

Araştırma Makalesi

TEMEL HAKLARIN DÜZENLENMESİ VE SOMUTLAŞTIRILMASI

Zafer GÖREN*

ORCID: 0000-0001-7115-1496

ÖZ

Temel hakların çoğu etkili olabilmek için garanti ettikleri yaşam ilişkileri ve yaşam alanlarının hukuksal açıdan düzenlemesine muhtaçtırlar. Bu zorunluluk, temel hakların hukuka gereksinmesi olduğunu ve doğal değil, yalnız hukuksal özgürlüklerin geçerlilik kazanabileceğini kanıtlamaktadır. Temel hakların uygulamada kuşku ve güçlük doğuracak bir biçimde soyut oluşları onların bu niteliklerinden arınmalarını, uygulanabilir bir duruma getirilmelerini gerekli kılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin belirgin öğelerinin bu şekilde saptanmasına kamu hukuku öğretisinde “somutlaştırma” denilmektedir. Bir temel hakkın düzenleme ve somutlaştırılmasında daima temel hakkın koruma alanı sağlam bırakılmalı, yani sınırlanmamalıdır. Müdahale, bireye temel hakkın koruma alanına giren bir davranışı olanaksız kılan her türlü devlet tasarrufudur. Modern müdahale kavramına göre, Devlet eylemlerinin tek ve kesin olarak amaçlı ve doğrudan doğruya sonuç doğuranları, hukuksal olanlardır. Ancak müdahalenin sonucunun kamu gücünün nedensel ve isnat edilebilir bir davranışından doğması gereklidir.

Anahtar kelimeler: Düzenleme, Somutlaştırma, Müdahale, Sınırlama

Research Article

REGULATION AND CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Most of the fundamental rights, in order to be effective, are in need of legal regulation of the life relations and areas that are guaranteed by them. This necessity proves that fundamental rights require law and only legal freedoms, not the natural ones, can gain validity. The fact that fundamental rights are so abstract which will cause doubt and difficulty in the implementation of them makes it necessary that fundamental rights should be purified from these characteristics and should be in an applicable status. Determination of evident elements of fundamental rights and freedoms in this manner is defined as “concretization” at public law doctrine. During regulation and concretization of a fundamental right, its protection area should be left intact, namely should not be restricted. Interference is any kind of state action that makes it impossible for an individual to behave in the protection area of the fundamental right. According to the modern interference concept, the state actions that have single and precise aim and bear direct consequences are the ones that are legal. However the result of interference should arise from a casual and attributable behavior of the public authority.

Keywords: Regulation, Concretization, Interference, Restriction

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, zgoren@ticaret.edu.tr ; Makale Geliş Tarihi/Received: 24.07.2020, Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.08.2020.

I. TEMEL HAKKIN KORUMA ALANI- TEMEL HAK GARANTİSİ

Değişik temel haklar, değişik yaşam alanlarında geçerlidirler. Kimi zaman geniş, kimi zaman dar yaşam alanlarında temel haklar bireyi, Devlet saldırılarına karşı korurlar. Temel haklar değişik yaşam alanlarında, bazen bireyin tüm davranışlarını topluca, bazen da yalnız belli davranış biçimlerini korurlar.

F. Almanya Anayasası md. 5 f. II' nin tüm sanatsal, bilimsel davranışları korumasına karşılık, Anayasamızın 34. maddesi her türlü toplantıyı değil, sadece **silahsız ve saldırısız toplantıları** korumaktadır.

Bir temel hakla korunan yaşam alanı temel hakkın koruma alanı veya temel hakkın konusudur. (Mangoldt & Klein, 1985-1990)

Bu yaşam alanı, **temel hakkın norm alanı**, yani temel hak normunun yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkardığı alan diye adlandırılmaktadır. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 57)

Düzenleme alanından söz edildiğinde, koruma alanı değil, temel hakkın geçerli olduğu ve içerisinde koruma alanının da bulunup belirlendiği yaşam alanı amaçlanmaktadır.

