Sayı 1-2, 2011, pp. 283-348
- Şirin, Tolga: **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2019
- Şirin, Tolga: **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018
- Şirin, Tolga: "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 2, Sayı 4, 2013, pp. 359-399
- Şirin, Tolga: **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul, On İki Levha, 2013
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İstanbul, Fakülter Matbaası, 1981
- Tallis, Raymond C.: "Human Freedom as a Reality-producing Illusion", **The Monist**, Vol. 86, No. 2, 2003, pp. 200-219
- Tanilli, Server: **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Ankara, Say, 1988
- Tanör, Bülent: "Anayasamızın Yeni 11 inci Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş Midir?", **Onar Armağanı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977
- Tanör, Bülent: **İki Anayasa: 1961-1982**, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2019
- Tanör, Bülent: **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 33. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2020
- Tanör, Bülent: **TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul, Forum Yayınları, 1979
- Tanör, Bülent: **Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, İstanbul, BDS

Yayınları, 1994

Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu,
Necmi:

1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta, 2019

Taylor, Scott L.:

“Feudalsim in Literature and Society”, **Handbook of Medieval Culture: Fundamental Aspects and Conditions of the European Middle Ages**, Ed. by Albrecht Classen, Berlin, Walter de Gruyter, 2015

Taylor, Scott L.:

“Law in Literature and Society”, **Handbook of Medieval Culture: Fundamental Aspects and Conditions of the European Middle Ages**, Ed. by Albrecht Classen, Berlin, Walter de Gruyter, 2015

Tecimer, Cem:

“Anayasal Amnezi: Anayasa Mahkemesinin İçtihat Seçiciliği Üzerine Bir Deneme”, <https://www.anayasa.gen.tr/tecimer-4.pdf> (Yayın Tarihi: 28 Kasım 2023) (Çevrimiçi: 27.05.2024)

Teifke, Nils:

“Human Dignity as an ‘Absolute Principle’?”, **On the Nature of Legal Principles**, Ed. by Martin Borowski, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010

Teifke, Nils:

“Human Dignity as a Principle: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right”, **Human Dignity in Context: Explorations of a Contested Concept**, Ed. by Dieter Grimm - Alexandra Kemmerer - Christoph Möllers, Baden-Baden, Nomos, 2018

Tettinger, Peter J.; Mann, Thomas:

“Art. 12”, **Grundgesetz: Kommentar**, Ed. by Michael Sachs, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2007

Thaler, Richard H.; Sunstein,
Cass R.:

Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, New Haven, Yale University Press, 2008

Thiel, Markus:

“Comparative Aspects”, **The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies**, Ed. by Markus Thiel, Farnham, Ashgate, 2009

Thiel, Markus:

“Germany”, **The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies**, Ed. by Markus Thiel, Farnham, Ashgate, 2009

Thiel, Markus:

“Introduction”, **The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies**, Ed. by Markus Thiel, Surrey, Ashgate, 2009

Thieme, Hans:

“Die Zeit des späten Naturrechts”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung**, Bd. 56, No. 1, 1936, pp. 202-263

Thoma, Richard:

“Das Reich als Demokratie”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. I, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930

Thoma, Richard:

“Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht”, **Festgabe für Otto Mayer: Zum siebzigsten Geburtstag**, Ed. by Paul Laband - Fritz Fleiner - Hermann Rehm - Robert Piloty - Wilhelm van Claker - Richard Thoma - Josef Lukas - Rudolf Smend - Robert Redslob, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1916

Thoma, Richard:

“Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma,

- Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932
- Thoma, Richard: “Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen”, **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**, Bd. I, Ed. by Hans Carl Nipperdey, Berlin, Reimar Hobbing, 1929
- Thoma, Richard: “Diskussionsbeitrag”, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 4, Berlin, Walter de Gruyter, 1928
- Thoma, Richard: “Grundbegriffe und Grundsätze”, **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**, Bd. II, Ed. by Gerhard Anschütz - Richard Thoma, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1932
- Thorpe, Francis Newton: **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. III, Washington, Government Printing Office, 1909
- Thorpe, Francis Newton: **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1909
- Thorpe, Francis Newton: **The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America**, Vol. VII, Washington, Government Printing Office, 1909
- Tikkanen, Amy: “Anthroposophy”, **Britannica Encyclopedia of World Religions**, Ed. by Jacob E. Safra - Jorge Aguilar-Cauz, Chicago, Encyclopedia Britannica, 2006
- Tikveş, Özkan: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filmlerinin Sansürü**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968
- Tomuschat, Christian: **Human Rights: Between Idealism and Realism**, 2. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009
- Topukçu, Aslı: “Anayasa Mahkemeleri Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019
- Tosun, Seyfullah: **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi**, İstanbul, On İki Levha, 2018
- Tosun, Seyfullah: **Bölge Devlet: İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık Örnekleri**, İstanbul, On İki Levha, 2018
- Tosun, Seyfullah: “Kurallar ve İlkelere: Alexy’nin İlke-normunun Reddi ve Anayasal Hakların Normatif Olarak Yeniden Yapılandırılması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, Sayı 2, 2022, pp. 1575-1629
- Touchard, Jean: **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Çev. İsmail Yergüz, İstanbul, Işık Yayınları, 2015
- Trakman, Leon E.; Cole-Hamilton, William; Gatien, Sean: “R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board”, **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 36, No. 1, 1998, pp. 83-149

- Tridimas, Takis; Gentile, Giulia: "The Essence of Rights: An Unreliable Boundry?", **German Law Journal**, Vol. 20, 2019, pp. 794-816
- Troper, Michel: "Constitutional Interpretation", **Israel Law Review**, Vol. 39, Issue 2, 2006, pp. 35-50
- Troper, Michel: "The Structure of the Legal System an the Emergence of the State", **Straus Working Paper 06/12**, New York, NYU School of Law, 2012
- Tsakyrakis, Stavros: "Proportionality: An Assault on Human Rights?", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, No. 3, 2009, pp. 468-493
- Tunçay, Hafize: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Sanatsal İfade Özgürlüğü**, İstanbul, Legal, 2019
- Tunger-Zanetti, Andreas: **Verhüllung: Die Burka-Debatte in der Schweiz**, Zürich, Hier und Jetzt, 2021
- Turhan, Mehmet: "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", **Anayasa Yargısı**, C. 8, pp. 401-420
- Tushnet, Mark: **Taking the Constitution Away from the Courts**, Princeton, Princeton University Press, 1999
- Türkeli, Gözde: "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, Aralık 2020
- Tyulkina, Svetlana: **Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond**, London, Routledge, 2015
- Tzü, Han Fei: **The Complete Works of Han Fei Tzü**, Vol. II, Trans. by W. K. Liao, London, Arthur Probsthain, 1959
- Uffer, Matthias: **Die Grundrechtskollision: Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik**, Baden-Baden, Nomos, 2021
- Uhle, Arnd: "Art. 6", **Beck'sche Online-Kommentare: Grundgesetz**, Ed. by Volker Epping - Christian Hillgruber, 55. Auflage, München, C. H. Beck, 2023
- Uhle, Arnd: "Art. 70", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. V, Ed. by Günter Dürig - Roman Herzog - Rupert Scholz, 100. EL, München, C. H. Beck, 2023
- Ule, Carl Hermann: "Das besondere Gewaltverhältnis", **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 15, Berlin, Walter de Gruyter, 1957
- Ule, Carl Hermann: "Öffentlicher Dienst", **Die Grundrechte**, Bd. IV/2, Ed. by Karl August Bettermann - Hans Carl Nipperdey, Berlin, Duncker & Humblot, 1962
- Urbinati, Nadia: **Mill on Democracy: From the Athenian Polis to Representative Government**, Chicago, University of Chicago Press, 2002
- Uslu, Ferhat: **Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri**, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021
- Uslu, Ferhat; Özdemir, Ali: "1876 Kanun-i Esasi'de Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin 1909 Değişiklikleri ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Hasan Kalıyancı Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 12, 2016, pp.

- Uygun, Oktay: **Devlet Teorisi**, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019
- Uygun, Oktay: **Hukuk Teorileri**, İstanbul, On İki Levha, 2017
- Uygun, Oktay: **İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı**, İstanbul, On İki Levha, 2019
- Uygun, Oktay: "İnsan Hakları Kuramı", **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, Ed. by Oktay Uygun, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013
- Uygun, Oktay: "Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi", **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, Ed. by Oktay Uygun, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2013
- Uygun, Oktay: "1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 8, Sayı 2, 1988, pp. 357-390
- Uygun, Oktay: **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1992
- Üçok, Coşkun; Mumcu, Ahmet; Bozkurt, Gülnihal: **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Bası, Ankara, Turhan, 2008
- Vermeulen, Ben; Battjes, Hemme: "Prohibition of Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Vermeulen, Ben; van Roosmalen, Marjolein: "Right to Education", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. by Peter van Dijk - Fried van Hoof - Arjen van Rijn - Leo Zwaak, 5. Edition, Cambridge, Intersentia, 2018
- Verpaalen, Antoine Pierre: **Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin: Ein Beitrag zum Problem des Personalismus**, Heidelberg, F. H. Kerle, 1954
- Vesting, Thomas: **Rechtstheorie**, München, C. H. Beck, 2019
- Vesting, Thomas: "§ 35 III BauGB zwischen Umweltschutz und Kunstfreiheit", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1996, pp. 1111-1114
- Villiger, Mark E.: "AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü", **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, Ed. by Josep Casadevall - Egbert Myjer - Michael O'Boyle - Anna Austin, Ankara, Avrupa Konseyi, 2017
- Vinx, Lars: **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- Vogel, Friedmann; Christensen, Ralph: "Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen: Von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung",

- „**Abwägung**“: **Herausforderung für eine Theorie der Praxis**, Ed. by Friedrich Müller - Philippe Mastronardi, Berlin, Duncker & Humblot, 2014
- Volkmann, Uwe: „Allgemeine Grundrechtslehren“, **Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive**, Ed. by Matthias Herdegen - Johannes Masing - Ralf Poscher - Klaus Ferdinand Gärditz, München, C. H. Beck, 2021
- Volkmann, Uwe: „Freiheit und Gemeinschaft“, **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. II, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Hiedelberg, C. F. Müller, 2006
- Volkmann, Uwe: „Setzt Demokratie den Staat voraus?“, **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 127, No. 4, 2002, pp. 575-611
- Volkmann, Uwe: **Staatsrecht II: Grundrechte**, München, C. H. Beck, 2007
- Volkmann, Uwe: „Veränderungen der Grundrechtsdogmatik“, **JuristenZeitung**, 60. Jahrg., Nr. 6, 18. März 2005, pp. 261-271
- Voßkuhle, Andreas: „Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“, **Juristische Schulung**, 2007, pp. 429-431
- Waechter, Kay: „Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen“, **Der Staat**, Vol. 30, No. 1, 1991, pp. 19-49
- Wahl, Rainer: „Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts“, **Der Staat**, Vol. 18, No. 3, 1979, pp. 321-348
- Wahl, Rainer; Masing, Johannes: „Schutz durch Eingriff“, **JuristenZeitung**, 45. Jahrg., Nr. 12, 15. Juni 1990, pp. 553-563
- Waldhoff, Christian: **Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt: Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie**, Baden-Baden, Nomos, 2016
- Waldron, Jeremy: „Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer“, **Hastings Law Journal**, Vol. 45, 1994, pp. 813-824
- Waldron, Jeremy: **Law and Disagreement**, Oxford, Oxford University Press, 1999
- Waters, Malcolm: **Globalization**, 2. Edition, London and New York, Routledge, 2001
- Webber, Grégoire C. N.: **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2009
- Weber-Dürler, Beatrice: „Der Grundrechtseingriff“, **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 57, Berlin, Walter de Gruyter, 1997
- Weber, Franziska; Schäfer, Hans-Bernd: „“Nudging”, Ein Spross Der Verhaltensökonomie: Überlegungen zum liberalen Paternalismus auf gesetzgeberischer Ebene“, **Der Staat**, Vol. 56, No. 4 (2017), pp. 561-592
- Weber, Max: „Wirtschaft und Gesellschaft“, **Max Weber Gesamtausgabe**, Bd. XXII/3, Ed. by Horst Baier - Gangolf Hübinger - M. Rainer Lepsius - Wolfgang J. Mommsen - Wolfgang Schluchter - Johannes Winckelmann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010

- Wegener, Bernhard W.: "Wirtschaftsgrundrechte", **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, Ed. by Dirk Ehlers, 4. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2014
- Weinberger, Ota: "Beyond Positivism and Natural Law", **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986
- Weinberger, Ota: "Die Norm als Gedanke und Realität", **Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1985
- Weinberger, Ota: "Freedom, Range for Action, and the Ontology of Norms", **Synthese**, Vol. 65, No. 2, Action Theory (Nov., 1985), pp. 307-324
- Weinberger, Ota: "Jenseits von Positivismus und Naturrecht", **Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1985
- Weinberger, Ota: "The Norm as Thought and as Reality", **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**, Ed. by Neil MacCormick - Ota Weinberger, Dordrecht, Springer, 1986
- Weinrib, Jacob: **Dimensions of Dignity: A Theory and Practice of Modern Constitutional Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- Weinrib, Jacob: "The Modern Constitutional State: A Defence", **Queen's Law Journal**, Vol. 40, Issue 1, 2014, pp. 165-211
- Weinrib, Lorraine E.: "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism", **The Migration of Constitutional Ideas**, Ed. by Sujit Choudry, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- Weitzel, Mônica: "Einschätzungsspielraum des Staates oder der Gesellschaft? Zu Ladeurs Abwägungskritik", **Konflikte im Recht - Recht der Konflikte**, Ed. by Edward Schramm - Wibke Frey - Lorenz Kähler - Sabine Müller-Mall - Friederike Wapler, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010
- Welzel, Hans: **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**, 4. Auflage, Göttingen, Vandhoeck und Ruprecht, 1962
- Wendt, Rudolf: "Art. 5", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Wet, Erika De: "The Constitutionalization of Public International Law", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. by Michel Rosenfeld - András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012
- White, Robin C. A.; Ovey, Clare: **The European Convention on Human Rights**, 7.Edition, New York, Oxford University Press, 2017
- Wieland, Joachim: "Artikel 14", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Wienbracke, Mike: **Einführung in die Grundrechte**, Wiesbaden, Springer, 2013
- Wildhaber, Luzius: "Right to Education and Parental Rights", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. by Ronald St. John Macdonald - Franz Matscher - Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993

- Wildhaber, Luzius; Hjartarson, Arnaldur; Donnelly, Stephen: "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", **Human Rights Law Journal**, Vol. 33, No. 7-12, 2013, pp. 248-263
- Willoweit, Dietmar: **Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Frankreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands**, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2001
- Windisch, Florian: "„Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion: Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre", „**Abwägung**": **Herausforderung für eine Theorie der Praxis**, Ed. by Friedrich Müller - Philippe Mastronardi, Berlin, Duncker & Humblot, 2014
- Windthorst, Kay: "Art. 19", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Chrisoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Windthorst, Kay: "Art. 20", **Grundgesetz: Studienkommentar**, Ed. by Chrisoph Gröpl - Kay Windthorst - Christian von Coelln, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 2015
- Winkler, Daniela: "Art. 9", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Ingo von Münch - Philip Kunig, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2021
- Winkler, Markus: **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenten" Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000
- Wintrich, Josef M.: "Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung", **Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit: Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages**, Ed. by Adolf Süsterhenn, München, Isar, 1952
- Wintrich, Josef M.: **Zur Problematik der Grundrechte**, Köln, Springer, 1957
- Wistrich, Robert S.: **Who's Who in Nazi Germany**, 2. Edition, London, Routledge, 2002
- Witte, John: **The Reformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism**, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- Wittreck, Fabian: "Artikel 5 III", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Wittreck, Fabian: "Artikel 18", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Horst Dreier, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013
- Wittreck, Fabian: "Menschenwürde und Folterverbot: Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG", **Die Öffentliche Verwaltung**, Vol. 56, 2003, pp. 873-882
- Wittreck, Fabian: "Referendarexamensklausur - Öffentliches Recht: Eingriff durch Entschuldigung? Der Bundespräsident und das Bildnis des Propheten" **Juristische Schulung**, 2006, pp 729-735
- Wolfendale, Jessica: "Training Torturers: A Critique of the "Ticking Bomb" Argument", **Social Theory and Practice**, Vol. 32, No. 2, April 2006, pp. 269-287
- Wolff, Christian: **The Law of Nations Treated According to the Scientific**

- Method**, Trans. by Joseph H. Drake, Indiana, Liberty Fund, 2017
- Wollenschläger, Ferdinand: "Art. 3 Abs. 1", **Grundgesetz: Kommentar**, Bd. I, Ed. by Hermann v. Mangoldt - Friedrich Klein - Christian Starck, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2018
- Woolman, Stuart; Botha, Henk: "Limitations", **Constitutional Law of South Africa**, Ed. by Stuart Woolman - Michael Bishop, 2. Edition, Cape Town, Juta, 2013
- von Wright, Georg Henrik: **Norm and Action**, London, Routledge & Kegan Paul, 1963
- Wülfing, Thomas: **Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken**, Berlin, Duncker & Humblot, 1981
- Xenos, Dimitris: **The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights**, Oxon, Routledge, 2012
- Xu, Xiaobing; Wilson, George: "On Conflict of Human Rights", **Pierce Law Review**, Vol. 5, No. 1, 2006, pp. 31-57
- Yap, Po Jen: **Proportionality in Asia**, Cambridge, Cambridge University Press, 2020
- Yapağı, Özgün: "Kamu Görevlilerinin Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023
- Yetkin, Erdi: "Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından Günümüze İndirilemez Müebbet Hapis Cezası ve Umut Hakkı", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 84, Sayı 3, Eylül 2019, pp. 209-265
- Yılmaz, Aybike: **İnsan Haklarında Faydacı Teori: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ölçülülük Testi**, İstanbul, On İki Levha, 2022
- Yılmaz Coşkun, Sibel: **Anayasal Hakların Çatışması**, Ankara, Adalet, 2023
- Yılmaz, Süleyman; Yıldırım, Abdulkadir: **Medeni Hukuk**, C. I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022
- Yılmazoğlu, Yunus Emre; Perdecioğlu, İsmail Emrah: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021
- Yokuş, Sevtap: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara, Yetkin, 2002
- Yourow, Howard Charles: **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, The Hague, Kluwer Academic Publishers, 1996
- Yowell, Paul: **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**, Oxford, Hart Publishing, 2018
- Yüksel, Saadet: **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, İstanbul, Alfa, 2015
- Zabunoğlu, Hamdi Gökçe: **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Ankara, Yetkin, 2013
- Zeytin, Zafer; Ergün, Ömer: **Türk Medeni Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022
- Ziekow, Jan: "Vereinigungsfreiheit", **Handbuch der Grundrechte in**

- Deutschland und Europa**, Bd. IV, Ed. by Detlef Merten - Hans-Jürgen Papier, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- Zippelius, Reinhold: **Allgemeine Staatslehre**, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2017
- Zippelius, Reinhold: **Juristische Methodenlehre**, 11. Auflage, München, C. H. Beck, 2012
- Zippelius, Reinhold: **Rechtsphilosophie**, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2011
- Zippelius, Reinhold: **Wertungsprobleme im system der Grundrechte**, München, C. H. Beck, 1962
- Zippelius, Reinhold; Würtenberger, Thomas: **Deutsches Staatsrecht**, 31. Auflage, München, C. H. Beck, 2005
- Zöbeley, Günter: "Warum läßt sich Kunst nicht definieren?", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1998, pp. 1372-1373
- Zöbeley, Günter: "Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis", **Neue Juristische Wochenschrift**, 1985, pp. 254-258
- Zucca, Lorenzo: **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA**, Oxford, Oxford University Press, 2008
- Zucca, Lorenzo: "Law, Dilemmas, and Happy Endings", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?**, Ed. Stijn Smet - Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017
- Zuck, Rüdiger: "Die Reduktion des Schutzgehalts der Grundrechte durch den Ersten Senat: Erörtert anhand der Entscheidung zur RVG-Streitwertbegrenzung", **JuristenZeitung**, 63. Jahrg., Nr. 6, 21. März 2008, pp. 287-295