Örnek: Anayasa md. 34'ün düzenleme alanı tüm toplantıları, buna karşılık koruma alanı sadece silahsız ve saldırısız toplantıları kapsamaktadır. (BVerGE 25,269).

Temel hakkın koruma alanında olan bir davranış **temel hakkın kullanılması** veya **temel hakkın uygulanması** olarak tanımlanabilir.

Temel hakkın koruma alanındaki davranış, tasarlanabilecek en geniş anlamda anlaşılmalıdır. Sadece bir eylem amaçlanmamakta (örneğin düşüncesini açıklamak, haber almak, toplanmak gibi) aynı zamanda eyleme ilişkin olmaktan çok konuya ilişkin bir biçimde kaleme alınmış olan temel hakların koruma alanı içindeki davranışlar da amaçlanmaktadır.

Buna, Anayasa md 27' de düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğü örnek verilebilir. Bilim ve sanat günlük konuşma dilinde, konuya ilişkin eylem komplekslerinin anlatım şekilleridir.

Fakat bir temel hakkın günlük dildeki anlaşılışı, eylemi tümüyle konu gerisine ittiğinde de yapma, yapmama veya salt var olma şeklinde ortaya çıkan bir davranış, koruma alanının içeriğini oluşturmaktadır.

Örnekler:

Anayasa md 35 f. I mülkiyeti garanti ederken, mal ve hak edinmeyi, devretmeyi ve kendi malı üzerinde tasarruf etmeyi kendi koruma alanına almaktadır.

Anayasa md 21 konutu dokunulmaz ilan etmekle, onu bireyin içinde bulunduğu, ikamet ettiği ve özellikle kimin içine girebileceğine karar verdiği koruma alanı ile tanımlamaktadır.

Anayasa md 22 özel haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığını belirtirken, mektupla haberleşmedeki tüm eylemler için koruma alanı sağlamaktadır.

Anayasa md 17 f. I C.2 bireye yaşama hakkını garanti ederken, koruma alanına sadece yaşamın varlığını değil, onlar olmadan yaşamın gerçekleşmeyeceği, soluk alma, beslenme ve hareket etmeyi de dahil etmektedir.

Temel hakkın koruma alanında bireye sunduğu koruma öncelikle bir **sübjektif hak** şeklinde kendini gösterir.

Temel haklardan birçoğu aynı zamanda kamu ve özel hukuk kurumlarının **objektif garantisini** de içermektedir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi ve F. Almanya’da doktrinde baskın görüş tüm temel haklar için, **sübjektif hukuksal anlam** dışında **objektif hukuksal anlamı** da kabul etmektedir. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 57) (Hesse, 1999, s. 133)

Ama bu suretle sübjektif hukuksal anlam sınırlandırılmamakta aksine -saldırlara karşı koymak sübjektif hakkı, dava, ortaklık ve edim hakları yönünden genişletilmekle, güçlendirilmektedir. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 57)

II. MÜDAHALE-SINIRLAMA, DÜZENLEME- SOMUTLAŞTIRMA

1- Müdahale-Sınırlama

Temel hak taşıyıcısının, temel hak ve özgürlükleri denetimsiz ve aşırı kullanması, kamu yararıyla veya diğer temel hak sahiplerinin haklarıyla çatışabilir. Bu nedenle temel haklara müdahale edilmekte ve temel hakların kullanımına sınır çizilmektedir.

Bir temel hakkın koruma alanı kapsamına giren bir davranış, bireye Devlet tarafından yasaklandığında, Devletin temel hakka bir **müdahalesinden, sınırlama ve kayıtlamasından** söz edilir.

Müdahale, idari işlem, mahkeme kararı biçiminde ya da “yasa, tüzük, yönetmelik” şeklinde gerçekleşebilir. Yahut sadece bir yasa ile olanaklı kılınabilir. Örneğin yasa, idareyi bireyin bir davranışını engelleme konusunda yetkilendirebilir.

Anayasamızın iradesi hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak bir şekilde Anayasa kurallarının ve bunlar arasında temel hak kataloğunun yasama, yürütme ve yargıya ve böylece Devletin tüm organizasyonuna üstün olduğunu ortaya koymaktadır. Bu irade Anayasa md 11’deki Anayasa kurallarının ve onlar içinde temel hak kataloğunun üstünlüğü ilkesinden çıkarılmaktadır.

Yalnız münferit temel hak normları, **özel, nitelikli sınırlama kaydını** açıkça içerdiklerinde, yasa koyucu temel hakka müdahale etmeye ve yasama tasarrufu ile temel hakkın kullanımına sınırlar koymaya yetkili kılınmıştır.

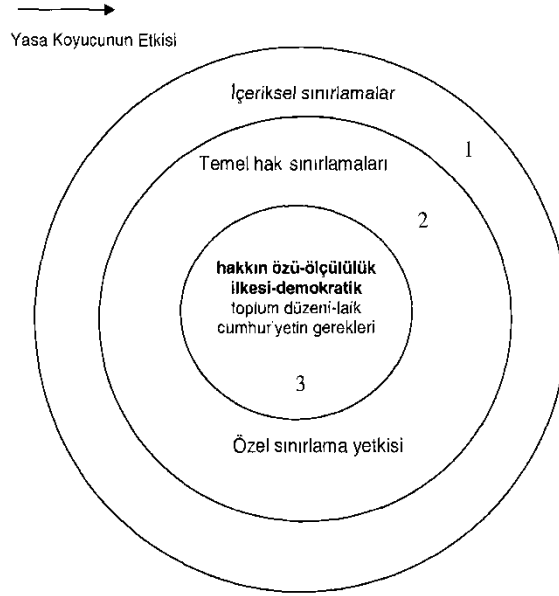
Yasa kaydına dayalı bu özel, nitelikli sınırlamaları, her özgürlük hakkının içinde Anayasadan ötürü, o hakkın doğasında bulunan **“temel hak içeriksel sınırlamalar”** ile Anayasanın sistematüğinden, bütününden, Anayasaya ve Devlet düzenine egemen olan değerlerden çıkarılan **“Anayasa içeriksel”** sınırlamalardan ayırmak gereklidir.

Bu **içeriksel**, Anayasa tarafından temel hakka önceden çizilen sınırlar söz konusu olduğunda, yasa koyucu yaratıcı bir davranışta bulunmamakta, yeni temel hak sınırlamaları yaratmamakta, sadece açıklayıcı (daha doğrusu yorumcu) bir biçimde, Anayasa tarafından önceden konulmuş **Anayasaya uygun düzen** kavramına hizmet etmektedir.

Yasa koyucunun Anayasaya uygun olarak hali hazırda mevcut olan temel hak sınırlamalarını açıklayıcı nitelikteki bu yorum yetkisini **“genel bir yasa ile sınırlama kaydı”** olarak saymak doğru değildir. (Maunz, 1968, s. 105)

Hukuk Devletinin devlet hukuku öğretisi öteden beri **“yasa kaydı”** kavramıyla yasa koyucunun temel hak alanına gerçek müdahalesini anlamaktadır.