Online Kaynaklar

- <https://www.bbc.com/news/world-europe-56314173> (Çevrimiçi: 09.03.2021)
- <https://www.unilu.ch/news/analyse-zur-burka-debatte-in-der-schweiz-5576/> (Çevrimiçi: 09.03.2021)
- <https://www.imdb.com/title/tt0468569/> (Çevrimiçi 05.01.2022)
- <https://www.welt.de/print-welt/article330090/Wer-stark-ist-foltert-nicht.html> (Çevrimiçi: 06.01.2022)
- <https://www.bbfc.co.uk/education/case-studies/visions-of-ecstasy> (Çevrimiçi: 19.08.2022)
- <https://www.bbfc.co.uk/release/visions-of-ecstasy-film-qxnzzxq6vltgnze5nzg4> (Çevrimiçi: 19.08.2022)
- <https://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction> (Çevrimiçi: 03.09.2022)
- http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_verse1919/1065 (Çevrimiçi: 15.09.2022)
- http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_verse1919/1065 (Çevrimiçi: 15.09.2022)
- http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_verse1919/1066 (Çevrimiçi: 15.09.2022)
- http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_verse1919/1084 (Çevrimiçi: 15.09.2022)
- [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-PGD-CDH\(74\)37-BIL1678846.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-PGD-CDH(74)37-BIL1678846.pdf) (Çevrimiçi: 16.06.2022)
- [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf) (Çevrimiçi: 16.06.2022)
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Çevrimiçi: 19.10.2022)
- <https://www.linkemedienakademie.de/verstoeren-aufruettern-erschuettern/> (Çevrimiçi: 17.08.2023)
- <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Çevrimiçi: 19.09.2023)
- <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/anayasa-mahkemesi-islamci-koktencilige-gereginden->

[cok-hosgoru-gosteriyor,41557](#) (Çevrimiçi: 13.10.2023)

İçtihat Hukuku

AB Adalet Divanı Kararları

Case C-362/93 Crispolti II [1994] ECR I-4863

Case C-331/88 Fedesa and Others [1990] ECR I-4023

AİHM ve AİHK Kararları

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, App. No. 9474/81 and 2 others, Judgment of 28 May 1985

AGOSI v. the United Kingdom, App. No. 9118/80, Judgment of 24 October 1986

Ahmed and Others v. the United Kingdom, App. No. 22954/93, Judgment of 2 September 1998

Ahmet Yıldırım v. Turkey, App. No. 3111/10, Judgment of 18 December 2012

Air Canada v. the United Kingdom, App. No. 18465/91, Judgment of 5 May 1995

Airey v. Ireland, App. No. 6289/73, Judgment of 09 October 1979

Akdivar and Others v. Turkey, App. No. 21893/93, GC Judgment of 16 September 1996

Aksoy v. Turkey, App. No. 21987/93, Judgment of 18 December 1996

Aktiva DOO v. Serbia, App. No. 23079/11, Judgment of 19 January 2021

Alajos Kiss v. Hungary, App. No. 38832/06, Judgment of 20 May 2010

Albert and Le Compte v. Belgium, App. No. 7299/75; 7496/76, Judgment of 10 February 1983

Alınak v. Turkey, App. No. 40287/98, Judgment of 29 March 2005

Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, App. No. 5809/08, GC Judgment of 21 June 2016

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, App. No. 55721/07, GC Judgment of 7 July 2011

Ali and Ayşe Duran v. Turkey, App. No. 42942/02, Judgment of 8 April 2008

Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 60642/08, GC Judgment of 16 July 2014

Aliyev and Gadzhiev v. Russia, App. No. 11059/12, Judgment of 12 July 2016

Allan v. the United Kingdom, App. No. 48539/99, Judgment of 5 November 2002

Al-Adsani v. the United Kingdom, App. No. 35763/97, GC Judgment of 21 November 2001

Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, App. No. 5809/08, GC Judgment of 21 June 2016

Anthony Aquilina v. Malta, App. No. 3851/12, Judgment of 11 December 2014

Appel-Irrgang and Others v. Germany, App. No. 45216/07, Decision of 6 October 2009

Appleby and Others v. the United Kingdom, App. No. 44306/98, Judgment of 6 May 2003

Arléwin v. Sweden, App. No. 22302/10, Judgment of 1 March 2016

Ashingdane v. the United Kingdom, App. No. 8225/78, Judgment of 28 May 1985

Association Rhino and Others, App. No. 48848/07, Judgment of 11 October 2011

Austin and Others v. the United Kingdom, App. No. 39692/09 and 2 others, GC Judgment of 15 March 2012

Axel Springer AG v. Germany, App. No. 39954/08, GC Judgment of 7 February 2012,

Ayvazyan v. Armenia, App. No. 46245/08, Judgment of 18 October 2018

Aydın v. Turkey, App. No. 23178/94, GC Judgment of 25 September 1997

Ayoub and Others v. France, App. No. 77400/14 and 2 others, Judgment of 8 October 2020

Avellone and Others v. Italy, App. No. 6561/10, Judgment of 9 July 2020

A and B v. Norway, App. No. 24130/11; 29758/11, GC Judgment of 15 November 2016

A, B and C v. Ireland, App. No. 25579/05, GC Judgment of 16 December 2010

Baka v. Hungary, App. No. 20261/12, GC Judgment of 23 June 2016

Barfod v. Denmark, App. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989

Bărbulescu v. Romania, App. No. 61496/08, GC Judgment of 5 September 2017

Beer and Regan v. Germany, App. No. 28934/95, GC Judgment of 18 February 1999

Beganović v. Croatia, App. No. 46423/06, Judgment of 25 June 2009

Begheluri and Others v. Georgia, App. No. 28490/02, Judgment of 7 October 2014

Bektashi Community and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 48044/10 and 2 others, Judgment of 12 April 2018

Bellet v. France, App. No. 23805/94, Judgment of 4 December 1995

Bentham v. the Netherlands, App. No. 8848/80, Judgment of 23 October 1985

Běleš and Others v. the Czech Republic, App. No. 47273/99, Judgment of 12 November 2002
Bimer S.A. v. Moldova, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007
Binder v. Austria, App. No. 50627/09, Judgment of 2 February 2016
Bittó and Others v. Slovakia, App. No. 30255/09, Judgment of 28 January 2014
Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, App. No. 21980/93, GC Judgment of 20 May 1999
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, App. No. 45036/98, GC Judgment of 30 June 2005
Boškoski v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", App. No. 11676/04, Decision of 2 September 2004
Botta v. Italy, App. No. 21439/93, Judgment of 24 February 1998
Boyle and Rice v. the United Kingdom, App. No. 9659/82; 9658/82, Judgment of 27 April 1988
Broniowski v. Poland, App. No. 31443/96, GC Judgment of 22 June 2004
Brualla Gómez de la Torre v. Spain, App. No. 26737/95, Judgment of 19 December 1997
Buck v. Germany, App. No. 41604/98, Judgment of 28 April 2005
Budayeva and Others v. Russia, App. No. 15339/02 and 4 others, Judgment of 29 September 2008
Buzadji v. the Republic of Moldova, App. No. 23755/07, GC Judgment of 5 July 2016
Bykov v. Russia, App. No. 4378/02, GC Judgment of 10 March 2009
B. and L. v. the United Kingdom, App. No. 36536/02, Judgment of 13 September 2005
B. v. France, App. No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992
Calvelli and Ciglio v. Italy, App. No. 32967/96, GC Judgment of 17 January 2002
Campagnano v. Italy, App. No. 77955/01, Judgment of 23 March 2006
Campbell and Cosans v. the United Kingdom, App. No. 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982
Campbell and Fell v. the United Kingdom, App. No. 7819/77; 7878/77, Judgment of 28 June 1984
Campbell v. the United Kingdom, App. No. 13590/88, Judgment of 25 March 1992
Canea Catholic Church v. Greece, App. No. 25528/94, Judgment of 16 December 1997
Catan and Others v. Moldova and Russia, App. No. 43370/04 and 2 others, GC Judgment of 19 October 2012
Celejewski v. Poland, App. No. 17584/04, Judgment of 4 May 2006
Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy, App. No. 38433/09, GC Judgment of 7 June 2012
Ceylan v. Turkey, App. No. 23556/94, Commission Report of 11 December 1997
Chahal v. the United Kingdom, App. No. 22414/93, GC Judgment of 15 November 1996
Chassagnou and Others v. France, App. No. 25088/94 and 2 others, GC Judgment of 29 April 1999
Christine Goodwin v. the United Kingdom, App. No. 28957/95, GC Judgment of 11 July 2002
Communist Party of Russia and Others v. Russia, App. No. 29400/05, Judgment of 19 June 2012
Connors v. the United Kingdom, App. No. 66746/01, Judgment of 27 May 2004
Cossey v. the United Kingdom, App. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990
Costello-Roberts v. the United Kingdom, App. No. 13134/87, Judgment of 15 March 1993
Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, App. No. 40454/07, GC Judgment of 10 November 2015
Craxi v. Italy (No. 2), App. No. 25337/94, Judgment of 17 July 2003
Cudak v. Lithuania, App. No. 15869/02, GC Judgment of 23 March 2010
Cumhuriyet Halk Partisi v. Turkey, App. No. 48818/17, Decision of 21 November 2017
Cyprus v. Turkey, App. No. 25781/94, GC Judgment of 10 May 2001
C.A.S. and C.S. v. Romania, App. No. 26692/05, Judgment of 20 March 2012
C.N. v. the United Kingdom, App. No. 42349/08, Judgment of 13 November 2012
Çelik and İmret v. Turkey, App. No. 44093/98, Judgment of 26 October 2004
Dahlab v. Switzerland, App. No. 42393/98, Decision of 15 February 2001
De Becker v. Belgium, App. No. 214/56, Judgment of 27 March 1962
Delecolle v. France, App. No. 37646/13, Judgment of 25 October 2018
Delfi AS v. Estonia, App. No. 64569/09, GC Judgment of 16 June 2015
Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev v. Azerbaijan, App. No.

74288/14; 64568/16, Judgment of 14 October 2021
Demir and Baykara v. Turkey, App. No. 34503/97, GC Judgment of 12 November 2008
Denev v. Sweden, App. No. 12570/86, Decision of 18 January 1989
Denis and Irvine v. Belgium, App. No. 62819/17; 63921/12, GC Judgment of 1 June 2021
De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, App. No. 2899/66 and 2 others, Judgment of 18 June 1971
Dickson v. the United Kingdom, App. No. 44362/04, GC Judgment of 4 December 2007
Dicle and Sadak v. Turkey, App. No. 48621/07, Judgment of 16 June 2015
Dink v. Turkey, App. No. 2668/07 and 4 others, Judgment of 14 September 2010
Di Lazzaro v. Italy, App. No. 31924/96, Decision of 10 July 1997
Dłużewska v. Poland, App. No. 39873/18, Judgment of 15 April 2021
Dobriyeva and Others v. Russia, App. No. 18407/10, Judgment of 19 December 2013
Dogru v. France, App. No. 27058/05, Judgment of 4 December 2008
Dojan and Others v. Germany, Decision of 13 September 2011
Doyle v. the United Kingdom, App. No. 30158/06, Decision of 6 February 2007
Dudgeon v. the United Kingdom, App. No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981
Dyagilev v. Russia, App. No. 49972/16, Judgment of 10 March 2020
D.I. v. Germany, App. No. 26551/95, Decision of 26 June 1996
Efstathiou v. Greece, App. No. 24095/94, Judgment of 18 December 1996
Ekin Association v. France, App. No. 39288/98, Judgment of 17 July 2001
Elli Poluhas Dödsbo v. Sweden, App. No. 61564/00, Judgment of 17 January 2006
El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 39630/09, GC Judgment of 13 December 2012
Emonet and Others v. Switzerland, App. No. 39051/03, Judgment of 13 December 2007
Evans v. the United Kingdom, App. No. 6339/05, GC Judgment of 10 April 2007
Eweida and Others v. the United Kingdom, App. Nos. 48420/10 and 3 others, Judgment of 15 January 2013
E. S. v. Austria, App. No. 38450/12, Judgment of 25 October 2018
Fadeyeva v. Russia, App. No. 55723/00, Judgment of 9 June 2005
Fatullayev v. Azerbaijan, App. No. 40984/07, Judgment of 22 April 2010
Fayed v. the United Kingdom, App. No. 17101/90, Judgment of 21 September 1994
Fáber v. Hungary, App. No. 40721/08, Judgment of 24 July 2012
Fedotova and Others v. Russia, App. No. 40792/10; 30538/14; 43439/14, Judgment of 13 July 2021
Flux v. Moldova, App. No. 28702/03, Judgment of 20 November 2007
Fogarty v. the United Kingdom, App. No. 37112/97, GC Judgment of 21 November 2001
Frasik v. Poland, App. No. 22933/02, Judgment of 5 January 2010
Fretté v. France, App. No. 36515/97, Judgment of 26 February 2002
Fressoz and Roire v. France, App. No. 29183/95, GC Judgment of 21 January 1999
Folgerø and Others v. Norway, App. No. 15472/02, GC Judgment of 29 June 2007
F. v. Switzerland, App. No. 11329/85, Judgment of 18 December 1987
Gablshvili v. Russia, App. No. 39428/12, Judgment of 26 June 2014
Gagliano Giorgi v. Italy, App. No. 23563/07, Judgment of 6 March 2012
Gaskin v. the United Kingdom, App. No. 10454/85, Judgment of 7 July 1989
Gäfgen v. Germany, App. No. 22978/05, Judgment of 30 June 2008
Gäfgen v. Germany, App. No. 22978/05, GC Judgment of 1 June 2010
Genner v. Austria, App. No. 55495/08, Judgment of 12 January 2016
Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania, App. No. 9718/03, Judgment of 26 July 2011
German Communist Party and Others v. Germany, App. No. 250/57, Decision of 20 July 1957
Giuliani and Gaggio v. Italy, App. No. 23458/02, GC Judgment of 24 March 2011
Glaserapp v. Germany, App. No. 9228/80, Judgment of 28 August 1986
Glas Nadezhda EOOD and Elenkov v. Bulgaria, App. No. 14134/02, Judgment of 11 October 2007
Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, App. No. 8348/78; 8406/78, Decision of 11 October 1979
Godfrey v. the United Kingdom, App. No. 8542/79, Decision of 4 February 1982
Golder v. the United Kingdom, App. 4451/70, 21 February 1975

Gorzelik and Others v. Poland, App. No. 44158/98, GC Judgment of 17 February 2004
Görmüş and Others v. Turkey, App. No. 49085/07, Judgment of 19 January 2016
Garaudy v. France, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003
Grochulski v. Poland, App. No. 33004/07, Judgment of 18 January 2011
Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, App. No. 10890/84, Judgment of 28 March 1990
Grzegorz Baranowski v. Poland, App. No. 40153/09, Judgment of 9 November 2010
Grzęda v. Poland, App. No. 43572/18, GC Judgment of 15 March 2022
Guja v. Moldova, App. No. 14277/04, GC Judgment of 12 February 2008
Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland, App. No. 26374/18, GC Judgment of 1 December 2020
G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, App. No. 1828/06 and 2 others, GC Judgment of 28 June 2018
G. W. v. the Federal Republic of Germany, App. No. 1307/61, Decision of 4 October 1962
Haas v. Switzerland, App. No. 31322/07, Judgment of 20 January 2011
Handyside v. the United Kingdom, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976
Von Hannover v. Germany, App. No. 59320/00, Judgment of 24 June 2004
Von Hannover v. Germany (no. 2), App. No. 40660/08; 60641/08, GC Judgment of 7 February 2012
Harachchiev and Tolumov v. Bulgaria, App. No. 15018/11 61199/12, Judgment of 8 July 2014
Hasan and Chaush v. Bulgaria, App. No. 30985/96, GC Judgment of 26 October 2000
Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, App. No. 1448/04, Judgment of 9 October 2007
Hashman and Harrup v. the United Kingdom, App. No. 25594/94, GC Judgment of 25 November 1999
Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, GC Judgment of 8 July 2003
Hämäläinen v. Finland, App. No. 37359/09, GC Judgment of 16 July 2014
Heaney and McGuinness v. Ireland, App. No. 34720/97, Judgment of 21 December 2000
Herrmann v. Germany, App. No. 9300/07, GC Judgment of 26 June 2012
Hertel v. Switzerland, App. No. 25181/94, Judgment of 25 August 1998
Hilbe v. Liechtenstein, App. No. 31981/96, Decision of 7 September 1999
Hirst v. the United Kingdom (No. 2), App. No. 74025/01, GC Judgment of 6 October 2005
Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany, App. No. 31098/08, Decision of 12 June 2012
Holland v. Ireland, App. No. 24827/94, Decision of 14 April 1998
Honecker and Others v. Germany, App. No. 54999/00; 53991/00, Decision of 15 November 2001
Hutchinson v. the United Kingdom, App. No. 57592/08, GC Judgment of 17 January 2017
Hutten-Czapska v. Poland, App. No. 35014/97, GC Judgment of 19 June 2006
Iatridis v. Greece, App. No. 31107/96, GC Judgment of 25 March 1999
Ibrahim and Others v. the United Kingdom, App. No. 50541/08 and 3 others, GC Judgment of 13 September 2016
Ieremeiov v. Romania (No. 2), App. No. 4637/02, Judgment of 24 November 2009
Imeri v. Croatia, App. No. 77668/14, Judgment of 24 June 2021
Immobiliare Saffi v. Italy, App. No. 22774/93, GC Judgment of 28 July 1999
Informationsverein Lentia and Others v. Austria, App. Nos. 13914/88 and 4 others, Judgment of 24 November 1993
Ireland v. the United Kingdom, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978
Iulian Popescu v. Romania, App. No. 24999/04, Judgment of 4 September 2013
Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria, App. No. 46577/15, Judgment of 21 April 2016
İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey, App. No. 19986/06, Judgment of 10 April 2012
İlhan v. Turkey, App. No. 22277/93, GC Judgment of 26 June 2000
İzzettin Doğan and Others v. Turkey, App. No. 62649/10, GC Judgment of 26 April 2016
Jacobowski v. Germany, App. No. 15088/89, Judgment of 23 June 1994
Jalloh v. Germany, App. No. 54810/00, GC Judgment of 11 July 2006
James and Others v. the United Kingdom, App. No. 8793/79, Judgment 21 February 1986
Janowski v. Poland, App. No. 25716/94, GC Judgment of 21 January 1999
Jasari v. Poland, App. No. 17888/07, Judgment of 12 October 2010