Oysa burada **“içeriksel temel hak sınırlarının yorumu için bir Anayasa kaydı”**ndan söz etmek daha doğru olacaktır. Bu nedenlerle özel sınırlamalarda aranan yasa koyucuyu sınırlayan sınırlamanın sınırlarına (Anayasa md 13 ‘te sayılan hakkın özü, demokratik toplum düzeni gerekleri, laik cumhuriyetin gerekleri, ölçülülük ilkesi) uyulması koşulu, içeriksel sınırlamalarda aranmayacaktır. **Ancak bu durumda bile olabildiğince demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı düşmeyen bir yorum yapılmalıdır.** (Özbudun, 2017, s. 120)



- 1.Daire: yasa koyucu açıklayıcı (deklaratif) bir etki doğurucu biçimde temel hakka Anayasa tara'ından önceden çizilmiş, yani başlangıçtan beri temel hakkın doğasında bulunan içeriksel sınırları yorumlar.
2. Daire: yasa koyucu temel hak normlarında yer alan sınırlamalara dayanarak çıkarılan yasalar aracılığıyla (konstatif) bir etkiyle temel hakka sınırlamalar koyar. Bu sınırlamalar Anayasa md.13 'ün kayıtlamalarına tabidir.
- 3.Daire : Özel sınırlamalar koyan yasalar ölçülülük ilkesine, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz ve temel hakkın özüne dokunamaz.

2- Düzenleme, Somutlaştırma

Temel hakların çoğu etkili olabilmek için garanti ettikleri yaşam ilişkileri ve yaşam alanlarının hukuksal açıdan **düzenlemesine** muhtaçtırlar. (Haeberle, 1983, s. 183 vd.)

Bir temel hakkın **düzenleme ve somutlaştırılmasında** daima temel hakkın **koruma alanı** sağlam bırakılmalı, yani sınırlanmamalıdır.

Burada Devlet, koruma alanı kapsamına giren bir davranışı engellemek istememekte, bireye **temel hakkı kullanabilmesi için davranış olanakları açmak** istemektedir.

Bu düzenleme ilk planda yasamanın görevi olup, yasa koyucuyu "**ayrıntıyı düzenleme**" konusunda ödevlendiren açık bir Anayasa emrine dayanabilir.

Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını garanti eden Anayasa md 34 f. III, yasa koyucuyu ayrıntıyı düzenleme konusunda görevlendiren açık bir Anayasa emri içermektedir:

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

Ancak böyle bir emirden bağımsız olarak da gerekli görülebilir.

Örneğin, ailenin korunması ve çocuk haklarını normlandıran Anayasa md 41; sözleşme özgürlüğünü garanti eden Anayasa md 48; mülkiyet ve miras hakkını

garanti eden Anayasa md 35, temel hak garantilerinin etki doğurabilmesini ve bireyin bu garantilerden faydalanmasını olanaklı kılan hukuksal düzenlemeleri şart koşarlar.

Bu hemen hiç dikkat edilmeyen hukuksal düzenleme zorunluluğu, temel hakların hukuka gereksinmesi olduğunu ve doğal değil, yalnız hukuksal özgürlüklerin geçerlilik kazanabileceğini kanıtlamaktadır.

Bu zorunluluk, düzenleme ile görevli olan yasa koyucunun sadece temel hakların hasmı olarak görülemeyeceğini, temel haklar alanında ona pozitif bir ödevin düştüğünü ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak bu zorunluluk, Anayasanın, Devletin hukuksal temel düzeni olarak, hukuk düzeninin diğer bölümleriyle bağlantısını belirgin kılmaktadır.

Düzenlemede yasa koyucu ilgili garantiyi, **tarz, kalıplama ve usul belirleme** ile kullanılabilir bir duruma getirebilir, ancak onun içeriğini değiştiremez ve sınırlayamaz. Düzenleme yetkisini kullanırken yasa koyucu, özellikle **ihtiyatlı davranmak** zorundadır. Yasa koyucunun bir temel hakkı düzenlemek zorunda oluşu, onun temel hak üzerinde tasarruf edebileceği anlamına gelmez.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa tarafından açıkça yasa koyucuya emredilmiş olsa bile düzenleme temel hakların sınırlandırılması konusunda bir yetki anlamına gelmemektedir. (**BVerfGE** 12,45/43; 28 243/259.)

Düzenleyici yasa koyucu temel hak normlandırmasıyla tam olarak bağlı kalmak zorundadır. (Hesse, 1999, s. 138)

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre yasa koyucu tarafından düzenlemede temel hakların “**içeriden**” bünyelerinden, dışı doğru, sınırlamada ise “**dışarıdan**” belirgin kılınması söz konusudur. (**BVerfGE** 7, 377/404;13,97/122) Krş; (Hesse, 1999, s. 138)

Düzenleme her ne kadar daima farklı kapsamda da olsa bir parça **somutlaştırma** içermekte ise de, temel hakların düzenlenmesi onların somutlaştırılması ile aynı anlama gelmemektedir.

Örneğin; Dernekler Hukuku, Anayasa ile garanti edilen dernek kurma özgürlüğüne dayanmakta ise de, düzenlenmiş bir dernek yaşamını mümkün kılan ve bunu genel hukuksal yaşama dahil eden bir normlandırma ile (hak ehliyetinin kazanılması ve kaybedilmesi, derneklerin iç düzeni, sorumluluğu) bu özgürlüğü somutlaştırmamakta, onun kullanımını mümkün kılmakta ve bu çerçevede dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, temel hakları düzenleyen yasa koyucu, Anayasaya bağlı olmak zorundadır ve Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. (**BVerfGE** 12,45/53.) Bu durumda yargı gücü düzenleme üzerinde etki kazanmaktadır.

Temel hakların uygulamada kuşku ve güçlük doğuracak bir biçimde soyut oluşları, onların bu niteliklerinden arınmalarını, uygulanabilir bir duruma getirilmelerini gerekli kılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin belirgin öğelerinin bu şekilde saptanmasına kamu hukuku öğretisinde “**somutlaştırma**” denilmektedir.

Somutlaştırma, yorumlamada ortaya çıkan çeşitli seçenekler arasında yapılan son tercihtir. (Bkz. **BVerGE** 3,225/293 vd.)

Yorum somutlaştırmanın aracı, somutlaştırma yorumun sonucudur.

Anayasa kuralları ve temel hak kuralları gerçekten genel niteliktedirler. Bunlarla çalışmak zorunda olan **Anayasa yargıcı** onlara bir içerik kazandırmak zorundadır.

Hans Huber, Anayasanın temel hak normlarının aslında yorumlanmayıp, somutlaştırılmakta olduğunu vurgulamıştır. (Huber, 1977, s. 19) (Haefliger, 1990, s. 245)

İsviçre F. Anayasası md 55'teki “Basın özgürlüğü güvence altındadır kuralını Federal Mahkeme zengin bir uygulama ile somutlaştırmış ve bu özgürlüğün kapsamını belirlemiştir. (Haefliger, 1990, s. 245)

Somutlaştırma yapabilmek için Huber üç teknikten söz etmektedir:

- a) Anayasanın geliştirilmesi
- b) Anlamının tam olarak ortaya çıkarılması
- c) Anayasanın zenginleştirilmesi (Huber, 1977, s. 191 vd.)

Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu somutlaştırma tekniklerini uygulamıştır. (Gönül, 1990, s. 13)

a) Anayasanın Geliştirilmesi

Anayasada tanınmış olan haklar çevresel haklarla geliştirilmektedir.

Buna örnek olarak Anayasa Mahkemesinin yargı erkini, yargı bağımsızlığı ile birlikte bir temel ilke ve savunma özgürlüğünün bir ögesi olarak kabul eden kararı gösterilebilir. (E.1983/32, K.1989/10 AMKD, S.25, s.97 vd. (RG 22.6.1989/20203, s.28,33))

b) Anayasanın Anlamının Tam Olarak Ortaya Çıkarılması

Anayasa Mahkemesi insan onuru (E.1963/57, K.1965/65 AMKD,S.4, s.3-9.) hukuk devleti, sosyal hukuk devleti, yasa önünde eşitlik kavramlarına ilişkin kararlarında bu somutlaştırma tekniğini kullanmıştır.

c) **Anayasanın Zenginleştirilmesi**

İçtihat yoluyla Anayasanın geliştirilmesi tekniğidir. Anayasada düzenlenmemiş olsa bile **hukukun üstünlüğü ilkesine** dayanarak tüm norm programlarının uygulanması yoluyla Anayasanın zenginleştirilmesidir.