Jęczmieniowski v. Poland, App. No. 747/09, Judgment of 25 January 2011
Jelševar and Others v. Slovenia, App. No. 47318/07, Decision of 11 March 2014
Jersild v. Denmark, App. No. 15890/89, GC Judgment of 23 September 1994
Jerusalem v. Austria, App. No. 26958/95, Judgment of 27 February 2001
Jiménez Alonso and Jiménez Merino v. Spain, App. No. 51188/99, Decision of 25 May 2000
Joanna Szulc v. Poland, App. No. 43932/08, Judgment of 13 November 2012
John Murray v. the United Kingdom, App. No. 18731/91, GC Judgment of 8 February 1996
Johnston and Others v. Ireland, App. No. 9697/82, Judgment of 18 December 1986
J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom, App. No. 44302/02, GC Judgment of 30 August 2007
Kafkaris v. Cyprus, App. No. 21906/04, GC Judgment of 12 February 2008
Kalaç v. Turkey, App. No. 20704/92, Judgment of 1 July 1997
Kaos GL v. Turkey, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016
Kaptan v. Switzerland, App. No. 55641/00, Decision of 12 April 2001
Karaduman v. Turkey, App. No. 16278/90, Decision of 3 May 1993
Karácsony and Others v. Hungary, App. No. 42461/13; 44357/13, GC Judgment of 17 May 2016
Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, App. No. 53678/00, Judgment of 16 November 2004
Karimov v. Azerbaijan, App. No. 12535/06, Judgment of 25 September 2014
Karsai v. Hungary, App. No. 5380/07, Judgment of 1 December 2009
Kasabova v. Bulgaria, App. No. 2238503, Judgment of 19 April 2011
Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia, App. No. 26261/05; 26377/06, Judgment of 14 March 2013
Kaushal and Others v. Bulgaria, App. No. 1537/08, Judgment of 2 September 2010
Kaya v. Turkey, App. No. 22729/93, Judgment of 19 February 1998
Kącki v. Poland, App. No. 10947/11, Judgment of 4 July 2017
Keenan v. the United Kingdom, App. No. 27229/95, Judgment of 3 April 2001
Khadija Ismayilova v. Azerbaijan, App. No. 65286/13; 57270/14, Judgment of 10 January 2019
Khamtokhu and Aksenchik v. Russia, App. No. 60367/08; 961/11, GC Judgment of 24 January 2017
Khan v. the United Kingdom, App. No. 11579/85, Decision of 7 July 1986
Khlaifia and Others v. Italy, App. No. 16483/12, GC Judgment of 15 December 2016
Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, App. No. 5095/71 and 2 others, Judgment of 7 December 1976
Klass and Others v. Germany, App. No. 5029/71, Judgment of 6 September 1978
Kokkinakis v. Greece, App. No. 14307/88, 25 May 1993
Kolyadenko and Others v. Russia, App. No. 17423/05 and 5 others, Judgment of 28 February 2012
Korolev v. Russia, App. No. 25551/05, Decision of 1 July 2010
Kosiek v. Germany, App. No. 9704/82, Judgment of 28 August 1986
Kowalenko v. Poland, App. No. 26144/05, Judgment of 26 October 2010
Könyv-Tár Kft and Others v. Hungary, App. No. 21623/13, Judgment of 16 October 2018
Köse and Others v. Turkey, App. No. 26625/02, Decision of 24 January 2006
Kress v. France, App. No. 39594/98, GC Judgment of 07 June 2001
Kreuz v. Poland, App. No. 28249/95, Judgment 19 June 2001
Krivova v. Ukraine, App. No. 25732/05, Judgment of 9 November 2010
Krumpel and Krumpelová v. Slovakia, App. No. 56195/00, Judgment of 5 July 2005
Kudeshkina v. Russia, App. No. 29492/05, Judgment of 26 February 2009
Kudła v. Poland, App. No. 30210/96, GC Judgment of 26 October 2000
Kurnosova v. Russia, App. No. 36072/07, Judgment of 15 June 2021
Kücher v. Austria, App. No. 2834/09, Judgment of 5 February 2015
Kühnen v. Germany, App. No. 12194/86, Decision of 12 May 1988
Kwiek v. Poland, App. No. 51895/99, Judgment of 30 May 2006
K.S. and M.S. v. Germany, App. No. 33696/11, Judgment of 6 October 2016
K.U. v. Finland, App. No. 2872/02, Judgment of 2 December 2008
Labita v. Italy, App. No. 26772/95, GC Judgment of 6 April 2000
Lahr v. Germany, App. No. 16912/05, Decision of 1 July 2008

Lambert and Others v. France, App. No. 46043/14, GC Judgment of 5 June 2015
Lautsi v. Italy, App. No. 30814/06, Judgment of 3 November 2009
Lautsi and Others v. Italy, App. No. 30814/06, GC Judgment of 18 March 2011
Lawless v. Republic of Ireland, App. No. 332/57, Decision of 19 December 1959
László Magyar v. Hungary, App. No. 73593/10, Judgment of 20 May 2014
Leander v. Sweeden, App. No. 9248/81, Judgment of 26 March 1987
Lehideux and Isorni v. France, App. No. 24662/94, GC Judgment of 23 September 1998
Lemo and Others v. Croatia, App. No. 3925/10 and 7 others, Judgment of 10 July 2014
Leroy v. France, App. No. 36109/03, Judgment of 2 October 2008
Leyla Şahin v. Turkey, App. No. 44774/98, GC Judgment of 10 November 2005
Lilliendahl v. Iceland, App. No. 29297/18, Decision of 12 May 2020
Lindheim and Others v. Norway, App. No. 13221/08; 2139/10, Judgment of 12 June 2012
Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, App. No. 21279/02; 36448/02, GC Judgment of 22 October 2007
Lingens v. Austria, App. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986
Lisoaia v. the Republic of Moldova, App. No. 16908/09, Judgment of 16 January 2018
Lithgow and Others v. the United Kingdom, App. Nos. 9405/81 and 6 others, Judgment of 08 July 1986
Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), App. No. 15318/89, GC Judgment of 23 March 1995
Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, App. No. 56080/13, GC Judgment of 19 December 2017
Lopes Gomes da Silva v. Portugal, App. No. 37698/97, Judgment of 28 September 2008
Lorenus v. Sweeden, App. No. 12810/87, Decision of 18 January 1989
Luordo v. Italy, App. No. 32190/96, Judgment of 17 July 2003
Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania, App. No. 76943/11, GC Judgment of 29 November 2016
Maaouia v. France, App. No. 39652/98, GC Judgment of 5 October 2000
Magee v. the United Kingdom, App. No. 28135/95, Judgment of 6 June 2000
Mahmut Kaya v. Turkey, App. No. 22535/93, Judgment of 28 March 2000
Makaratzis v. Greece, App. No. 50385/99, GC Judgment of 20 December 2004
Mamère v. France, App. No. 12697/03, Judgment of 7 November 2006
Manole and Others v. Moldova, App. No. 13936/02, Judgment of 17 September 2009
Marais v. France, App. No. 31159/96, Decision of 24 June 1996
Marckx v. Belgium, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979
Marguš v. Croatia, App. No. 4455/10, GC Judgment of 27 May 2014
Markovic and Others v. Italy, App. No. 1398/03, GC Judgment of 14 December 2006
Markt Intern Verlag GmbH v. Germany, App. No. 10572/83, Judgment of 20 November 1989
Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, App. No. 9267/81, Judgment of 2 March 1987
Maurice v. France, App. No. 11810/03, GC Judgment of 6 October 2005
McCann and Others v. the United Kingdom, App. No. 18984/91, GC Judgment of 27 September 1995
McElhinney v. Ireland, App. No. 31253/96, GC Judgment of 21 November 2001
McFeeley v. the United Kingdom, App. No. 8317/78, Decision of 15 May 1980
Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina, App. No. 17224/11, GC Judgment of 27 June 2017
Megadat.com SRL v. Moldova, App. No. 21151/04, Judgment of 8 April 2008
Mehdiyev v. Azerbaijan, App. No. 59090/12, Judgment of 31 October 2019
Mehmet Hasan Altan v. Turkey, App. No. 13237/17, Judgment of 20 March 2018
Mellacher and Others v. Austria, App. No. 10522/83 and two others, Judgment of 19 December 1989
Melnichenko v. Ukraine, App. No. 17707/02, Judgment of 19 October 2004
Melnik v. Ukraine, App. No. 23436/03, Judgment 28 March 2006
Menteş and Others v. Turkey, App. No. 23186/94, GC Judgment of 28 November 1997
Michaud v. France, App. No. 12323/11, Judgment of 6 December 2012
Mihalache v. Romania, App. No. 54012/10, GC Judgment of 8 July 2019
Mileva and Others v. Bulgaria, App. No. 43449/02; 21475/04, Judgment of 25 November 2010

Miljević v. Croatia, App. No. 68317/13, Judgment of 25 June 2020
Miragall Escolano and Others v. Spain, App. No. 38366/97 and 9 others, Judgment of 25 January 2000
Mitkus v. Latvia, App. No. 7259/03, Judgment of 2 October 2012
Moochan and Gillon v. the United Kingdom, App. No. 22962/15; 23345/15, Decision of 13 June 2017
Morice v. France, App. No. 29369/10, GC Judgment of 23 April 2015
Mouvement raëlien suisse v. Switzerland, App. No. 16354/06, GC Judgment of 13 July 2012
Móltka vs. Poland, App. No. 56550/00, Decision of 11 April 2006
Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, GC Judgment of 15 October 2020
Muñoz Díaz v. Spain, App. No. 49151/07, Judgment of 8 December 2009
Murray v. the Netherlands, App. No. 10511/10, Judgment of 26 April 2016
Mürsel Eren v. Turkey, App. No. 60856/00, Judgment of 7 February 2006
Van der Mussele v. Belgium, App. No. 23 November 1983
M'Bala M'Bala v. France, App. No. 25239/13, Decision of 20 October 2011
M.C. v. Bulgaria, App. No. 39272/98, Judgment of 4 December 2003
Nachova and Others v. Bulgaria, App. No. 43577/98; 43579/98, GC Judgment of 6 July 2005
Nait-Liman v. Switzerland, App. No. 51357/07, GC Judgment of 15 March 2018
Navalnyy v. Russia, App. No. 29580/12 and 4 others, GC Judgment of 15 November 2018
NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova, App. No. 28470/12, GC Judgment of 5 April 2022
Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania, App. No. 41720/13, GC Judgment of 25 June 2019
Nielsen v. Denmark, App. No. 10929/84, Judgment of 28 November 1988
Niemietz v. Germany, App. No. 13710/88, Judgment of 16 December 1992
Norris v. Ireland, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988
Norwood v. the United Kingdom, App. No. 23131/03, Decision of 16 November 2004
Novaya Gazeta and Borodyanskiy v. Russia, App. No. 42113/09, Judgment of 29 October 2019
Novikova and Others v. Russia, App. No. 25501/07 and 4 others, Judgment of 26 April 2016
Nuri Kurt v. Turkey, App. No. 37038/97, Judgment of 29 November 2005
Nusret Kaya and Others v. Turkey, App. No. 43750/06 and 4 others, Judgment of 22 April 2014
N. v. Switzerland, App. No. 9870/82, Decision of 13 October 1983
N. v. the United Kingdom, App. No. 26565/05, GC Judgment of 27 May 2008
Oberschlick v. Austria, App. No. 11662/85, Judgment of 23 May 1991
Observer and Guardian v. the United Kingdom, App. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991
Oliari and Others v. Italy, App. No. 18766/11; 36030/11, Judgment of 21 July 2015
Omar v. France, App. No. 24767/94, GC Judgment of 29 July 1998
Osman v. The United Kingdom, App. No. 23452/94, GC Judgment of 28 October 1998
Ouranio Toxo and Others v. Greece, App. No. 74989/01, Judgment of 20 October 2005
O'Donoghue and Others v. the United Kingdom, App. No. 34848/07, Judgment of 14 December 2010
O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, App. No. 15809/02; 25624/02, GC Judgment of 29 June 2007
O'Keeffe v. Ireland, App. No. 35810/09, GC Judgment of 28 January 2014
Öcalan v. Turkey (No.2), App. No. 24069/03; 197/04; 6201/06 and 10464/07, Judgment of 18 March 2014
Öllinger v. Austria, App. No. 76900/01, Judgment of 29 June 2006
Öneryıldız v. Turkey, App. No. 48939/99, GC Judgment of 30 November 2004
Özgür Gündem v. Turkey, App. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000
Özpınar v. Turkey, App. No. 20999/04, Judgment of 19 October 2010
Paksas v. Lithuania, App. No. 34932/04, GC Judgment of 6 January 2011
Palomo Sánchez and Others v. Spain, App. No. 28955/06 and 3 others, GC Judgment of 12 September 2011
Pannon Plakát Kft and Others v. Hungary, App. No. 39859/14, Judgment of 6 December 2022
Pastörs v. Germany, App. No. 55225/14, Judgment of 3 October 2019

Pavel Ivanov v. Russia, App. No. 35222/04, Decision of 20 February 2007
Paradiso and Campanelli v. Italy, App. No. 25358/12, GC Judgment of 24 January 2017
Pařízek v. the Czech Republic, App. No. 76286/14, Judgment of 12 January 2023
Parrillo v. Italy, App. No. 46479/11, GC Judgment of 27 August 2015
Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, App. No. 46477/99, Judgment of 14 March 2002
Paulino Tomas v. Portugal, App. No. 58698/00, Decision of 27 March 2003
Peck v. the United Kingdom, App. No. 44647/98, Judgment of 28 January 2003
Pentikäinen v. Finland, App. No. 11882/10, GC Judgment of 20 October 2015
Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, GC Judgment of 15 October 2015
PETA Deutschland v. Germany, App. No. 43481/09, Judgment of 8 November 2012
Petri SALLINEN and Others v. Finland, App. No. 50882/99, Judgment of 27 September 2005
Pérez de Rada Cavanilles v. Spain, App. No. 28090/95, Judgment of 28 October 1998
Pfeifer and Plankl v. Austria, App. No. 10802/84, Judgment of 25 February 1992
Piğtka v. Poland, App. No. 3421/07, Judgment of 16 October 2012
Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland, App. No. 12742/87, Decision of 3 May 1989
Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria, App. No. 10126/82, Judgment of 21 June 1988
Podbielski and PPU Polpure v. Poland, App. No. 39199/98, Judgment of 26 July 2005
Polański v. Poland, App. No. 42146/07, Judgment of 12 October 2010
Powell and Rayner v. the United Kingdom, App. No. 9310/81, Judgment of 24 January 1990
Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, App. No. 42527/98, GC Judgment of 12 July 2001
Raimondo v. Italy, App. No. 12954/87, Judgment of 22 February 1994
Ramirez Sanchez v. France, App. No. 59450/00, GC Judgment of 2006
Ramsahai and Others v. the Netherlands, App. No. 52391/99, GC Judgment of 15 May 2007
Ramshev v. Cyprus and Russia, App. No. 25965/04, Judgment of 7 January 2010
Rasmussen v. Denmark, App. No. 8777/79, Judgment of 28 November 1984
Ratushna v. Ukraine, App. No. 17318/06, Judgment of 2 December 2010
Redfearn v. the United Kingdom, App. No. 47335/06, Judgment of 6 November 2012
Rees v. the United Kingdom, App. No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986
Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, App. No. 41340/98 and 3 others, GC Judgment of 13 February 2003
Regner v. the Czech Republic, App. No. 35289/11, GC Judgment of 19 September 2017
Rekvényi v. Hungary, App. No. 25390/94, GC Judgment of 20 May 1999
Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 9 February 1967
Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, App. No. 1474/62 and 5 others, Judgment of 23 July 1968
Roj TV A/S v. Denmark, App. No. 24683/14, Decision of 17 April 2018
Romanov v. Ukraine, App. No. 63782/11, Judgment of 16 July 2020
Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland, App. No. 51728/99, Judgment of 28 July 2005
Rotaru v. Romania, App. No. 28341/95, GC Judgment of 4 May 2000
Ryabinin and Shatalina v. Ukraine, App. No. 33006/07, Judgment of 7 November 2019
Saliba v. Malta, App. No. 4251/02, Judgment of 8 November 2005
Salikhova and Magomedova v. Russia, App. No. 63689/13, Judgment of 26 January 2016
Salman v. Turkey, App. No. 21986/93, GC Judgment of 27 June 2000
Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, App. No. 931/13, GC Judgment of 27 June 2017
Saunders v. the United Kingdom, App. No. 19187/91, GC Judgment of 17 December 1996
Savda v. Turkey, App. No. 42730/05, Judgment of 12 June 2012
Savovi v. Bulgaria, App. No. 7222/05, Judgment of 27 November 2012
Schalk and Kopf v. Austria, App. No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010
Scharsach and News Verlagsgesellschaft mbH v. Austria, App. No. 39394/98, Judgment of 13 November 2003
Schimanek v. Austria, App. No. 32307/96, Decision of 1 February 2000

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, App. No. 27996; 34836/06, GC Judgment of 22 December 2009
Selmouni v. France, App. No. 25803/94, GC Judgment of 28 July 1999
Sepczyński v. Poland, App. No. 78352/14, Judgment of 26 April 2018
Seven Individuals v. Sweden, App. No. 8811/79, Decision of 13 May 1982
Seyidzade v. Azerbaijan, App. No. 37700/05, Judgment of 3 December 2009
Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, App. No. 22985/93; 23390/94, GC Judgment of 30 July 1998
Shindler v. the United Kingdom, App. No. 19840/09, Judgment of 7 May 2013
Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, App. No. 16130/90, Judgment of 30 June 1993
Sikorski v. Poland, App. No. 10041/09, Judgment of 25 January 2011
Sildedzis v. Poland, App. No. 45214/99, Judgment of 24 May 2005
Siliadin v. France, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005
Silickienė v. Lithuania, App. No. 20496/02, Judgment of 10 April 2012
Silver and Others v. the United Kingdom, App. No. 5947/72 and 6 others, Judgment of 25 March 1983
Simonov v. Poland, App. No. 45255/07, Judgment of 17 April 2012
Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, App. No. 42202/07, GC Judgment of 15 March 2012
Smith and Grady v. the United Kingdom, App. No. 33985/96; 33986/96, Judgment of 27 September 1999
Soering v. the United Kingdom, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989
Sotiris and Nikos Koutras ATTEE v. Greece, App. No. 39442/98, Judgment of 16 November 2000
Sovtransavto Holding v. Ukraine, App. No. 48553/99, Judgment of 25 July 2002
Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 September 1982
Standard Verlags GmbH and Krawagna-Pfeifer v. Austria, App. No. 19710/02, Judgment of 2 November 2006
Stanev v. Bulgaria, App. No. 36760/06, GC Judgment of 17 January 2012
Stanford v. the United Kingdom, App. No. 73299/01, Decision of 12 December 2002
Stec and Others v. the United Kingdom, App. No. 65731/01; 65900/01, GC Admissibility Decision of 6 July 2005
Stevens v. the United Kingdom, App. No. 11674/85, Decision 3 March 1986
Stübing v. Germany, App. No. 43547/08, Judgment of 12 April 2012
Stoll v. Switzerland, App. No. 69698/01, GC Judgment of 10 December 2007
Storck v. Germany, App. No. 61603/00, Judgment of 16 June 2005
Stögmüller v. Austria, App. No. 1602/62, Judgment of 10 November 1969
Stretch v. the United Kingdom, App. No. 44277/98, Judgment of 24 June 2003
Stubbings and Others v. the United Kingdom, App. Nos. 22083/93; 22095/93, Judgment of 22 October 1996
Sulak v. Turkey, App. No. 24515/94, Decision of 17 January 1996
Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, App. No. 77703/01, Judgment of 14 June 2007
Syarkevich v. Russia, App. No. 10216/06, Judgment of 28 November 2017
S. and Marper v. the United Kingdom, App. Nos. 30562/04; 30566/04, GC Judgment of 4 December 2008
S.A.S. v. France, App. No. 43835/11, GC Judgment of 1 July 2014
S.M. v. Croatia, App. No. 60561/14, GC Judgment of 25 June 2020
Šijakova and Others v. "the Former Yugoslav Republic of Macedonia", App. No. 67914/01, Decision of 6 March 2003
Škrtić v. Croatia, App. No. 64982/12, Judgment of 5 December 2013
Tekin v. Turkey, App. No. 22496/93, Judgment of 9 June 1998
Tence v. Slovenia, App. No. 37242/14, Judgment 31 May 2016
Tijardović v. Croatia, App. No. 38906/13, Judgment of 19 June 2014
Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (Nos. 1 and 2), App. No. 3002/03; 23676/03, Judgment of 10 March 2009
Timke v. Germany, App. No. 27311/95, Decision of 11 September 1995