Medeni Kanun md. 310 'da yer alan "cinsel ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedilemeyeceği" kuralını iptal ederken Anayasa Mahkemesi, Anayasayı zenginleştirme tekniği ile somutlaştırmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 25 f. II, Avrupa Sosyal Haklar Şartı md. 17 ve Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Kurulunun 1973 tarihli kararına yollamada bulunarak, Medeni Kanunun kabul edilmesindeki esas amacın, "Türk Ulusunu" çağdaş uygarlık düzeyinde bir hukuk düzenine kavuşturmak" olduğunu vurgulamıştır. Bu kural mahkemeye göre çağdışı ve Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin niteliğine, yasa önünde eşitlik ilkesine, ailenin korunması kuralına aykırıdır. (E.1080/29, K.1981/22, AMKD,S.19. s.109-117.)

III. TEMEL HAKKIN KORUMA ALANI VE MÜDAHALE

Temel hakkın koruma alanı ve **müdahale** kavramları birbirleriyle ilişkilidir.

Temel hakkın koruma alanı ne kadar geniş anlaşılırsa, devlet tasarrufu o derece bir müdahale gibi görünür. Ne kadar dar anlaşılırsa devlet, temel haklarla o derece az bir çatışmaya girer.

Bir **temel hakkın koruma alanı**, normal hukuksal yorum metotlarıyla yani, temel hakkın sözü, sistematik konumu, tarihsel oluşumu göz önünde tutularak belirlenmelidir.

Müdahale kavramı da bir takım varsayımlara göre değil, temel hak kavramına ve fonksiyonuna göre belirlenmelidir.

1- Koruma Alanını Belirleme

Koruma alanı her münferit temel hak için ayrı belirlenmelidir. Ancak bunu yaparken öncelikle ve genel olarak aşağıdaki noktalar esas alınmalıdır:

a) Söz konusu **alan kavramı** yanlış bir yorumla mekânsal düşünceye götürmemelidir. Alan, farklı hareketleri aynı koruma alanı içeriğinde birleştiren bir mekan olmak zorunda değildir.

Daha ziyade aynı fonksiyon, aynı rol, aynı konu, koruma alanının uyumlu içeriğini oluşturabilir.

Örnekler: Anayasa md.21'deki konut kavramı, bir mekanı belirlemekle birlikte md. 21 konutu, konut alanı içinde gerçekleştirilen tüm davranışlar için serbest bırakmamaktadır.

Anayasa md. 21 konutu, bireye sığınak ve kendi kişisel ve olasılıkla işine yönelik davranışlarını gizlemek olanağı sağlayan fonksiyonu ile korumaktadır.

Bu davranışların ne zaman hukuka uygun ya da aykırı olduğu md..21'e göre değil, başka temel haklara göre ölçülmelidir.

Örneğin diğer temel haklarla bağdaşabilen ceza ve özel hukuk normları hem konutun içinde, hem dışında geçerlidirler. Sadece devletin zorla konuta girmesi md. 21'e göre değerlendirilmelidir.

b) Koruma alanı ve müdahale birbirleriyle ilişkili olduklarından koruma alanı bazen müdahaleye bakarak değerlendirilmelidir. Yani temel hakkın neye karşı korunduğu sorulmalıdır.

Örnekler:

Anayasa md 34 f. I daha madde metninde, toplantı özgürlüğünün başvuru ve izin yükümlülüğüne karşı korunması gerektiğini ifade etmektedir.

Anayasa md 17'de düzenlenen yaşam ve beden bütünlüğü üzerindeki hakkın tarihsel gelişiminden, temel hakkın yaşama ve beden bütünlüğüne yapılacak, suç oluşturan belli müdahalelere karşı korunması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Başlangıç kuralları 6. Prf.'ta düzenlenen insan onurunun korunması ilkesinin koruma alanı, salt müdahale yönünden yani olası tecavüzlerden yola çıkılarak belirlenmelidir.

2- Müdahaleyi Belirleme

Klasik müdahale kavramının dört koşulu vardır:

- Müdahale **sonucu amaçlamalı** ve tümünden başka hedeflere yönlendirilmiş devlet tasarruflarının, amaçlanmamış bir sonucu olmamalıdır.
- Devlet tasarrufunun sadece planlanmış dolaylı bir sonucu olmamalı, **doğrudan bir sonucu** olmalıdır.
- Sadece eylemsel değil, **hukuksal sonuç doğuran bir hukuk işlemi** olmalıdır.
- **Emir ve zorla** düzenlenmiş ve uygulanmış olmalıdır.

Modern temel hak anlayışı, klasik müdahale kavramını çok dar olması nedeniyle reddetmektedir.

Klasik anlamda müdahale oluşturan devlet eylemleri, **modern anlamda da müdahale** oluşturmakla birlikte, modern anlamda devletin başka eylemleri de müdahale oluşturmaktadır. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 64)

Modern temel hak anlayışına göre, müdahale kavramının genişletilmesinin temelinde, **temel hakların** subjektif hukuksal garanti içeriğini genişleten ve onları, objektif hukuksal garanti içeriği ile tamamlayan **liberal devletin, sosyal hukuk devletine doğru gelişimi** yatmaktadır.

Yaşam koşulları nedeniyle her gün devlete biraz daha muhtaç durumda olan birey, devlet eylemlerinin, sadece varlığı garanti edici değil, aynı zamanda bu varlığı tehdit edici, sadece özgürlüğü sağlayıcı değil, aynı zaman özgürlüğü zedeleyici olduğunun bilincine varır.

Devlet ve birey ne kadar çok temas noktalarına sahipler onlar arasında o derece çok çatışma olanakları gelişir.

Müdahale kavramının genişletilmesi her dört klasik kriter için de geçerlidir.

Modern temel hak anlayışına göre, **müdahale, bireye temel hakkın koruma alanına giren bir davranışı olanaksız kılan her türlü devlet tasarrufudur**. Bu sonucun amaçlanmış, amaçlanmamış, doğrudan ya da dolaylı, hukuksal ya da eylemsel olması, emir ve zorla veya emir ve zor olmadan gerçekleşmesi önem taşımaz. Bununla birlikte sonucunun kamu gücünün nedensel ve isnat edilebilir bir davranışından doğması gereklidir. (**BVerfGE** 66,39/60) (Pieroth & Schlink, 1986, s. 65)

Örnekler: Kaçan bir sanığa ateş eden bir polis memurunun hedefinden sapan merminin olayla ilgisi olmayan yoldan geçen birine rastlaması, amaçlanmamış, eylemsel ve dolaylı bir müdahaledir.

Çocuğu için emir olunan zorunlu aşı sırasında annenin hastalığa yakalanmasında amaçlanmamış eylemsel veya dolaylı bir müdahale vardır.

Telefon konuşmalarının dinlenmesi emir ve zor kullanmadan yapılan eylemsel müdahalelerdir.

Bununla birlikte kavramın genişletilmesi problemleri doğurmaktadır.