The Observer and Guardian v. the United Kingdom, App. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991
The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 2), App. No. 13166/87, Judgment of 26 November 1991
Toimi v. Sweden, App. No. 55164/00, Decision of 31 August 2004
Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, App. No. 18139/91, Judgment of 13 July 1995
Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia, App. No. 11828/08, Judgment of 25 September 2012
Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, App. No. 10873/84, Judgment of 7 July 1989
Tsarpelas v. Greece, App. No. 74884/13, Judgment of 26 April 2018
Tyrer v. the United Kingdom, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978
Tysiąc v. Poland, App. No. 5410/03, Judgment of 20 March 2007
Umlauft v. Austria, App. No. 15527/89, Judgment of 23 October 1995
Vajnai v. Hungary, App. No. 33629/06, Judgment of 8 July 2008
Valašinas v. Lithuania, App. No. 44558/98, Judgment of 24 July 2001
Valiulienė v. Lithuania, App. No. 33234/07, Judgment of 26 March 2013
Valsamis v. Greece, App. No. 21787/93, Judgment of 18 December 1996
Vaudelle v. France, App. No. 35683/97, Judgment of 30 January 2001
Venema v. the Netherlands, App. No. 36731/97, Judgment of 17 December 2002
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2), App. No. 32772/02, GC Judgment of 30 June 2009
VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, App. No. 24699/94, Judgment of 28 June 2001
Vinter and Others v. the United Kingdom, App. No. 66069/09; 130/10; 3896/10, GC Judgment of 9 July 2013
Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia, App. No. 71243/01, GC Judgment of 25 October 2012
Vogt v. Germany, App. No. 17851/91, GC Judgment of 26 September 1995
Vona v. Hungary, App. No. 35943/10, Judgment of 9 July 2013
Vo v. France, App. No. 53924/00, GC Judgment of 8 July 2004
Waite and Kennedy v. Germany, App. No. 26083/94, GC Judgment of 18 February 1999
Weh v. Austria, App. No. 38544/97, Judgment of 8 April 2004
Wemhoff v. Germany, App. No. 2122/64, Judgment of 27 June 1968
Wille v. Liechtenstein, App. No. 28396/95, GC Judgment of 28 October 1999
Winterwerp v. the Netherlands, App. No. 6301/73, Judgment of 24 October 1979
Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria, App. No. 58548/00, Judgment of 27 October 2005
Witzsch v. Germany, App. No. 7485/03, Decision of 13 December 2005
Woś v. Poland, App. No. 22860/02, Decision of 1 March 2005
W.P. and Others v. Poland, App. No. 42264/98, Decision of 2 September 2004
W., X., Y. and Z. v. Belgium, App. No. 6745/74; 6746/74, Decision of 30 May 1975
X. v. Austria, App. No. 8278/78, Decision of 13 December 1979
X. v. Belgium and the Netherlands, App. No. 6482/74, Decision of 10 July 1976
X. v. the Federal Republic of Germany, App. No. 2566/65, Decision of 6 February 1967
X. v. Federal Republic of Germany, App. No. 6167/73, Decision of 18 December 1974
X. v. the Netherlands, App. No. 8896/80, Decision of 10 March 1981
X. v. the United Kingdom, App. No. 3898/68, Decision of 22 July 1970
X. v. the United Kingdom, App. No. 7154/75, Decision of 12 July 1978
X. v. the United Kingdom, App. No. 8231/78, Decision of 6 March 1982
X and Y v. the Netherlands, App. No. 8978/80, Judgment of 26 March 1985
X. and Y. v. the United Kingdom, App. No. 7229/75, Decision of 15 December 1977
X, Y and Z v. the United Kingdom, App. No. 21830/93, GC Judgment of 22 April 1997
Yaroslavtsev v. Russia, App. No. 42138/02, Judgment of 2 December 2004
Yasemin Balcı Başvurusu, Baş. No. 2014/8881, GK Karar Tarihi 25.07.2017
Yaşa v. Turkey, App. No. 22495/93, Judgment of 2 September 1998
Young, James and Webster v. the United Kingdom, App. No. 7601/76; 7806/77, Judgment of 13 August 1981
Yumak and Sadak v. Turkey, App. No. 10226/03, GC Judgment of 8 July 2008
Zagrebačka Banka D.D. v. Croatia, App. No. 39544/05, Judgment of 12 December 2013

Zatynayko v. Russia, App. No. 1935/07; 41798/07, Judgment of 25 June 2019
Zdziarski v. Poland, App. No. 14239/09, Judgment of 25 January 2011
Zehentner v. Austria, App. No. 20082/02, Judgment of 16 July 2009
Zemmour v. France, App. No. 63539/19, Judgment of 20 December 2022
Zubac v. Croatia, App. No. 40160/12, GC Judgment of 5 April 2018
Z and Others v. the United Kingdom, App. No. 29392/95, GC Judgment of 10 May 2001
Z.A. and Others v. Russia, App. No. 61411/15 and 3 others, GC Judgment of 21 November 2019
Z.H. and R.H. v. Switzerland, App. No. 60119/12, Judgment of 8 December 2015
Ždanoka v. Latvia, App. No. 58278/00, GC Judgment of 16 March 2006
Žirovnický v. the Czech Republic, App. No. 10092/13 and 6 others, Judgment of 8 February 2018
Žurek v. Poland, App. No. 39650/18, Judgment of 16 June 2022
Živić v. Serbia, App. No. 37204/08, Judgment of 13 September 2011
97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia, App. No. 71156/01, Judgment of 3 May 2007

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 1, 14 - Südweststaat [1951]
BVerfGE 1, 117 - Finanzausgleichsgesetz [1952]
BVerfGE 1, 184 - Normenkontrolle I [1952]
BVerfGE 1, 208 - 7,5%-Sperrklausel [1952]
BVerfGE 1, 299 - Wohnungsbauförderung [1952]
BVerfGE 1, 418 - Ahndungsgesetz [1952]
BVerfGE 2, 1 - SRP-Verbot [1952]
BVerfGE 2, 124 - Normenkontrolle II [1953]
BVerfGE 2, 225 - Petitionsbescheid [1953]
BVerfGE 2, 266 - Notaufnahme [1953]
BVerfGE 2, 380 - Haftentschädigung [1953]
BVerfGE 3, 19 - Unterschriftenquorum [1953]
BVerfGE 3, 407 - Baugutachten [1954]
BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfe [1954]
BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbot [1956]
BVerfGE 6, 32 - Elfes [1957]
BVerfGE 6, 55 - Steuersplitting [1957]
BVerfGE 6, 389 - Homosexuelle [1957]
BVerfGE 7, 198 - Lüth [1958]
BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil [1958]
BVerfGE 8, 274 - Preisgesetz [1958]
BVerfGE 9, 89 - Gehör bei Haftbefehl [1959]
BVerfGE 9, 338 - Hebammenaltersgrenze [1959]
BVerfGE 10, 59 - Elterliche Gewalt [1959]
BVerfGE 10, 89 - (Großer) Erftverband [1959]
BVerfGE 10, 118 - Berufsverbot I [1959]
BVerfGE 11, 50 - Darreichende Verwaltung [1960]
BVerfGE 11, 89 - Bremisches Urlaubsgesetz [1960]
BVerfGE 11, 126 - Nachkonstitutioneller Bestätigungswille [1960]
BVerfGE 11, 282 - Zweiter Vorsitzender der SRP [1960]
BVerfGE 12, 1 - Glaubensabwerbung [1960]
BVerfGE 12, 45 - Kriegsdienstverweigerung I [1960]
BVerfG, NJW, 1961, pp. 67-68 - Einstweilige Anordnung im Fernsehstreik
BVerfGE 12, 113 - Schmid-Spiegel [1961]
BVerfGE 12, 205 - 1. Rundfunkentscheidung [1961]
BVerfGE 12, 341 - Spinnweber-Zusatzsteuer [1961]
BVerfGE 13, 54 - Neugliederung Hessen [1961]
BVerfGE 15, 1 - Seewasserstraßen [1962]
BVerfG, NJW, 1963, pp. 755-756 - Form der Verfassungsbeschwerde; Recht des

Untersuchungshäftlings auf Rundfunkempfang
BVerfGE 16, 94 - Wehrmachtspensionäre [1963]
BVerfGE 16, 147 - Werkfernverkehr [1963]
BVerfGE 17, 306 - Mitfahrzentrale [1964]
BVerfGE 17, 319 - Bayerische Bereitschaftspolizei [1964]
BVerfGE 18, 18 - Hausgehilfinnenverband [1964]
BVerfGE 18, 97 - Zusammenveranlagung [1964]
BVerfGE 19, 119 - Couponsteuer [1965]
BVerfGE 19, 206 - Kirchenbausteuer [1965]
BVerfGE 19, 303 - Dortmunder Hauptbahnhof [1965]
BVerfGE 19, 330 - Sachkundenachweis [1965]
BVerfGE 19, 342 - Wencker [1965]
BVerfGE 19, 377 - Berlin-Vorbehalt II [1966]
BVerfGE 20, 45 - Kommando 1005 [1966]
BVerfGE 20, 56 - Parteienfinanzierung I [1966]
BVerfGE 20, 162 - Spiegel [1966]
BVerfGE 21, 362 - Sozialversicherungsträger [1967]
BVerfGE 22, 180 - Jugendhilfe [1967]
BVerfGE 23, 50 - Nachtbackverbot I [1968]
BVerfGE 23, 127 - Zeugen Jehovas [1968]
BVerfGE 24, 119 - Adoption I [1968]
BVerfGE 24, 236 - (Aktion) Rumpelkammer [1968]
BVerfGE 24, 367 - Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]
BVerfGE 25, 1 - Mühlengesetz [1968]
BVerfGE 25, 44 - Durchsetzung von Parteiverboten [1969]
BVerfGE 25, 88 - Berufsverbot II [1969]
BVerfGE 25, 256 - Blinkfuer [1969]
BVerfGE 26, 228 - Sorsum [1969]
BVerfGE 26, 246 - Ingenieur [1969]
BVerfGE 27, 1 - Mikrozensus [1969]
BVerfGE 27, 71 - Leipziger Volkszeitung [1969]
BVerfGE 27, 344 - Ehescheidungsakten [1970]
BVerfGE 28, 36 - Zitiergebot [1970]
BVerfGE 28, 175 - Porst-Fall [1970]
BVerfGE 28, 191 - Pätsch-Fall [1970]
BVerfGE 28, 243 - Dienstpflichtverweigerung [1970]
BVerfGE 28, 295 - Mitgliederwerbung I [1970]
BVerfGE 28, 386 - Kurzzeitige Freiheitsstrafe [1970]
BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil [1970]
BVerfGE 30, 173 - Mephisto [1971]
BVerfGE 30, 250 - Absicherungsgesetz [1971]
BVerfGE 30, 292 - Erdölbevorratung [1971]
BVerfGE 31, 58 - Spanier-Beschluß [1971]
BVerfGE 31, 229 - Schulbuchprivileg [1971]
BVerfGE 32, 54 - Betriebsbetretungsrecht [1971]
BVerfGE 32, 98 - Gesundheitsbeter [1971]
BVerfGE, **BeckRS**, 1972, 30421760 - Antrag auf gerichtliche Entscheidung
BVerfGE 32, 373 - Ärztliche Schweigepflicht [1972]
BVerfGE 33, 1 - Strafgefangene [1972]
BVerfGE 33, 23 - Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]
BVerfGE 33, 52 - Zensur [1972]
BVerfGE 33, 303 - numerus clausus I [1972]
BVerfGE 34, 165 - Förderstufe [1972]
BVerfGE 34, 238 - Tonband [1973]
BVerfGE 34, 269 - Soraya [1973]
BVerfGE 35, 79 - Hochschul-Urteil [1973]
BVerfGE 35, 202 - Lebach [1973]

BVerfGE 35, 348 - Armenrecht juristischer Personen [1973]
BVerfGE 35, 382 - Ausländerausweisung [1973]
BVerfGE 36, 139 - Wahlrecht Auslandsdeutscher [1973]
BVerfGE 36, 146 - Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973]
BVerfGE 36, 321 - Schallplatten [1974]
BVerfGE 36, 342 - Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz [1974]
BVerfGE 37, 1 - Weinwirtschaftsabgabe [1974]
BVerfGE 37, 57 - Haftbefehl in Berlin [1974]
BVerfGE 37, 132 - Vergleichsmiete I [1974]
BVerfGE 38, 23 - Herausgeber der Deutschen National-Zeitung [1974]
BVerfGE 38, 105 - Rechtsbeistand [1974]
BVerfGE 38, 281 - Arbeitnehmerkammern [1974]
BVerfGE 38, 348 - Zweckentfremdung von Wohnraum [1975]
BVerfGE 38, 386 - Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern [1975]
BVerfGE 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I [1975]
BVerfGE 39, 169 - Hinterbliebenenrente [1975]
BVerfGE 39, 276 - ZVS [1975]
BVerfGE 39, 334 - Extremistenbeschluß [1975]
BVerfGE 40, 88 - Führerschein [1975]
BVerfGE 41, 29 - Simultanschule [1975]
BVerfG, **NJW**, 1976, pp. 141-142 - Verfassungsmäßigkeit der landesrechtlich angeordneten Genehmigungspflicht für die Teilung eines Baugrundstücks
BVerfGE 41, 246 - Baader-Meinhof [1976]
BVerfGE 41, 251 - Speyer-Kolleg [1976]
BVerfGE 41, 291 - Strukturförderung [1976]
BVerfGE 42, 143 - Deutschland-Magazin [1976]
BVerfGE 42, 163 - Herabsetzende Werturteile [1976]
BVerfG, **NJW**, 1977, pp. 1279-1281 - Unzulässigkeit der Überlegungsfrist und der Nachbesteuerung bis zum Jahresende bei Kirchenaustritt
BVerfGE 43, 242 - Universitätsgesetz Hamburg [1977]
BVerfGE 44, 353 - Durchsuchung Drogenberatungsstelle [1977]
BVerfGE 46, 160 - Schleyer [1977]
BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]
BVerfGE 45, 297 - Öffentliche Last [1977]
BVerfGE 45, 400 - Oberstufenreform [1977]
BVerfGE 46, 325 - Zwangsversteigerung II [1977]
BVerfGE 47, 46 - Sexualkundeunterricht [1977]
BVerfGE 47, 198 - Wahlwerbesendungen [1978]
BVerfGE 48, 127 - Wehrpflichtnovelle [1978]
BVerfGE 49, 24 - Kontaktsperre-Gesetz [1978]
BVerfGE 49, 89 - Kalkar I [1978]
BVerfGE 49, 220 - Zwangsversteigerung III [1978]
BVerfGE 49, 244 - Vergleichsmiete II [1978]
BVerfGE 49, 260 - Ortszuschlag bei Geschiedenen [1978];
BVerfGE 50, 166 - Ausweisung I [1979]
BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung [1979]
BVerfGE 51, 97 - Zwangsvollstreckung I [1979]
BVerfGE 51, 193 - Schloßberg [1979]
BVerfGE 52, 1 - Kleingarten [1979]
BVerfGE 52, 223 - Schulgebet [1979]
BVerfGE 52, 380 - Schweigender Prüfling [1979]
BVerfGE 53, 30 - Mülheim-Kärlich [1979]
BVerfGE 53, 135 - Schokoladenosterhase [1980]
BVerfGE 53, 224 - Ehescheidung [1980]
BVerfGE 53, 257 - Versorgungsausgleich I [1980]
BVerfGE 54, 129 - Kunstkritik [1980]
BVerfGE 54, 143 - Taubenfütterungsverbot [1980]

BVerfGE 54, 148 - Eppler [1980]
BVerfGE 54, 341 - Wirtschafts asyl [1980].
BVerfGE 55, 159 - Falknerjagdschein [1980]
BVerfGE 55, 274 - Berufsausbildungsabgabe [1980]
BVerfG, **NJW**, 1981, pp. 1201-1204 - Elterliches Sorgerecht bei nichtehelichen Kindern
BVerfGE 56, 54 - Fluglärm [1981]
BVerfGE 57, 220 - Bethel [1981]
BVerfGE 57, 295 - 3. Rundfunkentscheidung [1981]
BVerfGE 58, 233 - Deutscher Arbeitnehmerverband [1981]
BVerfGE 58, 300 - Naßauskiesung [1981]
BVerfGE 59, 128 - Bekenntnis zum deutschen Volkstum [1981]
BVerfG, **NJW**, 1982, pp. 817-818 - Kein Wahlrecht für Bedienstete der Europäischen Gemeinschaften
BVerfG, **NJW**, 1982, pp. 1276-1277 - Schutzhelmpflicht für Kraftradfahrer
BVerfGE 59, 231 - Freie Mitarbeiter [1982]
BVerfGE 59, 360 - Schülerberater [1981]
BVerfGE 60, 253 - Anwaltsverschulden [1982]
BVerfGE 61, 1 - Wahlkampf/'CSU : NPD Europas' [1982]
BVerfGE 61, 149 - Amtshaftung [1982]
BVerfGE 62, 1 - Bundestagsauflösung I [1983]
BVerfGE 62, 230 - Boykottaufruf [1982]
BVerfGE 63, 131 - Gegendarstellung [1983]
BVerfGE 65, 1 - Volkszählung [1983]
BVerfG, **NJW**, 1984, pp. 1293-1295 - Auslieferung des "Sprayers von Zürich" an die Schweiz
BVerfGE 66, 116 - Springer/Wallraff [1984]
BVerfGE 67, 100 - Flick-Untersuchungsausschuß [1984]
BVerfGE 67, 157 - G 10 [1984]
BVerfGE 67, 213 - Anachronistischer Zug [1984]
BVerfGE 68, 193 - Zahntechniker-Innungen [1984]
BVerfGE 69, 1 - Kriegsdienstverweigerung II [1985]
BVerfGE 69, 209 - Steuerberaterprüfung [1985]
BVerfGE 69, 315 - Brokdorf [1985]
BVerfGE 70, 191 - Fischereibezirke [1985]
BVerfGE 70, 297 - Fortdauer der Unterbringung [1985]
BVerfGE 70, 324 - Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste [1986]
BVerfGE 71, 39 - Ehegattenbezogener Ortszuschlag [1985]
BVerfG, **NJW**, 1986, pp. 1859-1861 - Keine unbegrenzten Verbindlichkeiten zu Lasten minderjähriger Kinder
BVerfGE 72, 122 - Minderjährigenbeschwerde [1986]
BVerfGE 73, 40 - 3. Parteispenden-Urteil [1986]
BVerfGE 73, 118 - 4. Rundfunkentscheidung [1986]
BVerfGE 73, 261 - Sozialplan [1986]
BVerfGE 74, 297 - 5. Rundfunkentscheidung [1987]
BVerfGE 75, 40 - Privatschulfinanzierung I [1987]
BVerfGE 75, 369 - Strauß-Karikatur [1987]
BVerfGE 76, 1 - Familiennachzug [1987]
BVerfGE 76, 256 - Beamtenversorgung [1987]
BVerfGE 77, 1 - Neue Heimat [1987]
BVerfGE 77, 84 - Arbeitnehmerüberlassung [1987]
BVerfGE 77, 170 - Lagerung chemischer Waffen [1987]
BVerfGE 77, 240 - Herrnburger Bericht [1987]
BVerfGE 78, 38 - Gemeinsamer Familienname [1988]
BVerfGE 79, 106 - Hinterbliebenenversorgung [1988]
BVerfGE 79, 174 - Straßenverkehrslärm [1988]
BVerfG, **NJW**, 1989, pp. 93-94 - Allgemeinpolitische Äußerungen von Beamten und Richtern
BVerfG, **NVwZ**, 1989, pp. 951-952 - Räumliche Beschränkung des Aufenthalts von Asylbewerbern

BVerfGE 80, 124 - Postzeitungsdienst [1989]
BVerfGE 80, 137 - Reiten im Walde [1989]
BVerfGE 80, 244 - Vereinsverbot [1989]
BVerfGE 80, 367 - Tagebuch [1989]
BVerfGE 81, 70 - Rückkehrgebot für Mietwagen [1989]
BVerfGE 81, 278 - Bundesflagge [1990]
BVerfGE 81, 298 - Nationalhymne [1990]
BVerfG, **NJW**, 1990, pp. 1593-1595 - Anwendung der §§ 569a, 569b BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften
BVerfG, **NVwZ**, 1990, pp. 453-455 - Asylerberheblichkeit von Folter
BVerfGE 82, 60 - Steuerfreies Existenzminimum [1990]
BVerfGE 82, 272 - Postmortale Schmähkritik [1990]
BVerfG, **BeckRS**, 1990, 7009 - Vogt
BVerfGE 83, 37 - Ausländerwahlrecht I [1990]
BVerfGE 83, 89 - 100%-Grenze [1990]
BVerfGE 83, 130 - Josefine Mutzenbacher [1990]
BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 689-690 - Ausschluss vom Wahlrecht
BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 1475-1477 - Unterlassung herabsetzender Äußerungen
BVerfG, **NJW**, 1991, pp. 1477-1478 - Tragen von Ohrschmuck zur Dienstkleidung
BVerfGE 83, 341 - Bahá'í [1991]
BVerfGE 84, 34 - Gerichtliche Prüfungskontrolle [1991]
BVerfGE 84, 133 - Warteschleife [1991]
BVerfGE 84, 212 - Aussperrung [1991]
BVerfGE 84, 239 - Kapitalertragssteuer [1991]
BVerfGE 85, 69 - Eilversammlungen [1991]
BVerfGE 85, 386 - Fangschaltungen [1992]
BVerfGE 86, 1 - TITANIC/'geb. Mörder' [1992]
BVerfGE 86, 288 - Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe [1992]
BVerfGE 87, 1 - Trümmerfrauen [1992]
BVerfGE 87, 153 - Grundfreibetrag [1992]
BVerfGE 87, 209 - Tanz der Teufel [1992]
BVerfG, **NJW**, 1993, pp. 3058-3059 - Kein Recht auf Eheschließung für gleichgeschlechtliche Partner
BVerfG, **NJW**, 1993, pp. 321-322 - Einziehung von Elfenbein im selbständigen Verfahren
BVerfGE 88, 103 - Streikeinsatz von Beamten [1993]
BVerfGE 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II [1993]
BVerfGE 89, 1 - Besitzrecht des Mieters [1993]
BVerfGE 89, 214 - Bürgschaftsverträge [1993]
BVerfGE 90, 107 - Waldorfschule/Bayern [1994]
BVerfGE 90, 145 - Cannabis [1994]
BVerfG, 1 BvR 351/91, Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 1994
BVerfGE 92, 26 - Zweitregister [1995]
BVerfGE 92, 277 - DDR-Spione [1995]
BVerfGE 92, 365 - Kurzarbeitergeld [1995]
BVerfGE 93, 1 - Kruzifix [1995]
BVerfGE 93, 165 [1995]
BVerfGE 93, 266 - 'Soldaten sind Mörder' [1995]
BVerfGE 93, 352 - Mitgliederwerbung II [1995]
BVerfGE 94, 268 - Wissenschaftliches Personal [1996]
BVerfGE 95, 193 - DDR-Hochschullehrer [1997]
BVerfGE 95, 267 - Altschulden [1997]
BVerfG, **NJW**, 1998, p. 598 - Notwendige Auslagen im verfassungsgerichtlichen Verfahren
BVerfG, **NJW**, 1998, pp. 3042-3046, s. 3043 - Überprüfung von Bundestagsabgeordneten auf Stasi-Tätigkeit
BVerfGE 97, 125 - Caroline von Monaco I [1998]
BVerfGE 97, 169 - Kleinbetriebsklausel I [1998]
BVerfGE 97, 228 - Kurzberichterstattung [1998]

BVerfGE 97, 332 - Kindergartenbeiträge [1998]
BVerfG, 2 BvR 2555/96, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 04. Mai 1998
BVerfGE 99, 185 - Scientology [1998]
BVerfGE 99, 216 - Familienlastenausgleich II [1998]
BVerfG, **NJW**, 1999, pp. 631-634 - Berücksichtigung des Kindeswohls bei gegenläufigen Kindesentführungen
BVerfGE 99, 341 - Testierausschluß Taubstummer [1999]
BVerfGE 100, 214 - Gewerkschaftsausschluß [1999]
BVerfGE 100, 226 - Denkmalschutz [1999]
BVerfGE 100, 271 - Lohnabstandsklausel [1999]
BVerfGE 100, 313 - Telekommunikationsüberwachung I [1999]
BVerfGE 101, 1 - Hennenhaltungsverordnung [1999]
BVerfGE 102, 197 - Spielbankengesetz Baden-Württemberg [2000]
BVerfGE 102, 254 - EALG [2000]
BVerfG, **NJW**, 2001, pp. 2617-2619 - Pflichtmitgliedschaft in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden
BVerfG, 1 BvR 1759/91, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Januar 2001
BVerfGE 103, 89 - Unterhaltsverzichtsvertrag [2001]
BVerfGE 103, 293 - Urlaubsanrechnung [2001]
BVerfGE 103, 310 - DDR-Dienstzeiten [2001]
BVerfG, 1 BvQ 28/01, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Juli 2001
BVerfG, 1 BvR 1806/98, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 07. Dezember 2001
BVerfGE 104, 92 - Sitzblockaden III [2001]
BVerfGE 104, 337 - Schächten [2002]
BVerfGE 105, 73 - Pensionsbesteuerung [2002]
BVerfG, 1 BvR 1676/01, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Februar 2002
BVerfGE 105, 135 - Vermögensstrafe [2002]
BVerfGE 105, 252 - Glykol [2002]
BVerfGE 105, 279 - Osho [2002]
BVerfGE 105, 313 - Lebenspartnerschaftsgesetz [2002]
BVerfGE 106, 28 - Mithörrvorrichtung [2002]
BVerfGE 107, 27 - Doppelte Haushaltsführung [2002]
BVerfGE 107, 257 - Beamtenbesoldung Ost II [2003]
BVerfG, 2 BvR 709/99, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Februar 2003
BVerfGE 107, 104 - Anwesenheit im JGG-Verfahren [2003]
BVerfGE 107, 275 - Schockwerbung II [2003]
BVerfG, 2 BvR 2042/02, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 05. Mai 2003
BVerfGE 108, 282 - Kopftuch [2003]
BVerfG, 1 BvR 536/03, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 02. Oktober 2003
BVerfGE 109, 13 - Auslieferungslist [2003]
BVerfGE 109, 64 - Mutterschaftsgeld II [2003]
BVerfGE 109, 133 - Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]
BVerfGE 109, 279 - Großer Lauschangriff [2003]
BVerfGE 110, 141 - Kampfhunde [2004]
BVerfGE 110, 177 - Freizügigkeit von Spätaussiedlern [2004]
BVerfGE 110, 226 - Geldwäsche [2004]
BVerfGE 110, 370 - Klärschlamm [2004]
BVerfGE 111, 147 - Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]
BVerfGE 111, 191 - Notarkassen [2004]
BVerfG, 2 BvR 52/02, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08. Dezember 2004
BVerfGE 112, 268 - Kinderbetreuungskosten [2005]
BVerfGE 113, 29 - Anwaltsdaten [2005]
BVerfGE 113, 63 - Junge Freiheit [2005]
BVerfG, 2 BvR 625/01, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 02. Juni 2005
BVerfGE 113, 167 - Risikostrukturausgleich [2005]
BVerfGE 113, 348 - Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]

BVerfGE 114, 1 - Übertragung von Lebensversicherungsverträgen [2005]
BVerfGE 114, 258 - Versorgungsänderungsgesetz [2005]
BVerfGE 115, 25 - Gesetzliche Krankenversicherung [2005]
BVerfG, 1 BvR 756/96, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 09. Januar 2006
BVerfG, 2 BvR 1657/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Februar 2006
BVerfGE 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz [2006]
BVerfGE 115, 276 - Sportwetten [2006]
BVerfG, 1 BvR 2780/04, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 05. April 2006
BVerfGE 116, 69 - Jugendstrafvollzug [2006]
BVerfG, 2 BvR 1803/05, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. August 2006
BVerfGE 117, 71 - Strafrestaussatzung [2006]
BVerfGE 117, 126 - Hufbeschlaggesetz [2006]
BVerfG, 1 BvR 2084/05, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. Dezember 2006
BVerfG, 2 BvR 1188/05, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Januar 2007
BVerfG, 1 BvR 382/05, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 24. Januar 2007
BVerfG, 2 BvR 1743/06, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Januar 2007
BVerfG, NVwZ, 2007, pp. 574-575 - Verbot einer Demonstration an Heiligabend
BVerfG, NJW, 2007, pp. 3771-3774 - Voraussetzungen für eine Selbstentscheidung über Befangenheitsantrag im Zivilprozess
BVerfGE 117, 244 - CICERO [2007]
BVerfGE 117, 302 - Art. 19 Einigungsvertrag [2007]
BVerfGE 118, 212 - Revisionsgrenzen bei Rechtsfolgenzumessung [2007]
BVerfGE 119, 1 - Roman Esra [2007]
BVerfGE 119, 59 - Hufversorgung [2007]
BVerfG, 2 BvR 1121/06, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 28. September 2007
BVerfG, 2 BvR 1849/07, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. November 2007
BVerfG, NVwZ-RR, 2008, pp. 330-331 - Herabsetzende, unsachliche Kritik an Generalität der Bundeswehr durch Offizier
BVerfG, 2 BvR 4/05, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2008
BVerfG, 2 BvR 754/07, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2008
BVerfGE 120, 224 - Geschwisterbeischlaf [2008]
BVerfGE 120, 274 - Online-Durchsuchungen [2008]
BVerfG, 1 BvR 1620/04, Urteil des Ersten Senats vom 01. April 2008
BVerfGE 121, 69 - Elterliche Erziehungspflicht [2008]
BVerfG, 2 BvR 1081/07, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Mai 2008
BVerfGE 121, 317 - Rauchverbot in Gaststätten [2008]
BVerfG, 1 BvR 928/08, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14. Oktober 2008
BVerfGE 122, 89 - Wissenschaftsfreiheit in der Theologie [2008]
BVerfG, 2 BvR 380/08, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Dezember 2008
BVerfG, NJW, 2009, pp. 2033-2045 - Änderungen in der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung durch die Gesundheitsreform 2007
BVerfG, 1 BvR 2553/08, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 02. Februar 2009
BVerfG, 1 BvR 142/09, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Mai 2009
BVerfGE 123, 267 - Lissabon [2009]
BVerfG, 1 BvR 2275/07, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. September 2009
BVerfGE 124, 300 - Rudolf Heß Gedenkfeier [2009]
BVerfG, 1 BvR 2192/05, Beschluss des Ersten Senats vom 17. November 2009
BVerfG, 1 BvR 213/08, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24. November 2009
BVerfGE 125, 175 - Hartz IV [2010]
BVerfG, 2 BvR 2502/08, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18. Februar 2010
BVerfGE 125, 260 - Vorratsdatenspeicherung [2010]
BVerfGE 126, 1 - Fachhochschullehrer [2010]

BVerfGE 128, 226 - Fraport [2011]
BVerfGE 128, 326 - EGMR Sicherungsverwahrung [2011]
BVerfGE 129, 78 - Anwendungserweiterung [2011]
BVerfG, 2 BvR 979/10, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 25. Oktober 2011
BVerfGE 130, 151 - Zuordnung dynamischer IP-Adressen [2012]
BVerfGE 130, 372 [2012]
BVerfGE 132, 134 - Asylbewerberleistungsgesetz [2012]
BVerfGE 133, 59 - Sukzessivadoption [2013]
BVerfGE 134, 141 - Beobachtung von Abgeordneten [2013]
BVerfGE 134, 204 - Werkverwertungsverträge [2013]
BVerfG, 2 BvR 1561/12, Urteil des Zweiten Senats vom 28. Januar 2014
BVerfGE 135, 317 - ESM-Vertrag [2014]
BVerfG, 2 BvR 1139/12, Beschluss des Zweiten Senats vom 06. Mai 2014
BVerfG, 2 BvR 2699/10, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Juni 2014
BVerfGE 137, 34 - Existenzsichernder Regelbedarf [2014]
BVerfG, 2 BvR 1568/12, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 06. Oktober 2014
BVerfGE 138, 136 - Erbschaftsteuer [2014]
BVerfG, **NJW**, 2015, pp. 612-613 - Raucherclub
BVerfG, **NVwZ**, 2015, pp. 1361-1369 - Unzulässige Organklage gegen Mittelzuweisungen an Fraktionen, Abgeordnetenmitarbeiter und Parteistiftungen
BVerfGE 138, 296 - Kopftuch II [2015]
BVerfGE 139, 19 [2015]
BVerfG, 1 BvR 1288/14, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. Juni 2015
BVerfGE 140, 240 [2015]
BVerfGE 141, 143 - Akkreditierung von Studiengängen [2016]
BVerfGE 142, 74 - Sampling [2016]
BVerfG, 1 BvR 1705/15, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 06. Juli 2016
BVerfGE 142, 313 - Zwangsbehandlung [2016]
BVerfG, 1 BvR 354/11, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016
BVerfG, **NJW**, 2017, pp. 1295-1301 - Voraussetzungen der Rückführung eines Kindes aus der Pflegefamilie zu den leiblichen Eltern
BVerfGE 146, 71 - Tarifeinheitsgesetz [2017]
BVerfG, 1 BvR 97/14, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2018
BVerfG, 1 BvR 45/15, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. Mai 2018
BVerfG, **NJW**, 2018, pp. 2858-2860 - Verurteilung wegen Leugnung des nationalsozialistischen Völkermords
BVerfGE 148, 40 - Lebensmittelpranger [2018]
BVerfGE 148, 267 - Stadionverbot [2018]
BVerfGE 148, 296 - Streikverbot für Beamte [2018]
BVerfGE 149, 160 - Vereinsverbote [2018]
BVerfG, 2 BvR 1333/17, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020
BVerfG, 2 BvR 1763/16, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Januar 2020
BVerfGE 153, 1 - Kopftuch III [2020]
BVerfGE 153, 182 [2020]
BVerfGE 155, 119 - Bestandsdatenauskunft II [2020]
BVerfG, 1 BvR 1395/19, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. Dezember 2020
BVerfG, **NJW**, 2021, pp. 1939-1941 - Kein Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit bei Veränderung eines Grabmals
BVerfG, 1 BvR 526/19, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 05. Mai 2021
BVerfG, 1 BvR 781/21, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021
BVerfG, 2 BvR 2467/17, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Januar 2022
BVerfG, 1 BvR 1187/17, Beschluss des Ersten Senats vom 23. März 2022
BVerfG, 2 BvL 9/14, Beschluss des Zweiten Senats vom 28. Juni 2022

Alman Federal İdare Mahkemesi Kararları

BVerwG, **NJW**, 1954, pp. 525-526 - Enteignungsentschädigung, Rechtsweg

BVerwG, NJW, 1954, pp. 1054-1056 - Zulassung zum Droschkengewerbe
BVerwG, NJW, 1954, pp. 1661-1662 - Zulassung zum Droschkenverkehr
BVerwGE 1, 303 - "Sünderin"-Fall [1954]
BVerwG, NJW, 1955, pp. 1532-1534 - Zulassung von Rechtsbeiständen, Bedürfnisprüfung
BVerwG, NJW, 1955, pp. 1534-1535 - Zulassung von Prozeßagenten
BVerwG, BeckRS, 1955, 102301 - Freiheit der Berufswahl
BVerwG, NJW, 1956, pp. 196-197 – Einzelhandel
BVerwG, NJW, 1956, pp. 723-725 - Güterfernverkehr: numerus clausus
BVerwG, NJW, 1957, pp. 356-358 - Apothekenrecht, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung
BVerwG, NJW, 1957, pp. 474-475 - Ausnahme von der Milchablieferungspflicht
BVerwG, BeckRS, 1957, 102854 - Amtliche Begründung
BVerwG, NJW, 1958, pp. 563-564 - Bindung der Lastenausgleichsbehörden an die Vertriebenenausweise
BVerwG, VerwRspr, 1959, pp. 129-136
BVerwG, NJW, 1972, pp. 1726-1728 - Haar- und Barttracht des Bundeswehrsoldaten
BVerwG, BeckRS, 1972, 31328012 - Dienstliche Anordnungen
BVerwG, NJW, 1976, pp. 490-494 - Umfang und Begrenzung des Asylrechts
BVerwG, NJW, 1984, pp. 2112-2113 - Innere Begrenzung des Postgeheimnisses durch postbetriebliche Erfordernisse
BVerwG, NJW, 1990, pp. 2266-2268 - Tragen von Ohrschmuck bei männlichen Zollbeamten
BVerwGE 87, 37 - Warnung vor Glykolwein [1990]
BVerwG, NJW, 1992, pp. 2496-2500 - Förderung eines privaten Vereins zur Bekämpfung von "Jugendreligionen" oder "Jugendsekten" durch die Bundesregierung
BVerwG, NVwZ, 1996, pp. 474, s. 474 - Versetzung von Soldaten
BVerwG, BeckRS, 1998, 30038101 - Milch-Garantiemengen
BVerwG, NJW, 1999, pp. 304-305 - Verbot einer Theateraufführung
BVerwG, Anwaltsblatt 1999, 358-360
BVerwG, NVwZ-RR, 2007, pp. 781-784 - Haarlänge bei uniformierten Polizeibeamten

Alman Eyalet Yüksek Mahkemelerinin Kararları

BayVerfGH, VerwRspr, 1949, pp. 1-4
BayVerfGH, VerwRspr, 1957, pp. 129-147
BayVerfGH, VerwRspr, 1958, pp. 390-400
BayVerfGH, BeckRS, 1979, 1950 - Badeverbot und Untersagung des Befahrens der Osterseen
BayVerfGH, NJOZ, 2009, pp. 2540-2549 - Strafvollzugsgesetz
OLG Köln, NJW, 1970, pp. 1856-1857 - Recht zur Überwachung eines Fernsprechanchlusses
OVG Lüneburg, NVwZ, 1985, pp. 925-926 - Verbot einer nichtöffentlichen Versammlung
VGH Kassel, NJW, 1996, pp. 1164-1165 - Tragen eines sog. "Lagerfeld-Zopfes" durch Polizeibeamten

Alman Federal İş Mahkemesi Kararı

BAG, NJW, 1971, 1668 - Arbeitskampfmaßnahmen

Alman Federal Yüksek Mahkemesi Kararları

Hukuk

BGHZ 13, 334 - Veröffentlichung von Briefen

Ceza

BGHSt 4, 375 - Impfgesetz [1953]

BGH, NJW, 1984, pp. 1907-1909 - Kenntnis der Staatsanwaltschaft vom Verteidigungskonzept

Alman İmparatorluk Mahkemesi

Hukuk

RGZ 9, 232 - Gemeinheit. Deichrecht. Verfassung [1883]

RGZ 111, 320 - Aufwertungsgesetz [1925]
RGZ 112, 1 - Erlass von Rechtsverordnungen in Preußen [1925]
RGZ 117, 138 - Presse und Polizei [1927]
RGZ 126, 14 - Preußen. Selbstverwaltungsrecht. Eingemeindungen [1929]

Ceza

RGSt 56, 380 - Verjährung. Wahrnehmung berechtigter Interessen [1922]

Prusya Yüksek İdare Mahkemesi

PrOVGE 1, 375 - Nr. 56 [1876]

PrOVGE 27, 325 - Nr. 46 [1894]

Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Arthur J S Hall & Co v Simons [2002] 1 AC 615 (HL)
Beardsley v. City of Hartford, 50 Conn. 529, 47 Am. Rep. 677, 682 (1883)
Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises, 486 U.S. 888 (1988)
Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)
Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976)
Fox v. Snow, 76 A. 2d 877 (N.J. 1950)
Funk v. United States, 290 US 371 (1933)
Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)
International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee, 505 U.S. 672 (1992)
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)
Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)
Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957)
Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949)
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)
Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945)
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)
Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Kararları

R v Horncastle and others [2009] UKSC 14

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Kararı

S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] (3) SA 391

S v Manamela and Another (CCT25/99) [2000] (3) SA 1

Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı

Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, [1991] 1 S. C. R. 139

R. v. Askov [1990] 2 SCR 1199

R. v. Oakes [1986] 1 SCR 103

New York Yüksek Mahkemesi

Riggs v Palmer, 115 NY 506, (1889)

Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

Bireysel Başvuru Kararları

Abbas Demiroğlu Başvurusu, Baş. No. 2018/31300, Karar Tarihi 07.04.2021
Abdulhamit Babat Başvurusu, Baş. No. 2014/20400, Karar Tarihi 11.05.2017
Abdulkadir Akgün Başvurusu, Baş. No. 2015/19791, Karar Tarihi 20.03.2019
Abdullah Altun Başvurusu, Baş. No. 2014/2894, Karar Tarihi 17.07.2018
Abdullah Öcalan Başvurusu, Baş. No. 2013/409, GK Karar Tarihi 25.06.2014
Abdullah Tantaş ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/2739, GK Karar Tarihi 15.12.2021
Abdullah Yılmaz Başvurusu, Baş. No. 2018/33702, Karar Tarihi 15.03.2022

Abdulmenaf Osman Başvurusu, Baş. No. 2015/5483, Karar Tarihi 10.05.2018
Abdulahap Aydemir Başvurusu, Baş. No. 2018/14793, Karar Tarihi 11.05.2022
Abdurezzak Şimşek ve İhsan Kartal Başvurusu, Baş. No. 2017/20875, Karar Tarihi 24.06.2020
Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, Baş. No. 2014/3954, Karar Tarihi 15.02.2017
Adem Yıldırım ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/1332, Karar Tarihi 29.05.2019
Adem Yüksel Başvurusu, Baş. No. 2013/9045, GK Karar Tarihi 01.06.2016
Adnan İzgi Başvurusu, Baş. No. 2014/12920, Karar Tarihi 11.12.2018
Ahmet Acartürk, Baş. No. 2013/2084, Karar Tarihi 15.10.2015
Ahmet Aslan Başvurusu, Baş. No. 2021/23949, Karar Tarihi 06.10.2022
Ahmet Baş Başvurusu, Baş. No. 2019/42746, GK Karar Tarihi 17.05.2023
Ahmet Bölge Başvurusu, Baş. No. 2014/13133, Karar Tarihi 28.09.2016
Ahmet Çilgin Başvurusu, Baş. No. 2014/18849, Karar Tarihi 11.01.2017
Ahmet Devlethan Başvurusu, Baş. No. 2018/1772, Karar Tarihi 20.10.2021
Ahmet Gödeoğlu Başvurusu, Baş. No. 2018/28616, Karar Tarihi 17.11.2021
Ahmet Kağanarslan Başvurusu, Baş. No. 2017/25093, Karar Tarihi 10.03.2020
Ahmet Karakurt Başvurusu, Baş. No. 2017/4541, Karar Tarihi 11.12.2019
Ahmet Mustafa Başvurusu, Baş. No. 2017/21827, Karar Tarihi 15.01.2020
Ahmet Parmaksız Başvurusu, Baş. No. 2017/29263, GK Karar Tarihi 22.05.2019
Ahmet Raha Pakkan Başvurusu, Baş. No. 2014/17994, Karar Tarihi 10.01.2018
Ahmet Temiz Başvurusu, Baş. No. 2013/1822, Karar Tarihi 20.05.2015
Ahmet Temiz Başvurusu (5), Baş. No. 2013/8689, Karar Tarihi 10.03.2016
Ahmet Yağan ve Halid Aslan Başvurusu, Baş. No. 2018/6051, Karar Tarihi 16.12.2020
Aisulu Aldenova Başvurusu, Baş. No. 2018/10055, Karar Tarihi 16.03.2022
Akif İpek Başvurusu (2), Baş. No. 2013/9344, Karar Tarihi 30.03.2016
Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2017/36736, Karar Tarihi 19.09.2018
Aliğül Alkaya ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/1138, GK Karar Tarihi 27.10.2015
Ali Baz Kösmene Başvurusu, Baş. No. 2018/27144, Karar Tarihi 26.05.2022
Ali Gönül Başvurusu, Baş. No. 2014/9419, Karar Tarihi 17.11.2016
Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2015/17510, GK Karar Tarihi 18.10.2017
Ali Kemal Tekin Başvurusu, Baş. No. 2014/875, Karar Tarihi 02.02.2017
Ali Kuş Başvurusu, Baş. No. 2017/27822, GK Karar Tarihi 10.02.2022
Ali Öksüz Başvurusu, Baş. No. 2013/6385, Karar Tarihi 16.04.2016
Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/3924, GK Karar Tarihi 06.01.2015
Ali Tulumcu Başvurusu, Baş. No. 2017/18458, Karar Tarihi 10.02.2021
Ali Turhan Başvurusu, Baş. No. 2014/20484, Karar Tarihi 06.12.2017
Alpaslan Avcı Başvurusu, Baş. No. 2019/12075, Karar Tarihi 19.10.2022
Arif Ali Cangı Başvurusu, Baş. No. 2016/4060, GK Karar Tarihi 17.09.2020
Arif Güven Başvurusu, Baş. No. 2014/13966, Karar Tarihi 15.02.2017
Aslan Faruk Toprak Başvurusu, Baş. No. 2013/2957, Karar Tarihi 24.03.2016
Ata Türkeri Başvurusu, Baş. No. 2013/6057, Karar Tarihi 16.12.2015
Ayhan Orhanlı Başvurusu, Baş. No. 2019/7991, GK Karar Tarihi 23.02.2023
Ayla Demir İşat Başvurusu, Baş. No. 2018/24245, GK Karar Tarihi 08.10.2020
Aynur Özdemir ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/2453, Karar Tarihi 24.03.2016
Ayşe Çelik Başvurusu, Baş. No. 2017/36722, Karar Tarihi 09.05.2019
Ayşe Eşlik Başvurusu, Baş. No. 2014/15969, Karar Tarihi 21.06.2017
Aytuğ Atıcı Başvurusu, Baş. No. 2018/21055, Karar Tarihi 26.05.2021
A.B. ve B.B. Başvurusu, Baş. No. 2015/7161, Karar Tarihi 31.10.2018
A. N. A. Başvurusu, Baş. No. 2014/109, Karar Tarihi 20.09.201
A.S.Y. Başvurusu, Baş. No. 2015/4213, Karar Tarihi 15.11.2018
Bahadır Üney ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/4453, GK Karar Tarihi 10.03.2022
Baran Karadağ Başvurusu, Baş. No. 2014/12906, Karar Tarihi 07.05.2015
Barış İnan Başvurusu (2), Baş. No. 2018/38006, Karar Tarihi 17.11.2021
Bejdar Ro Amed Başvurusu, Baş. No. 2013/7363, Karar Tarihi 16.04.2015
Bekir Coşkun Başvurusu, Baş. No. 2014/12151, GK Karar Tarihi 04.06.2015
Bekir Sözen Başvurusu, Baş. No. 2016/14586, GK Karar Tarihi 10.11.2022
Beşir Doğan Başvurusu, Baş. No. 2013/2335, Karar Tarihi 15.12.2015

Bilal Celalettin Şaşmaz Başvurusu, Baş. No. 2019/20791, Karar Tarihi 18.10.2022
Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2015/18936, GK Karar Tarihi 22.05.2019
Birsen Berrak Tüzünataç Başvurusu, Baş. No. 2014/20364, Karar Tarihi 05.10.2017
Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2014/11028, GK Karar Tarihi 18.10.2017
Budo Çelik Başvurusu, Baş. No. 2013/3954, Karar Tarihi 26.02.2015
Burak Bıtırak Başvurusu, Baş. No. 2019/6672, Karar Tarihi 06.10.2021
Bülent Polat Başvurusu, Baş. No. 2013/7666, GK Karar Tarihi 10.12.2015
B.S. Başvurusu, Baş. No. 2015/8491, Karar Tarihi 18.07.2018
B.Y. ve Y.O.Y. Başvurusu, Baş. No. 2017/32942, Karar Tarihi 08.06.2021
Cemal Halis Başvurusu, Baş. No. 2014/118, Karar Tarihi 13.07.2016
Cemal Taluğ Başvurusu, Baş. No. 2018/34827, GK Karar Tarihi 10.02.2022
Cem Burak Karataş Başvurusu, Baş. No. 2014/19152, GK Karar Tarihi 18.10.2017
Cemile Ünlü Başvurusu, Baş. No. 2013/382, Karar Tarihi 16.04.2013
Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/293, Karar Tarihi 17.07.2014
Cevat Sargın ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2015/12766, Karar Tarihi 07.04.2021
Cevdet Bayır Başvurusu (2), Baş. No. 2014/11710, Karar Tarihi 22.11.2017
Cezair Akgül Başvurusu, Baş. No. 2014/10634, Karar Tarihi 26.10.2016
Cihan Tüzün ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2019/13258, GK Karar Tarihi 10.11.2013
Cihan Yeşil Başvurusu, Baş. No. 2013/8635, Karar Tarihi 06.05.2015
Cihat Özdemir Başvurusu, Baş. No. 2015/214, Karar Tarihi 09.05.2018
C.A. Başvurusu (3), Baş. No. 2018/10286, GK Karar Tarihi 02.07.2020
C.D. ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/989, Karar Tarihi 11.03.2021
Çağlar Karataş Başvurusu, Baş. No. 2016/431, Karar Tarihi 16.02.2017
Çetin Doğan Başvurusu (3), Baş. No. 2021/30714, GK Karar Tarihi 15.02.2023
Çevik Bir Başvurusu, Baş. No. 2021/31595, Karar Tarihi 19.07.2023
Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, Baş. No. 2014/5974, Karar Tarihi 26.12.2017
Deniz Gebeş Başvurusu, Baş. No. 2014/12862, Karar Tarihi 13.07.2016
Devran Duran Başvurusu, Baş. No. 2014/10405, Karar Tarihi 25.05.2017
Devrim Alyüz Başvurusu, Baş. No. 2017/40383, Karar Tarihi 16.09.2020
Dijvar Nesri İsmail Başvurusu, Baş. No. 2016/14663, Karar Tarihi 18.04.2019
Dilan Ögüz Canan Başvurusu, Baş. No. 2014/20411, GK Karar Tarihi 30.11.2017
Diyadin Akdemir Başvurusu, Baş. No. 2015/9562, Karar Tarihi 04.04.2018
Durmuş Fikri Sağlar Başvurusu (2), Baş. No. 2017/29735, GK Karar Tarihi 17.03.2021
D. Ö. Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1291, GK Karar Tarihi 13.10.2016
Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/920, GK Karar Tarihi 25.05.2017
Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu Başvurusu, Baş. No. 2013/3711, Karar Tarihi 07.01.2016
Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/3667, Karar Tarihi 10.06.2015
Emin Acar Başvurusu, Baş. No. 2014/333, Karar Tarihi 04.10.2017
Emin Arda Büyük Başvurusu, Baş. No. 2017/28079, GK Karar Tarihi 02.07.2020
Emin Aydın Başvurusu, Baş. No. 2013/2602, Karar Tarihi 23.01.2014
Emine Demir Özden Başvurusu, Baş. No. 2014/13769, Karar Tarihi 22.11.2017
Ender Ergün Başvurusu, Baş. No. 2016/1849, Karar Tarihi 19.11.2019
Enis Aras Başvurusu, Baş. No. 2018/36485, GK Karar Tarihi 14.12.2022
Erdem Gül ve Can Dünder Başvurusu, Baş. No. 2015/18567, GK Karar Tarihi 25.02.2016
Ergin Atabey Başvurusu, Baş. No. 2013/8777, Karar Tarihi 16.12.2015
Erhun Öksüz Başvurusu, Baş. No. 2014/12777, GK Karar Tarihi 13.10.2016
Erol Aydeğer Başvurusu, Baş. No. 2013/4784, Karar Tarihi 07.03.2014
Esra Nur Özbey Başvurusu, Baş. No. 2013/7443, Karar Tarihi 20.05.2015
Eşref Turunç Başvurusu, Baş. No. 2014/5963, Karar Tarihi 20.09.2017
Eyyüp Baran Başvurusu, Baş. No. 2014/8060, Karar Tarihi 29.09.2016
E. G. Başvurusu, Baş. No. 2014/12428, GK Karar Tarihi 13.10.2016
Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirket Başvurusu, Baş. No. 2014/3905, Karar Tarihi 19.04.2017

Faruk Yaşar Başvurusu, Baş. No. 2018/15122, Karar Tarihi 22.02.2022
Fatih Ekinci Başvurusu, Baş. No. 2017/27975, Karar Tarihi 13.04.2022
Fatih Taş Başvurusu, Baş. No. 2013/1461, GK Karar Tarihi 12.11.2014
Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu, Baş. No. 2014/5167, Karar Tarihi 28.09.2016
Fatma Çilali Başvurusu, Baş. No. 2018/26394, Karar Tarihi 30.06.2021
Fatma Eladırsın Başvurusu, Baş. No. 2018/16483, Karar Tarihi 14.09.2021
Faysal Sarıyıldız Başvurusu, Baş. No. 2014/9, Karar Tarihi 03.01.2014
Ferda Yeşiltepe Başvurusu, Baş. No. 2014/7621, GK Karar Tarihi 25.07.2017
Ferhat Fışkın ve Mehmet Ali Altıntaş Başvurusu, Baş. No. 2018/22664, Karar Tarihi 12.04.2023
Feride Gökvardar Başvurusu, Baş. No. 2016/72747, Karar Tarihi 02.12.2020
Feridun Çalışkan ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2017/32275, Karar Tarihi 16.09.2020
Feridun Gülmez Başvurusu, Baş. No. 2014/11451, Karar Tarihi 19.07.2017
Feriha Şencan ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2017/28732, Karar Tarihi 29.01.2020
Fetullah Gülen Başvurusu, Baş. No. 2014/12225, GK Karar Tarihi 14.07.2015
Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2016/39759, Karar Tarihi 30.03.2022
Fikriye Aytin ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/6154, Karar Tarihi 11.12.2014
Furkan Omurtag Başvurusu, Baş. No. 2014/18179, Karar Tarihi 25.10.2017
F.A. ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2016/1640, Karar Tarihi 11.03.2020
F. N. G. Başvurusu, Baş. No. 2014/11928, Karar Tarihi 21.06.2017
Gemak Gemi İnşaat Sanayi ve Ticaret A. Ş. Başvurusu (2), Baş. No. 2020/11509, GK Karar Tarihi 29.02.2024
Gencebay Keleş ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/3465, Karar Tarihi 10.12.2019
Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2012/13, Karar Tarihi 02.07.2013
Gülbu Özgüler Başvurusu, Baş. No. 2013/7979, GK Karar Tarihi 11.11.2015
Gülhan Şimşek Başvurusu, Baş. No. 2019/655, GK Karar Tarihi 28.03.2024
Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2017/15845, GK Karar Tarihi 21.01.2021
Güllü Alğan Başvurusu, Baş. No. 2016/6425, Karar Tarihi 24.10.2019
Gülser Yıldırım Başvurusu, Baş. No. 2013/9894, Karar Tarihi 02.01.2014
Gülsim Genç Başvurusu, Baş. No. 2013/4439, Karar Tarihi 06.03.2014
Gültekin Avcı Başvurusu, Baş. No. 2015/17921, Karar Tarihi 10.01.2019
Güzide Defne Samyeli Başvurusu, Baş. No. 2014/4399, Karar Tarihi 21.09.2016
G.G. Başvurusu, Baş. No. 2018/9416, Karar Tarihi 09.06.2021
Hacer Kahraman Başvurusu, Baş. No. 2013/7935, Karar Tarihi 20.04.2016
Hacı Boğatekin Başvurusu (6), Baş. No. 2020/3630, Karar Tarihi 19.10.2022
Hafize Şükran İçten ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/5018, Karar Tarihi 23.03.2016
Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven Başvurusu, Baş. No. 2018/1567, GK Karar Tarihi 10.02.2022
Hakan Aygün Başvurusu, Baş. No. 2020/13412, Karar Tarihi 12.01.2021
Hakan Erdoğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9481, Karar Tarihi 24.03.2016
Hakan Olğun Başvurusu (2), Baş. No. 2014/15588, Karar Tarihi 25.01.2018
Hakkı Gök Başvurusu, Baş. No. 2017/33469, Karar Tarihi 03.11.2022
Halas Aslan Başvurusu, Baş. No. 2014/4994, Karar Tarihi 16.02.2017
Haluk Öktem Başvurusu, Baş. No. 2014/13433, GK Karar Tarihi 13.10.2016
Haluk Özdoğan Başvurusu, Baş. No. 2018/1340, Karar Tarihi 03.04.2019
Hamdi Akın İpek Başvurusu, Baş. No. 2015/17763, Karar Tarihi 24.05.2018
Hanife Ensaroğlu Başvurusu, Baş. No. 2014/14195, Karar Tarihi 20.09.2017
Hasan Güngör Başvurusu, Baş. No. 2013/6152, Karar Tarihi 24.02.2016
Hasan İşten Başvurusu, Baş. No. 2015/1950, Karar Tarihi 22.02.2018
Hasan Mor Başvurusu, Baş. No. 2019/20996, Karar Tarihi 25.05.2022
Hasan Özkuş Başvurusu, Baş. No. 2014/11094, Karar Tarihi 16.02.2017
Hasan Polat Başvurusu (2), Baş. No. 2015/18879, Karar Tarihi 23.05.2018
Hasan Şahingöz Başvurusu, Baş. No. 2016/4878, Karar Tarihi 04.04.2019
Hasan Tarık Karagöz Başvurusu, Baş. No. 2013/1550, Karar Tarihi 24.03.2016
Hayati Deniz Kaytan Başvurusu (3), Baş. No. 2017/23360, Karar Tarihi 10.03.2020
Hayati Kaytan Başvurusu (2), Baş. No. 2015/17604, Karar Tarihi 19.09.2018

Hayriye Özdemir Başvurusu, Baş. No. 2013/3434, Karar Tarihi 25.06.2015
Hikmet Balabanoğlu Başvurusu, Baş. No. 2012/1334, Karar Tarihi 17.09.2013
Hurşit Çetin Başvurusu, Baş. No. 2013/2610, Karar Tarihi 06.10.2015
Hurşit Çetin Başvurusu (2), Baş. No. 2017/30716, Karar Tarihi 11.03.2020
Hüseyin Demirdizen Başvurusu, Baş. No. 2014/11286, Baş. No. 2014/11286, Karar Tarihi 21.09.2016
Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu, Baş. No. 2014/15345, GK Karar Tarihi 07.04.2022
Hüseyin Ercan Başvurusu, Baş. No. 2018/11352, Karar Tarihi 08.09.2021
Hüseyin Kesici Başvurusu, Baş. No. 2013/3440, Karar Tarihi 20.04.2016
Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, Baş. No. 2013/2166, Karar Tarihi 25.06.2015
Hüseyin Yelkenci Başvurusu, Baş. No. 2013/9706, Karar Tarihi 10.03.2016
H.K. Başvurusu, Baş. No. 2015/16792, Karar Tarihi 03.07.2018
H.Y. Başvurusu, Baş. No. 2014/1206, Karar Tarihi 17.11.2016
İbrahim Ayhan Başvurusu, Baş. No. 2013/9895, Karar Tarihi 02.01.2014
İbrahim Er ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2019/33281, GK Karar Tarihi 26.01.2023
İbrahim Kaptan (2), Baş. No. 2017/30723, Karar Tarihi 12.09.2018
İbrahim Kızılkaya Başvurusu, Baş. No. 2014/2517, Karar Tarihi 05.04.2017
İbrahim Tikan Başvurusu, Baş. No. 2017/39417, Karar Tarihi 13.10.2020
İbrahim Topcu Başvurusu, Baş. No. 2014/1295, Karar Tarihi 23.03.2017
İbrahim Uysal Başvurusu, Baş. No. 2014/1711, Karar Tarihi 23.07.2014
İhsan Asutay Başvurusu, Baş. No. 2012/606, Karar Tarihi 20.02.2014
İlhan Cihaner Başvurusu (2), Baş. No. 2013/5574, Karar Tarihi 30.06.2014
İlknur Yüksel Başvurusu, Baş. No. 2014/7738, Karar Tarihi, 13.07.2016
İrfan Sancı Başvurusu, Baş. No. 2014/20168, Karar Tarihi 26.10.2017
İrfan Sancı Başvurusu (2), Baş. No. 2018/5652, Karar Tarihi 30.03.2022
İsmail Akçayoğlu Başvurusu, Baş. No. 2014/1950, Karar Tarihi 13.09.2017
İsmail Arpacı Başvurusu (3), Baş. No. 2017/30417, Karar Tarihi 13.01.2021
İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/7197, Karar Tarihi 08.09.2015
İsmail Ediş Başvurusu, Baş. No. 2012/354, Karar Tarihi 31.12.2014
İsmet Özdemir Başvurusu, Baş. No. 2015/18466, Karar Tarihi 12.09.2019
İsmail Tuncel Başvurusu, Baş. No. 2019/9609, GK Karar Tarihi 21.12.2023
İ.B. Başvurusu, Baş. No. 2015/5085, Karar Tarihi 11.10.2018
İ. F. A. Başvurusu, Baş. No. 2013/8564, Karar Tarihi 17.02.2016
Kadir Sağdıç Başvurusu, Baş. No. 2013/6617, GK Karar Tarihi 08.04.2015
Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2), Baş. No. 2018/30030, GK Karar Tarihi 17.09.2020
Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (3), Baş. No. 2020/32949, GK Karar Tarihi 21.01.2021
Kamuran Reşit Bekir Başvurusu (4), Baş. No. 2013/7644, Karar Tarihi 20.04.2016
Kamuran Reşit Bekir Başvurusu (8), Baş. No. 2015/4503, Karar Tarihi 12.06.2018
Kamuran Reşit Bekir Başvurusu (9), Baş. No. 2015/4505, Karar Tarihi 03.07.2018
Kamuran Reşit Bekir Başvurusu (10), Baş. No. 2015/13924, Karar Tarihi 03.07.2018
KAOS GL Derneği Başvurusu, Baş. No. 2014/18891, Karar Tarihi 23.05.2018
KAOS GL Derneği Başvurusu (3), Baş. No. 2016/11193, GK Karar Tarihi 20.10.2022
KAOS GL Derneği Başvurusu (4), Baş. No. 2018/20035, GK Karar Tarihi 20.10.2022
Kasım Biner Başvurusu, Baş. No. 2014/11399, Karar Tarihi 22.11.2017
Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu, Baş. No. 2014/85, Karar Tarihi 03.01.2014
Kemal Baytaş Başvurusu, Baş. No. 2016/1314, Karar Tarihi 04.07.2019
Kemal Gözler Başvurusu, Baş. No. 2014/5232, Karar Tarihi 19.04.2018
Kemal Gözler Başvurusu (2), Baş. No. 2015/5612, Karar Tarihi 10.12.2019
Keser Altıntaş Başvurusu, Baş. No. 2023/18536, GK Karar Tarihi 25.07.2023
Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Baş. No. 2014/12166, GK Karar Tarihi 02.07.2015
Kürşat Eyol Başvurusu, Baş. No. 2012/665, Karar Tarihi 13.06.2013
K.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1614, Karar Tarihi 03.04.2014
K. Ü. Başvurusu, Baş. No. 2014/15792, GK Karar Tarihi 13.10.2016
K. V. Başvurusu, Baş. 2014/2293, GK Karar Tarihi 01.12.2016
Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu, Baş. No. 2014/17354, GK Karar Tarihi 22.05.2019
Leyla Güven Başvurusu, Baş. No. 2018/26689, GK Karar Tarihi 07.04.2022

Mahfuz Karaaslan Başvurusu, Baş. No. 2019/26363, Karar Tarihi 27.02.2024
Mahmut Oğuz Başvurusu, Baş. No. 2014/13516, Karar Tarihi 11.12.2018
Mahmut Üçüncü Başvurusu, Baş. No. 2014/1017, Karar Tarihi 13.07.2016
Marcus Frank Cerny Başvurusu, Baş. No. 2013/5126, GK Karar Tarihi 02.07.2015
Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/2623, GK Karar Tarihi 11.11.2015
Medya İzmir Basın Yayın Rek. San. ve Tic. A. Ş. Başvurusu, Baş. No. 2015/7019, Karar Tarihi 08.02.2018
Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/817, Karar Tarihi 19.12.2013
Mehmet Aksoy Başvurusu, Baş. No. 2014/5433, GK Karar Tarihi 11.07.2019
Mehmet Ali Aydın Başvurusu, Baş. No. 2013/9343, GK Karar Tarihi 04.06.2015
Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/16482, GK Karar Tarihi 17.01.2019
Mehmet Ali Gündoğdu ve Mustafa Demirsoy Başvurusu, Baş. No. 2015/8147, Karar Tarihi 08.05.2019
Muhammet Ali Tuluk ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/568, Karar Tarihi 03.04.2019
Mehmet Aksoy Başvurusu, Baş. No. 2014/5433, GK Karar Tarihi 11.07.2019
Mehmet Ayata Başvurusu, Baş. No. 2013/2920, Karar Tarihi 07.07.2015
Mehmet Aytac Başvurusu, Baş. No. 2017/26514, Karar Tarihi 11.02.2021
Mehmet Baransu Başvurusu (3), Baş. No. 2016/11380, Karar Tarihi 26.12.2018
Mehmet Çakır Başvurusu, Baş. No. 2014/5121, Karar Tarihi 16.02.2017
Mehmet Çelebi Çalan Başvurusu (2), Baş. No. 2014/5674, Karar Tarihi 08.06.2017
Mehmet Çelebi Çalan Başvurusu (6), Baş. No. 2016/14536, Karar Tarihi 10.12.2019
Mehmet Kurt Başvurusu, Baş. No. 2018/25907, Karar Tarihi 19.10.2021
Mehmet Nuri Özen Başvurusu, Baş. No. 2017/21128, Karar Tarihi 11.03.2020
Mehmet Ölmez Başvurusu, Baş. No. 2014/19800, Karar Tarihi 10.01.2019
Mehmet Reşit Arslan Başvurusu, Baş. No. 2013/750, Karar Tarihi 15.12.2015
Mehmet Sabri Gül Başvurusu, Baş. No. 2015/4248, Karar Tarihi 16.01.2020
Mehmet Selim Erdal Başvurusu, Baş. No. 2019/11893, Karar Tarihi 02.03.2022
Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, Baş. No. 2013/4708, Karar Tarihi 20.04.2016
Mehmet Ziyat Özdemir Başvurusu, Baş. No. 2014/13899, Karar Tarihi 12.06.2018
Meltem Sukan Başvurusu, Baş. No. 2013/9459, Karar Tarihi 21.04.2016
Mehmet Veysi Danış Başvurusu, Baş. No. 2015/2103, Karar Tarihi 03.07.2018
Mert Ünal Başvurusu, Baş. No. 2015/226, Karar Tarihi 12.12.2018
Metin Hoplar Başvurusu, Baş. No. 2018/5816, Karar Tarihi 08.06.2021
Metin Yamalak Başvurusu (3), Baş. No. 2015/7131, Karar Tarihi 18.04.2018
Mısra Öz ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2019/17966, Karar Tarihi 03.05.2023
Mohamed Kashet ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2015/17659, GK Karar Tarihi 20.06.2019
Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Baş. No. 2014/4077, Karar Tarihi 29.06.2016
Muhittin Pirinçcioğlu Başvurusu (2), Baş. No. 2015/16260, Karar Tarihi 27.06.2018
Murat Atılğan Başvurusu, Baş. No. 2013/9047, Karar Tarihi 07.05.2015
Murat Deniz Başvurusu, Baş. No. 2014/5318, Karar Tarihi 21.09.2016
Murat Karataş Başvurusu, Baş. No. 2014/9462, Karar Tarihi 15.02.2017
Murat Karayel Başvurusu (3), Baş. No. 2013/5444, Karar Tarihi 06.01.2016
Murat Karayel Başvurusu (5), Baş. No. 2013/6223, Karar Tarihi 07.01.2016
Murat Kaymaz Başvurusu, Baş. No. 2013/9689, Karar Tarihi 31.03.2016
Murat Narman Başvurusu, Baş. No. 2012/1137, Karar Tarihi 02.07.2013
Murat Türk Başvurusu (3), Baş. No. 2014/19248, Karar Tarihi 05.04.2017
Murat Türk Başvurusu (6), Baş. No. 2014/15514, Karar Tarihi 09.01.2019
Musa Şanak Başvurusu, Baş. No. 2015/15698, Karar Tarihi 04.07.2018
Musa Şanak Başvurusu (2), Baş. No. 2015/14846, Karar Tarihi 26.12.2018
Mustafa Akıcioğlu Başvurusu, Baş. No. 2018/2513, Karar Tarihi 11.05.2022
Mustafa Ali Balbay Başvurusu, Baş. No. 2012/1272, Karar Tarihi 04.12.2013
Mustafa Berberoğlu Başvurusu, Baş. No. 2015/3324, Karar Tarihi 26.02.2020
Mustafa Kıvrak Başvurusu, Baş. No. 2013/3175, Karar Tarihi 20.02.2014
Mutia Canan Karatay Başvurusu (2), Baş. No. 2018/6707, Karar Tarihi 31.03.2022
Müjdat Gürbüz Başvurusu, Baş. No. 2017/36529, Karar Tarihi 23.05.2018
Mürsel Polat ve Nuriye Artuç Başvurusu, Baş. No. 2014/2470, Karar Tarihi 25.10.2017

M. A. K. Başvurusu, Baş. No. 2014/12591, Karar Tarihi 16.02.2017
M.I. Başvurusu, Baş. No. 2012/1268, Karar Tarihi 30.12.2014
M.I.I. Başvurusu, Baş. No. 2020/7518, GK Karar Tarihi 12.10.2023
M.O. Başvurusu, Baş. No. 2016/11733, Karar Tarihi 15.01.2020
M.Ö.A. Başvurusu, Baş. No. 2019/208, Karar Tarihi 23.05.2023
M.S.D. ve S.Ç.A. Başvurusu, Baş. No. 2017/37439, Karar Tarihi 13.04.2021
Nagihan Beken Başvurusu, Baş. No. 2014/9998, Karar Tarihi 12.07.2016
Naif Bal Başvurusu, Baş. No. 2015/17982, Karar Tarihi 20.09.2018
Nasraddin Oral ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2017/32915, Karar Tarihi 11.01.2023
Nasrullah Kuran Başvurusu (4), Baş. No. 2015/14245, Karar Tarihi 11.09.2019
Nazmi Karaca Başvurusu, Baş. No. 2018/15192, Karar Tarihi 10.05.2022
Necdet Çetinkaya Başvurusu, Baş. No. 2013/7725, Karar Tarihi 24.03.2016
Nejla Demirci Başvurusu, Baş. No. 2019/25823, Karar Tarihi 30.03.2022
Neriman Polat Başvurusu, Baş. No. 2012/1223, Karar Tarihi 05.11.2014
Nesrin Köksal Başvurusu, Baş. No. 2018/26241, Karar Tarihi 23.02.2022
Nevruz Bozkurt Başvurusu, Baş. No. 2013/664, Karar Tarihi 17.09.2013
Nurcan Yolcu Başvurusu, Baş. No. 2013/9880, Karar Tarihi 11.11.2015
Nurdan Köseoğlu Başvurusu, Baş. No. 2019/23351, GK Karar Tarihi 23.03.2023
Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği Başvurusu, Baş. No. 2016/79283, Karar Tarihi 17.04.2019
N.B.B. Başvurusu, Baş. No. 2013/5653, GK Karar Tarihi 03.03.2016
N. Ö. Başvurusu, Baş. No. 2014/19725, Karar Tarihi 19.11.2015
Onur Can Taştan Başvurusu, Baş. No. 2018/32475, GK Karar Tarihi 27.10.2021
Onurhan Solmaz Başvurusu, Baş. No. 2012/1049, Karar Tarihi 26.03.2013
Onur Özdamar Başvurusu, Baş. No. 2019/1450, Karar Tarihi 22.02.2022
Orhan Pala Başvurusu, Baş. No. 2014/2983, Karar Tarihi 15.02.2017
Orhan Yüksel Başvurusu, Baş. No. 2013/604, GK Karar Tarihi 10.12.2015
Osman Akgül Başvurusu, Baş. No. 2019/4912, Karar Tarihi 21.09.2022
Osman Bayrak Başvurusu, Baş. No. 2013/3803, Karar Tarihi 25.02.2015
Osman Evcan Başvurusu, Baş. No. 2016/10176, Karar Tarihi 12.06.2019
Osman Hilmi Özdiş Başvurusu, Baş. No. 2014/14934, Karar Tarihi 22.06.2017
Ozan Alpaya Başvurusu (2), Baş. No. 2017/3892, Karar Tarihi 24.06.2020
Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, Baş. No. 2019/10634, GK Karar Tarihi 01.07.2021
Ömer Haran Başvurusu, Baş. No. 2017/33744, Karar Tarihi 01.07.2020
Ömer Köse Başvurusu (2), Baş. No. 2017/34237, Karar Tarihi 23.10.2019
Ömer Özcan Başvurusu, Baş. No. 2019/24047, GK Karar Tarihi 23.03.2023
Ömer Yalçın Başvurusu, Baş. No. 2017/30798, Karar Tarihi 29.09.2020
Ömür Radyo Televizyon Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu, Baş. No. 2015/14943, Karar Tarihi 21.02.2018
Önder Akbulut Başvurusu, Baş. No. 2014/11237, Karar Tarihi 22.06.2017
Önder Balıkçı Başvurusu, Baş. No. 2014/6009, Karar Tarihi 15.02.2017
Özcan Bayrak Başvurusu, Baş. No. 2019/14060, Karar Tarihi 03.11.2022
Özcan Özsoy Başvurusu, Baş. No. 2014/5881, Karar Tarihi 15.02.2017
Özdemir Örnek Başvurusu, Baş. No. 2018/26453, Karar Tarihi 06.10.2021
Özgür Güleç Başvurusu, Baş. No. 2014/11503, Karar Tarihi 01.02.2017
Özkan Şen Başvurusu, Baş. No. 2012/791, Karar Tarihi 07.11.2013
Özlem Kenan Başvurusu, Baş. No. 2018/25808, Karar Tarihi 07.04.2021
Ö. A. Başvurusu, Baş. No. 2014/4868, GK Karar Tarihi 13.10.2016
Ö. Ç. Başvurusu, Baş. No. 2014/8203, Karar Tarihi 21.09.2016
Ö.Ç. Başvurusu, Baş. No. 2014/1091, Karar Tarihi 23.05.2018
Ö. N. M. Başvurusu, Baş. No. 2014/14751, Karar Tarihi 15.02.2017
Peri Kırık Başvurusu, Baş. No. 2015/19795, Karar Tarihi 09.01.2019
Ramazan Durmaz Başvurusu, Baş. No. 2013/1718, Karar Tarihi 02.10.2013
Ramazan Tosun Başvurusu, Baş. No. 2012/998, Karar Tarihi 07.11.2013
Rasul Kocatürk Başvurusu, Baş. No. 2016/8080, GK Karar Tarihi 26.12.2019
Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, Baş. No. 2014/1546, Karar Tarihi 02.02.2017
Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2015/6728, GK Karar Tarihi

01.02.2018

Rıdvan Çelik Başvurusu, Baş. No. 2014/12574, Karar Tarihi 08.06.2016
Rıdvan Yavaşcan Başvurusu, Baş. No. 2018/20514, Karar Tarihi 28.06.2022
Rıza Gençdoğan Başvurusu, Baş. No. 2013/3543, Karar Tarihi 07.05.2015
R.G. Başvurusu, Baş. No. 2017/31619, GK Karar Tarihi 23.07.2020
R.V.Y. A. Ş. Başvurusu, Baş. No. 2013/1429, Karar Tarihi 14.10.2015
Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Başvurusu (2), Baş. No. 2015/3369, Karar Tarihi 08.02.2018
Samandaş Vakıflı Köyü Ermeni Ortodoks Kilisesi Vakfı Başvurusu, Baş. No. 2018/9214, GK Karar Tarihi 27.10.2022
Savaş Çetinkaya Başvurusu, B. No. 2012/1303, Karar Tarihi 21.11.2013
Sebahat Tuncel Başvurusu, Baş. No. 2012/1051, Karar Tarihi 20.02.2014
Sebahat Tuncel Başvurusu (2), Baş. No. 2014/1440, Karar Tarihi 26.02.2015
Seçkin Sökmez Başvurusu, Baş. No. 2014/16328, Karar Tarihi 27.12.2017
Selahattin Demirtaş Başvurusu (4), Baş. No. 2017/27359, Karar Tarihi 10.06.2020
Selim Adıyaman Başvurusu, Baş. No. 2013/8846, Karar Tarihi 09.03.2016
Sema Calgav ve Oya Yamak Başvurusu, Baş. No. 2015/13950, Karar Tarihi 24.05.2018
Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2013/7800, GK Karar Tarihi 18.06.2014
Serap Tortuk Başvurusu, Baş. No. 2013/9660, Karar Tarihi 21.01.2015
Serhat Oyman Başvurusu, Baş. No. 2017/25497, Karar Tarihi 13.10.2020
Serkan Onur Yılmaz Başvurusu, Baş. No. 2016/3512, Karar Tarihi 02.11.2022
Sertaç Malik Eskişehirli Başvurusu, Baş. No. 2014/5659, Karar Tarihi 20.07.2017
Sevim Akat Ekşi Başvurusu, Baş. No. 2013/2187, Karar Tarihi 19.12.2013
Seyfeddin Bahar Başvurusu, Baş. No. 2014/10204, Karar Tarihi 05.04.2017
Seyfeddin Bahar Başvurusu (2), Baş. No. 2015/16797, Karar Tarihi 12.09.2018
Sırrı Süreyya Önder Başvurusu, Baş. No. 2018/38143, GK Karar Tarihi 03.10.2019
Sinem Hun Başvurusu, Baş. No. 2013/5356, Karar Tarihi 08.05.2014
Süleyman Başmeydan Başvurusu, Baş. No. 2015/6164, GK Karar Tarihi 20.06.2019
Süleyman Yaprak Başvurusu, Baş. No. 2014/12996, Karar Tarihi 01.07.2017
S.K.(B.) Başvurusu, Baş. No. 2014/18275, Karar Tarihi 04.07.2018
S. S. Başvurusu, Baş. No. 2014/8479, Karar Tarihi 17.11.2016
S. Ş. Başvurusu, Baş. No. 2014/19582, Karar Tarihi 16.02.2017
Şahin Alpay Başvurusu, Baş. No. 2016/16092, GK Karar Tarihi 11.01.2018
Şahin Alpay Başvurusu (2), Baş. No. 2018/3007, GK Karar Tarihi 15.03.2018
Şehmus Altıoğlu Başvurusu, Baş. No. 2017/38317, Karar Tarihi 13.01.2021
Şehmus Özsubaşı Başvurusu, Baş. No. 2013/2582, Karar Tarihi 03.03.2016
Şehrihan Çoban Başvurusu, Baş. No. 2017/22672, GK Karar Tarihi 06.02.2020
Şengül Tükel Başvurusu, Baş. No. 2018/12456, Karar Tarihi 12.01.2022
Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2), Baş. No. 2023/53898, GK Karar Tarihi 25.10.2023
Şerafettin Can Atalay Başvurusu (3), Baş. No. 2023/99744, GK Karar Tarihi 21.12.2023
Şinasi Umaz Başvurusu, Baş. No. 2016/40621, Karar Tarihi 23.10.2019
Şükrü Yıldız Başvurusu, Baş. No. 2015/18720, Karar Tarihi 09.05.2018
Tahir Göktalay Başvurusu, Baş. No. 2013/1780, Karar Tarihi 20.03.2014
Tanju Taş Başvurusu, Baş. No. 2014/9052, Karar Tarihi 11.12.2014
Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2013/865, GK Karar Tarihi 01.06.2016
Tayfun Cengiz Başvurusu, Baş. No. 2013/8463, Karar Tarihi 18.09.2014
Temel Yeğin Başvurusu, Baş. No. 2014/10398, Karar Tarihi 29.06.2016
Tevfik Türkmen Başvurusu, Baş. No. 2013/9704, GK Karar Tarihi 03.03.2016
Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2014/13677, Karar Tarihi 20.09.2017
Tuğba Arslan Başvurusu, Baş. No. 2014/256, GK Karar Tarihi 25.06.2014
Turan Günana Başvurusu, Baş. No. 2013/3550, Karar Tarihi 19.11.2014
Tülin Keçecioğlu Başvurusu, Baş. No. 2016/601, Karar Tarihi 01.03.2023
Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, Baş. No. 2014/6192, GK Karar Tarihi 12.11.2014
T.A. Başvurusu, Baş. No. 2017/32972, GK Karar Tarihi 29.09.2021
Ufuk Rifat Çobanoğlu Başvurusu, Baş. No. 2014/6971, Karar Tarihi 01.02.2017
Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No.

2016/12313, GK Karar Tarihi 26.12.2019
Umut Çongar Başvurusu, Baş. No. 2017/36905, GK Karar Tarihi 21.10.2021
Uskar Kömür Pazarlama Nakliyat Tarım İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2019/2762, Karar Tarihi 17.11.2021
Üças Gıda Pazarlama ve Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Baş. No. 2014/16633, Karar Tarihi 06.12.2017
Ülkü Tanca ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2012/928, Karar Tarihi 11.12.2014
Veli Dikme Başvurusu, Baş. No. 2015/15932, Karar Tarihi 09.05.2018
Veli Dikme Başvurusu (2), Baş. No. 2015/15884, Karar Tarihi 04.07.2018
Veysel Kaplan Başvurusu (3), Baş. No. 2013/2727, Karar Tarihi 09.03.2016
Veysel Kaplan Başvurusu (5), Baş. No. 2015/10703, Karar Tarihi 03.07.2018
Veysel Kaplan Başvurusu (6), Baş. No. 2015/2374, Karar Tarihi 12.09.2018
Veysel Kaplan Başvurusu (7), Baş. No. 2015/6863, Karar Tarihi 11.10.2018
Veysel Kaplan Başvurusu (8), Baş. No. 2015/4804, Karar Tarihi 29.11.2018
Veysi Aktaş Başvurusu, Baş. No. 2015/14244, Karar Tarihi 10.10.2018
Yağmur Erşan Başvurusu, Baş. No. 2018/36451, GK Karar Tarihi 27.10.2021
Yahya Özaý Başvurusu, Baş. No. 2014/11141, Karar Tarihi 22.09.2016
Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/3986, Karar Tarihi 02.04.2014
Yaman Akdeniz Başvurusu (2), Baş. No. 2016/6815, GK Karar Tarihi 15.02.2023
Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/253, GK Karar Tarihi 09.01.2015
Yasemin Mutlu Başvurusu, Baş. No. 2013/1426, Karar Tarihi 25.03.2014
Yaşar Çoban Başvurusu, Baş. No. 2014/6673, GK Karar Tarihi 25.07.2017
Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı Başvurusu, Baş. No. 2018/25252, GK Karar Tarihi 27.10.2022
Yıldıray Özbey ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/18932, Karar Tarihi 08.09.2015
Yıldız Eker Başvurusu, Baş. No. 2015/18872, GK Karar Tarihi 22.11.2018
Yılmaz Çelik Başvurusu, Baş. No. 2014/13117, GK Karar Tarihi 19.07.2018
Yılmaz Çelik Başvurusu (2), Baş. No. 2020/5280, Karar Tarihi 08.09.2021
Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2014/4705, GK Karar Tarihi 29.05.2014
Yunis Ağlar Başvurusu, Baş. No. 2013/1239, Karar Tarihi 20.03.2014
Yunis Karataş Başvurusu, Baş. No. 2021/34231, GK Karar Tarihi 26.01.2023
Yurt Atayün Başvurusu, Baş. No. 2017/34216, Karar Tarihi 29.05.2019
Yusuf Bilin Başvurusu, Baş. No. 2014/14498, Karar Tarihi 26.12.2017
Yusuf Çabuk Başvurusu, Baş. No. 2013/8858, Karar Tarihi 23.03.2016
Yusuf Nadas Başvurusu, Baş. No. 2013/9777, Karar Tarihi 12.01.2017
Yücel Yaşar Başvurusu, Baş. No. 2013/7199, Karar Tarihi 25.03.2015
Yüksel Hançer Başvurusu, Baş. No. 2013/2116, Karar Tarihi 23.01.2014
Y.K. Başvurusu, Başvuru No. 2016/14347, Karar Tarihi 02.06.2020
Zekerriyya Berber Başvurusu, Baş. No. 2014/4982, Karar Tarihi 17.11.201
Zeki Çınar Başvurusu, Baş. No. 2016/3585, Karar Tarihi 12.06.2019
Zekiye Şanlı Başvurusu, Baş. No. 2012/931, 26.06.2014
Ziya Özden Başvurusu, Baş. No. 2016/67737, Karar Tarihi 19.11.2019
Zübeyde Fusun Üstel ve Diğerleri Başvurusu, Baş. No. 2018/17635, GK Karar Tarihi 26.07.2019
Zülfikar Sarıtürk Başvurusu, Baş. No. 2013/1516, Karar Tarihi 16.12.2015
Z. A. Başvurusu, Baş. No. 2013/2928, GK Karar Tarihi 18.10.2017
Z. K. Başvurusu, Baş. No. 2015/1550, Karar Tarihi 26.12.2018
Z.N.Ç. ve F.İ. Başvurusu, Baş. No. 2021/307, Karar Tarihi 24.11.2021
Z. S. Başvurusu, Baş. No. 2014/19968, Karar Tarihi 15.02.2017

Norm Denetimi Kararları

AYM, E.1962/208, K.1963/1, Karar Tarihi 04.01.1963
AYM, E. 1963/16, K. 1963/83, Karar Tarihi 08.04.1963
AYM, E.1963/25, K.1963/87, Karar Tarihi 08.04.1963
AYM, E. 1963/143, K. 1963/167, Karar Tarihi 26.06.1963
AYM, E. 1963/152, K. 1964/66, Karar Tarihi 03.11.1964

AYM, E.1963/173, K.1965/40, Karar Tarihi 26.09.1965
AYM, E.1967/41, K.1969/57, Karar Tarihi 25.10.1969
AYM, E. 1976/3, K. 1976/23, Karar Tarihi 13.04.1976
AYM, E. 1980/68, K. 1981/3, Karar Tarihi 15.01.1981
AYM, E. 1984/4, K. 1984/9, Karar Tarihi 20.09.1984
AYM, E.1985/21, K.1986/23, Karar Tarihi 06.09.1986
AYM, E.1985/21, K.1986/23, Karar Tarihi 06.10.1986
AYM, E.1985/8, K.1986/27, Karar Tarihi 26.11.1986
AYM, E.1986/17, K.1987/11, Karar Tarihi 22.05.1987
AYM, E. 1988/38, K. 1989/7, Karar Tarihi 08.02.1989
AYM, E.1989/1, K.1989/12, Karar Tarihi 07.03.1989
AYM, E.1988/50, K.1989/27, Karar Tarihi 23.06.1989
AYM, E.1990/7, K.1990/11, Karar Tarihi 21.06.1990
AYM, E.1990/9, K.1990/13, Karar Tarihi 21.06.1990
AYM, E.1990/10, K.1990/14, Karar Tarihi 21.06.1990
AYM, E.1994/83, K.1994/78, Karar Tarihi 16.11.1994
AYM, E.1997/75, K.1999/10, Karar Tarihi 13.04.1999
AYM, E.1998/59, K.1999/14, Karar Tarihi 11.05.1999
AYM, 1999/1, K.1999/33, Karar Tarihi 20.07.1999
AYM, E.1999/33, K.1999/51, Karar Tarihi 29.12.1999
AYM, E.2000/48, K.2002/36, Karar Tarihi 20.03.2002
AYM, E.2002/112, K.2003/33, Karar Tarihi 10.04.2003
AYM, E.2001/143, K.2004/11, Karar Tarihi 10.02.2004
AYM, E.2002/143, K.2004/46, Karar Tarihi 31.03.2004
AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, Karar Tarihi 21.09.2004
AYM, E.2001/379, K.2005/3, Karar Tarihi 06.01.2005
AYM, E.2003/7, K.2005/71, Karar Tarihi 18.10.2005
AYM, E.2003/66, K.2005/72, Karar Tarihi 19.10.2005
AYM, E.2004/31, K.2007/11, Karar Tarihi 31.01.2007
AYM, E.2004/90, K.2008/78, Karar Tarihi 11.03.2008
AYM, E.2005/14, K.2008/92, Karar Tarihi 17.04.2008
AYM, E.2006/142, K.2008/148, Karar Tarihi 24.09.2008
AYM, E.2005/60, K.2008/162, Karar Tarihi 13.11.2008
AYM, E.2006/65, K.2009/114, Karar Tarihi 23.07.2009
AYM, E.2008/73, K.2009/120, Karar Tarihi 01.10.2009
AYM, E. 2006/106, K. 2009/124, Karar Tarihi 01.10.2009
AYM, E.2008/77, K.2010/77, Karar Tarihi 03.06.2010
AYM, E.2008/22, K.2010/82, Karar Tarihi 17.06.2010
AYM, E.2009/11, K.2011/93, Karar Tarihi 09.06.2011
AYM, E.2008/12, K.2011/104, Karar Tarihi 16.06.2011
AYM, E. 2012/20, K. 2012/132, Karar Tarihi 27.09.2012
AYM, E.2010/83, K.2012/169, Karar Tarihi 01.11.2012
AYM, E. 2012/132, K. 2012/179, Karar Tarihi 22.11.2012
AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, Karar Tarihi 14.02.2013
AYM, E.2013/21, K.2013/57, Karar Tarihi 10.04.2013
AYM, E. 2012/108, K. 2013/64, Karar Tarihi 22.05.2013
AYM, E. 2013/71, K. 2013/77, Karar Tarihi 18.06.2013
AYM, E.2013/6, K.2013/111, Karar Tarihi 10.10.2013
AYM, E.2013/32, K.2013/112, Karar Tarihi 10.10.2013
AYM, E. 2013/18, K. 2013/132, Karar Tarihi 14.11.2013
AYM, E.2013/15, K.2013/131, Karar Tarihi 14.11.2013
AYM, E.2013/66, K.2014/19, Karar Tarihi 29.01.2014
AYM, E. 2013/130, K. 2014/18, Karar Tarihi 29.01.2014
AYM, E.2013/38, K.2014/58, Karar Tarihi 27.03.2014
AYM, E. 2013/148, K. 2014/62, Karar Tarihi 27.03.2014
AYM, E.2013/158, K.2014/68, Karar Tarihi 27.03.2014
AYM, E.2014/50, K.2014/124, Karar Tarihi 03.07.2014

AYM, E.2013/1, K.2014/61, Karar Tarihi 22.10.2014
AYM, E. 2013/95, K. 2014/176, Karar Tarihi 13.11.2014
AYM, E.2013/84, K.2014/183, Karar Tarihi 04.12.2014
AYM, E. 2013/114, K. 2014/184, Karar Tarihi 04.12.2014
AYM, E. 2014/112, K. 2014/203, Karar Tarihi 25.12.2014
AYM, E. 2014/146, K. 2015/31, Karar Tarihi 19.03.2015
AYM, E. 2014/36, K. 2015/51, Karar Tarihi 27.05.2015
AYM, E.2015/20, K.2015/64, Karar Tarihi 01.07.2015
AYM, E.2015/39, K.2015/62, Karar Tarihi 01.07.2015
AYM, E.2014/88, K.2015/68, Karar Tarihi 13.07.2015
AYM, E.2015/62, K.2015/84, Karar Tarihi 30.09.2015
AYM, E.2014/140, K.2015/85, Karar Tarihi 08.10.2015
AYM, E.2015/29, K.2015/95, Karar Tarihi 22.10.2015
AYM, E. 2014/86, K. 2015/109, Karar Tarihi 25.11.2015
AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, Karar Tarihi 08.12.2015
AYM, E. 2014/195, K. 2015/116, Karar Tarihi 23.12.2015
AYM, E. 2014/92, K. 2016/6, Karar Tarihi 28.01.2016
AYM, E. 2015/96, K. 2016/9, Karar Tarihi 10.02.2016
AYM, E. 2016/29, K. 2016/134, Karar Tarihi 14.07.2016
AYM, E. 2016/37, K. 2016/135, Karar Tarihi 14.07.2016
AYM, E.2016/124, K.2016/155, Karar Tarihi 07.09.2016
AYM, E.2016/36, K.2016/187, Karar Tarihi 14.12.2016
AYM, E.2016/165, K.2017/76, Karar Tarihi 15.03.2017
AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, Karar Tarihi 04.05.2017
AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, Karar Tarihi 31.05.2017
AYM, E. 2017/24, K. 2017/112, Karar Tarihi 14.06.2017
AYM, E.2014/101, K.2017/142, Karar Tarihi 28.09.2017
AYM, E.2016/125, K.2017/143, Karar Tarihi 28.09.2017
AYM, E.2017/142, K.2017/150, Karar Tarihi 01.11.2017
AYM, E. 2016/133, K. 2017/155, Karar Tarihi 15.11.2017
AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, Karar Tarihi 29.11.2017
AYM, E. 2017/167, K. 2017/172, Karar Tarihi 13.12.2017
AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, Karar Tarihi 28.12.2017
AYM, E.2016/179, K.2017/176, Karar Tarihi 28.12.2017
AYM, E.2018/69, K.2018/47, Karar Tarihi 31.05.2018
AYM, E. 2018/108, K. 2019/5, Karar Tarihi 13.02.2019
AYM, E.2017/16, K.2019/64, Karar Tarihi 24.07.2019
AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, Karar Tarihi 24.07.2019
AYM, E. 2018/89, K. 2019/84, Karar Tarihi 14.11.2019
AYM, E. 2018/90, K. 2019/85, Karar Tarihi 14.11.2019
AYM, E. 2018/122, K. 2020/14, Karar Tarihi 19.02.2020
AYM, E. 2019/101, K. 2020/26, Karar Tarihi 11.06.2020
AYM, E. 2019/40, K. 2020/40, Karar Tarihi 17.07.2020
AYM, E. 2019/104, K. 2021/3, Karar Tarihi 14.01.2021
AYM, E. 2019/89, K. 2021/10, Karar Tarihi 04.02.2021
AYM, E. 2018/99, K. 2021/14, Karar Tarihi 03.03.2021
AYM, E. 2019/13, K. 2021/31, Karar Tarihi 29.04.2021
AYM, E. 2021/30, K. 2021/82, Karar Tarihi 04.11.2021
AYM, E. 2019/110, K. 2021/85, Karar Tarihi 11.11.2021
AYM, E. 2021/104, K. 2021/87, Karar Tarihi 11.11.2021
AYM, E. 2021/52, K. 2021/97, Karar Tarihi 16.12.2021
AYM, E. 2021/17, K. 2021/103, Karar Tarihi 30.12.2021
AYM, E. 2021/9, K. 2022/4, Karar Tarihi 26.01.2022
AYM, E. 2021/117, K. 2022/10, Karar Tarihi 26.01.2022
AYM, E. 2019/94, K. 2022/32, Karar Tarihi 24.03.2022
AYM, E. 2019/116, K. 2022/34, Karar Tarihi 24.03.2022
AYM, E.2021/119, K.2022/48, Karar Tarihi 21.04.2022

AYM, E.2022/15, K.2022/73, Karar Tarihi 01.06.2022
AYM, E. 2021/127, K. 2022/85, Karar Tarihi 30.06.2022
AYM, E. 2022/22, K. 2022/92, Karar Tarihi 20.07.2022
AYM, E. 2021/128, K. 2022/68, Karar Tarihi 04.08.2022
AYM, E. 2021/118, K. 2022/98, Karar Tarihi 08.09.2022
AYM, E. 2021/107, K. 2022/109, Karar Tarihi 28.09.2022
AYM, E.2022/116, K.2023/126, Karar Tarihi 13.07.2023
AYM, E.2023/43, K.2023/141, Karar Tarihi 26.07.2023
AYM, E.2023/131, K.2023/160, Karar Tarihi 28.09.2023

AYM Siyasi Parti Kapatma Kararları

AYM, E.1990/1 (SPK), K.1991/1, Karar Tarihi 16.07.1991
AYM, E.1991/2 (SPK), K.1992/1, Karar Tarihi 10.07.1992
AYM, E.1993/1 (SPK), K.1993/2, Karar Tarihi 23.11.1993
AYM, E.1993/2 (SPK), K.1993/3, Karar Tarihi 30.11.1993
AYM, E.1993/3 (SPK), K.1994/2, Karar Tarihi 16.06.1994
AYM, E.2008/1(SPK), K.2008/2, Karar Tarihi 30.07.2008
AYM, E.2007/1 (SPK), K.2009/4, Karar Tarihi 11.12.2009

Yargıtay Kararları

YHGK, E. 2014/13-859, K. 2016/428, T. 30.3.2016
Yargıtay 3. CD, E.2023/12611, Değişik İş K.2023/112, Karar Tarihi 08.11.2023
Yargıtay 3. CD, E.2023/12611, Değişik İş K.2024/1, Karar Tarihi 03.01.2024

ÖZGEÇMİŞ

2008 yılında girdiğim İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2013 yılında mezun oldum. 2014-2017 yılları arasında süren yüksek lisansımı "Bölgeli Devlet" başlıklı tezimle tamamladım. 2017-2024 yılları arasında salınan doktoramı "Anayasal Hakların Sınırlandırılmasında İçkin Sınırlama Doktrini" başlıklı tezimle tamamladım. Akademik kariyerim boyunca üç eserimi yayınladım. 2018 yılında hem "Bölgeli Devlet: İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık Örnekleri" başlıklı kitabımı, hem de bir doktora tez ödevim olan "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi" başlıklı kitabımı yayınladım. 2022 yılının sonunda ise "Kurallar ve İlkeler: Alexy'nin İlke-Normunun Reddi ve Anayasal Hakların Normatif Olarak Yeniden Yapılandırılması" başlıklı makalemi Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayınladım.

2014 yılında aldığım avukatlık ruhsatını halen kullanmaktayım. İstanbul Barosu çerçevesinde de çeşitli faaliyetler yürüttüm. İstanbul Barosu Adil Yargılama Takip Merkezi bünyesinde gerçekleştirilen Sözleşme'nin 6. maddesinin (ceza yönü) çevirisine katıldım (bkz. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_criminal_tur). 2019-2022 seneleri arasında da İstanbul Barosu Adil Yargılama Takip Merkezi yürütme kurulu üyesi olarak çalıştım.

2019 yılında evlendiğim eşimle mutlu bir hayat sürüyorum.