Amaçlanmamış ve dolaylı sonuçların kavrama dahil edilmesi ile, müdahaleler sadece devlet tasarruflarının yöneltildiği birey (muhatap) bakımından değil, devletin onlara karşı bir davranışı belirli koşullar altında istemediği ve hatta bunun bilincinde de olmadığı üçüncü kişiler (üçüncü zarar gören) bakımından da gerçekleşmiş olur. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 65)

Örnek: Devlet tarafından bir özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın infazı ile mahkumun karısı, çocukları ve ana babası Anayasa md 41'de düzenlenmiş olan ailenin

korunması ilkesine dayanarak, Anayasa md 36'ya göre hukuksal koruma isteyebilirler mi?

Tüm eylemsel sonuçların kavram kapsamına alınması halinde, devlet tasarruflarının temel hak kullanımı zorlaştırması ile, bu kullanımı gerçekten olanaksız kılması arasındaki sınırın belirlenmesi önem taşımaktadır.

Henüz bir müdahale oluşturmayan taciz etmeyi, zarar vermektan ayırmak gereklidir. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 65)

Örnek: Bir birikime neden olan anayoldaki polis kontrolünün polisçe durdurup kontrol edilmeyen taşıt sahiplerinin ilerlemesine engel olması bu kişiler bakımından bir müdahale oluşturur mu?

Müdahale kavramının genişletilmesinin doğurduğu problemlerin kesin bir formülle çözülmesi olanaksızdır. Salt eylemsel sonuçların müdahale olarak tanınması durumunda amaçlanmamış ve dolaylı sonuçların da müdahale olarak kabul edilmesi zorunlu hale gelecektir. Oysa devlet eylemlerinin tek ve kesin olarak amaçlı ve doğrudan doğruya sonuç doğuranları hukuksal olanlarıdır.

Ancak taciz etme ile zarar verme arasındaki sınırın çizilmesi güçlük doğurmaktadır. Bireye temel hak tarafından korunan davranışı olanaksız kılan bir devlet yaptırımını söz konusu olduğunda veya temel hak tarafından korunan davranış bir devlet yaptırımına vesile yapılmışsa kesin olarak daima bir müdahalenin varlığı kabul edilmelidir (Krş. BVerfGE 64,108/115)

Önemsiz işlerde, günlük olağan külfetlerde, subjektif hassasiyetlerde bir zarar verme ya da müdahale söz konusu olmamalıdır.

Örnek;

Anayoldaki polis kontrolü kime karşı uygulanıyorsa ona karşı bir müdahale oluşturur. Bu nedenle bu kontrol konvoyda bekleyenler için günlük olağan külfetlerden biridir.

Yasa koyucunun tacizi, tecavüzden ayıran bir sınırın ne zaman aşıldığı ve bir müdahalenin söz konusu olduğu konusunda önceden bir kriter koyması olanaksızdır. Çünkü bu durum temel hakları yasa koyucunun takdirine bırakmak olacaktır ve temel haklarla bağlılık (Anayasa md.11) ilkesiyle bağdaştırılmaz. (Pieroth & Schlink, 1986, s. 66)

Kaynakça

Gönül, M. (1990). *Anayasa Mahkemelerinin İçtihatlarına Göre Temel Haklar Kavramı, VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, (Türk Raporu)*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 17.

Haeberle, P. (1983). *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs 2 GG, 3 B.* Heidelberg.

Haefliger, A. (1990). *İsviçre Federal Mahkemesi Raporu, Anayasa Normlarının Hiyerarşisi ve İnsan Haklarının Korunmasındaki İşlevi, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları No:18.

Hesse, K. (1977). *Grünzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, Karlsruhe.

Huber, H. (1977). *Über die Konkretisierung der Grundrechte*. Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Bäle.

Mangoldt, H. v., & Klein, F. (1985-1990). *Das Bonner Grundgesetz Art.1. Abs.3.* KN 170.

Maunz, T. (1968). *Deutsches Staatsrecht, 16 B.* München.

Pieroth, B., & Schlink, B. (1986). *Grundrechte Staatsrecht II, Schwerpunkte- C. 2, Bd. 3.* Heidelberg.

Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara.