

**FRIEDRICH MÜLLER'İN  
“TEMEL HAKLARIN NESNEL SINIRLILIĞI”  
TEORİSİ ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Yrd. Doç. Dr. Arda ATAKAN\*

**Giriş**

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinde; Anayasanın 13. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikle, genel sınırlama nedenleri kaldırıldığında, doktrinde genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasıyla birlikte, kendi maddelerinde herhangi bir yasa kaydı olmayan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaz hale geldiği, kendi maddelerinde bazı sınırlama nedenleri yer alan temel hak ve özgürlüklerin de bazı yönlerden (kısmen) sınırsız hale geldiği eleştirisi yapılmıştır. Bu eleştiriye yanıt teşkil ettiği öne sürülen ve ülkemizde Fazıl Sağlam tarafından tanıtılmış olan bir teori mevcuttur. “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” teorisi, Alman hukukçu Müller tarafından geliştirilmiş ve Fazıl Sağlam’ın “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü” isimli eserinde detaylı olarak incelenmiştir. Müller’in temel hak ve özgürlüklerin nesnel sınırlılığı anlayışı uyarınca; yasa kayıtsız hak anlayışına karşı Alman doktrininde oluşan tepki sonucu doğan içkin sınırlar teorilerinde yer alan, tüm hak ve özgürlükler üzerinde etkili olan genel sınırlama formülleri reddedilmekte, bunun yerine temel hakların kendi yapılarında mevcut olduğu kabul edilen sınırlar temel alınmaktadır. Müller’e göre hiç bir temel hak ve özgürlük sınırsız değildir. Ancak bu sonuca varmak için bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan aksiyom ya da postülalara gerek yoktur. Hakların sınırsız olamayacakları, onların “norm alanlarının” nesnel sınırlılığının bir sonucudur. Bu teori, doktrinde ele alınıp, incelenmiş ve bu teoriye bazı eleştiriler de yöneltilmiştir. Kanaatimizce de, Müller’in teorisinin bazı eksik yönleri vardır. Bu çalışmada, öncelikle basit-nitelikli yasa kayıtları ayrımı ve

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

anayasal sınırlama konusu kısaca ele alınacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile sınırlılığın arasındaki ayrımı değinildikten sonra, çalışmanın esas konusu olan Müller'in "Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı" teorisi detaylı olarak ele alınacak ve doktrinde Müller'in teorisine yöneltilen eleştiriler incelenecektir. Bu bağlamda, Müller'in teorisinde tespit ettiğimiz bazı eksik ve sorunlu hususlar ele alınacaktır.

## **I. Basit - Nitelikli Yasa Kaydı ve Anayasal Sınırlama**

### **A. Basit Yasa Kaydı**

Basit Yasa Kaydı, anayasada bazı haklar için genel bir sınırlama yetkisinin öngörülmesi ve belli bir sınırlama nedeni gösterilmemesidir. Örneğin Alman Anayasasının yaşam hakkını, vücut dokunulmazlığını ve kişi hürriyetini güvence altına alan 2. maddesinin, 2. fıkrası bu haklara "bir yasaya dayanılarak müdahale edilebileceği"ni öngörmektedir. Aynı şekilde 8. maddenin 2. fıkrasında da açık hava toplantılarının yasa ile veya bir yasaya dayanılarak sınırlanabileceği belirtilmiştir.<sup>1</sup> 1924 Anayasasında temel hak ve özgürlükler basit yasa kaydına bağlıydılar. Örneğin 77. maddede basın kanun çerçevesinde serbest olduğu ifade ediliyordu.<sup>2</sup>

### **B. Nitelikli Yasa Kaydı**

Anayasanın, bazı temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamanın sadece yasayla yapılabilmesinin ötesinde, sınırlama getiren yasanın belli koşullara dayanmasını, belli amaçlara hizmet etmesini veya belli araçları kullanmasını istediği temel haklarda nitelikli yasa sınırlaması kaydı mevcuttur.<sup>3</sup> Örneğin Bonn Anayasasının 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama nedenleri şu şekilde sıralanmıştır: Yeterli bir yaşam temelini bulunamadığı ve bu durumun kamu için özel bir yük teşkil edeceği haller; özgürlükçü demokratik temel düzenin varlığını tehdit eden bir tehlikeyi önleme, bulaşıcı hastalıklardan, doğal afet-

---

<sup>1</sup> Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982, s.29-30.

<sup>2</sup> Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s.365.

<sup>3</sup> Gören, s.366.

lerden, çok ağır kazalardan korunma; gençliği sefalet ve avarelikten koruma, suç teşkil eden fiilleri önleme.<sup>4</sup>

1982 Anayasasının 23. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; yerleşme özgürlüğü, "suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak", seyahat özgürlüğü: "suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir."<sup>5</sup>

### C. Anayasal Sınırlama

Temel hak ve özgürlükler bazı durumlarda anayasanın kendisi tarafından sınırlanmaktadır. Temel hak ve özgürlükler Anayasada yer alan kendi normu içinde veya Anayasanın başka bir normu ile sınırlanmış olabilir.<sup>6</sup> Anayasal sınırlar bir temel hak ve özgürlüğün doğrudan doğruya anayasa tarafından öngörülen sınırlarıdır.<sup>7</sup> Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ancak silahsız ve saldırsız olarak gerçekleştirilmesi koşuluyla mevcuttur (madde 34). Hak arama özgürlüğü ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanarak hak aramayı kapsar (madde 36). Bilim ve sanatı yayma hakkı, Anayasanın 1. 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesi amacıyla kullanılamaz (madde 27). Düzeltme ve cevap hakkı ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir (madde 32). İbadet, dini âyin ve törenler Anayasanın 14. maddesinin hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla serbesttir (madde 24). Doğrudan anayasal sınırlamaların söz konusu olduğu durumlarda, yasa koyucunun yasa yoluyla bu tip sınırları somutlaştırması teknik anlamda sınırlama sayılmamaktadır.<sup>8</sup> Bu tip sınırlamalara ilişkin olarak yasamanın yaptığı yasaların, inşai nitelikte değil, sadece açıklayıcı nitelikte olacağı ifade edilmektedir.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Sağlam, s.30.

<sup>5</sup> Gören, s.366.

<sup>6</sup> Sağlam, s.30.

<sup>7</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.102; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 7.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s.121.

<sup>8</sup> Sağlam, s.30.

<sup>9</sup> Özbudun, s.103.

Doktrinde Anayasadan kaynaklanan sınırlamaların en yaygın modelinin yasaklar biçiminde düzenlemeler olduğu ifade edilmekte ve bunlar da soyut ve somut olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.<sup>10</sup>

Soyut nitelikteki yasaklar veya yasaklamalar, içerikleri tam olarak belirlenmemiş bir başka deyişle somutlaştırılmamış yasaklardır. Yasama bu yasaklamaların gereğini yerine getirmekle görevlidir, böylece yasa yoluyla somutlaştırılacaklardır. Bu somutlaştırma yasa yoluyla yapılmadıkça idare ve yargı tarafından doğrudan doğruya soyut nitelikteki yasakların uygulanması söz konusu olamaz.<sup>11</sup>

Soyut yasaklara örnek olarak gösterilen hükümler:<sup>12</sup> “Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” kuralı (Başlangıç, 5. paragraf); temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasını bildiren hükmün ve yaptırımlarının gereğini yerine getirme (madde 14); bilim ve sanatı yayma hakkının Anayasanın 1, 2, ve 3. maddelerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmaması (madde 27/2); grev ve lokavt haklarının toplum zararına kullanılmaması (madde 54/2) gibi hükümlerdir.

Somut nitelikteki yasaklar ise kendiliklerinden ve doğrudan doğruya uygulanabilecek kadar açık olan hükümlerdir.<sup>13</sup> Örneğin; siyasi partilerin ticari faaliyetlere girişmemeleri (madde 69/2), bazı kişilerin parti üyesi olamamaları (madde 68/5). Bu tip hükümlerin, ceza yargısı dışındaki yargı organlarınca ve idare tarafından doğrudan uygulanabilir nitelikte oldukları ancak bu tip yasaklamalar ve kısıtlamaların hemen hepsinin yasalarda ayrıntılı olarak yer almış olmaları sebebiyle, bu olasılığın fazla yüksek olmadığı da belirtilmektedir.<sup>14</sup>

Anayasal sınırlamalar genellikle sınırladığı temel hak ve özgürlüğe ilişkin maddenin içinde yer alırlar.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.121.

<sup>11</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.121.

<sup>12</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu s.121-122.

<sup>13</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.122.

<sup>14</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.122.

<sup>15</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.121.

Alman Anayasasından bu konuda şu örnekler verilebilir; Anayasa madde 5/3 uyarınca Anayasaya karşı sadakat yükümlülüğüne aykırı bilimsel eğitim yasaktır, Anayasa madde 9/2 uyarınca amaç ve faaliyetleri ceza yasasına aykırı olan, anayasal düzene veya ulusların anlaşması düşüncelerine karşı olan topluluklar yasaktır.<sup>16</sup>

Yasa koyucu temel hak ve özgürlüklere Anayasa hükümleriyle getirilen bu sınırları basit yasalarla düzenlerse, bu temel hak ve özgürlükleri kendisi sınırlandırmış sayılmaz, sadece daha önce çizilmiş olan sınırları açıklayıcı nitelikte tespit etmiş olur.<sup>17</sup>

## II. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlılığı (Objektif Sınırlar)

Anayasada veya ilgili yasalarda herhangi bir temel hak ve özgürlüğe yönelik olarak hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa dahi her bir temel hak ve özgürlüğün kendi yapısından kaynaklanan sınırları vardır. Bu nedenle "temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması" ile "temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı" farklı anlama gelir.<sup>18</sup> Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, "sınırlama" dan farklı olarak, anayasada yer alan sınırlama nedenlerine dayanmaz. Sınırlılık, temel hak ve özgürlüğün koruduğu alana dışarıdan müdahale edilerek bu alanın daraltılması değildir. Sınırlılık, dışarıdan yapılan müdahaleden kaynaklanmamaktadır, bizzat o temel hak ve özgürlüğün kendisinde mevcuttur.<sup>19</sup> Dolayısıyla, yasa kaydına dayanan bir yasal sınırlama belli bir temel hak ve özgürlüğün koruduğu alana dışarıdan müdahale edilerek, koruma alanının sonradan daraltılması sonucunu doğurur. Bu nedenle sınırlama kurucu (inşai ,konstitütif) niteliktedir. Buna karşın, temel hak ve özgürlüğün sınırlılığında ise, hakkın koruduğu alanın dışarıdan müdahale ile daraltılması söz konusu değildir. Sınırlılık, temel hak ve özgürlüğün kendi yapısının sınırlarını ifade eder. Yasa koyucunun bu sınırları belirlemesi açıklayıcı (beyan edici, deklaratif) niteliktedir. Çünkü hak

<sup>16</sup> Korkut Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta, 1. Bası, İstanbul 2000, s.9.

<sup>17</sup> Kanadoğlu, s.9.

<sup>18</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Sayı:57 (2), Nisan-Haziran 2002, s.22; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s.220-221.

<sup>19</sup> Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982, s.22-23, s.32-33, Gözler, s.220; Hakyemez, s.22.

alanında bir daralma söz konusu değildir. Yasa koyucu zaten mevcut olan sınırları belirlemekle yetinmiştir.<sup>20</sup> Dolayısıyla herhangi bir temel hak ve özgürlüğün objektif sınırı, kendi yapısının sınırlandırmasıdır. Bir başka deyişle, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir sınırlılıktır.<sup>21</sup> Bu tanımın kapsamı içine giren muhtelif teoriler Federal Almanya yargı organları içtihadı ve kamu hukuku doktrininde geliştirilmiştir. Bu teoriler, “içkin (immanent) sınırlar” teorileri olarak adlandırılan teoriler ve Müller’in “nesnel sınırlılık” teorisidir.<sup>22</sup> Bu çalışmada sadece Müller’in teorisi ele alınıp, incelenecektir.

Doktrinde, Sağlam, klasik özgürlük anlayışı uyarınca özgürlüğün ilke olarak sınırsız sayıldığını, dolayısıyla yasa kaydı içermeyen bir temel hak ve özgürlüğün hiçbir sınırı olmayan, uçsuz bucaksız bir özgürlükmüş gibi düşünüldüğünü, nitelikli yasa kayıtlarında da, ilgili temel hak ve özgürlüğü düzenleyen maddenin içinde yer alan sınırlama nedenleri dışında kalan durumlar bakımından da, aynı sınırsızlığın, uçsuz bucaksız bir özgürlüğün mevcut olduğunun varsayıldığını, bu varsayımında, klasik özgürlük yaklaşımıyla düşünenleri; bu durum karşısında yasa koyucunun elinin kolunun bağlı kaldığı sonucuna götürdüğünü belirtmektedir.<sup>23</sup>

Sağlama göre, kademeli sınırlama sisteminin açıkta bıraktığı sanılan birçok sorun, temel hakların kapsamından hareket eden, onların norm alanlarını, geçerlilik içeriklerini araştıran bir yaklaşımla çözülebilmektedir. Bu tarz bir yaklaşım, ilk bakışta sınırlama gibi gözükken birçok yasal tedbirin gerçekte ilgili olduğu temel hakkın norm alanı dışında kaldığını göstermektedir. Bu yaklaşım uyarınca, kademeli sınırlama sistemi içinde temel hakların sınır ve engel tanımayan, amaca aykırı bir biçimde kullanılacağından endişe etmeye gerek yoktur. Çünkü temel hakların geçerlilik muhtevaları, yalnızca norm alanları açısından özgül

<sup>20</sup> Sağlam, s.22-23,32-33;Gözler,s.220-221;Hakyemez,s.22.

<sup>21</sup> Sağlam,s.130.

<sup>22</sup> İçkin sınırlara ilişkin teorilerin ortak özelliğinin, tüm temel haklar için geçerli olan içkin sınırların mevcut olduğunu öne sürmek olduğu ifade edilmektedir (Sağlam,s.33-34). Bu teorilere ilişkin geniş bilgi için bakınız, Sağlam,s.32-47.

<sup>23</sup> Sağlam,s.130. Bu tip endişeler,1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde Güran tarafından(bakınız Sağlam,s.132) ve 1982 Anayasasında 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerden sonra Gözler tarafından (bakınız, Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2001/4, yıl:59, s.64; Kemal Gözler,“3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı 19, Antalya,2002,s.348-354) dile getirilmiştir.

(spesifik) sayılabilecek kullanım biçimleriyle sınırlıdır.<sup>24</sup> Sağlam'ın bu görüşleri Müller'in nesnel sınırlılık teorisine dayanmaktadır. Müller'in nesnel sınırlılık teorisinde, temel hakların sınırları bakımından tüm temel haklar için geçerli olan sınırlar anlayışı, genel sınırlama formülleri reddedilmekte, temel hakların geçerlilik muhtevaları hareket noktası yapılmaktadır. Hakların sınırsız olamayacağı "norm alanlarının" nesnel sınırlılığının bir sonucudur.<sup>25</sup> Temel haklar yalnızca kendi norm alanları üzerinde " normatif koruyucu etki" ye sahiptirler.<sup>26</sup>

### III. Müller'in "Nesnel Sınırlılık" Teorisi

#### A. Genel Olarak

Müller, teorisini hukuki pozitivismi arkasında bırakan normlar teorisi olarak nitelendirmektedir.<sup>27</sup> Başlıca savı, ortaya koyduğu şekliyle 'hukuki normun post-pozitivist yapısal teorisi'<sup>28</sup>, 'norm ve norm metni arasındaki özdeşmezlik' tezidir.<sup>29</sup> Müller, bu tezle; bir normun, sözel (lâfzî) anlamından daha fazlası olduğunu söylemektedir.<sup>30</sup> Yazara göre norm, kâğıt üzerindeki sözel bir ilkeden daha fazlasını ifade ettiği için, normun uygulanması metnin yorumu ile tükenmiş olamaz.<sup>31</sup> Post-pozitivist olan, dolayısıyla Müller için, yeterli olan bir normlar teorisi, yazara göre; hukuki normların sosyal gerçeklik ile, uygulama alanları ile

---

<sup>24</sup> Sağlam,s.51.

<sup>25</sup> Sağlam,s.47.

<sup>26</sup> Esra Atalay, Türkiye'de toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:65, İzmir, 1995, s.94; Oktay Uygun,1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.54.

<sup>27</sup> Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 2 nd edn.(Berlin,1976),24,26 ff'den aktaran Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Translated by Julian Rivers),Reprinted 2004, Oxford, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, s.38

<sup>28</sup> Müller,a.g.e,265'den aktaran Alexy,s.38.

<sup>29</sup> Müller,'*Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie*', *Rechtstheorie*, 8(1977),75; Müller, *Juristische Methodik*,55,61,174,202,265'den aktaran Alexy,s.38.

<sup>30</sup> Müller,*Juristische Methodik*,117; *Normstruktur und Normativität*(Berlin,1966),147 ff'den aktaran Alexy, s.39

<sup>31</sup> Friedrich Müller, *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*(Yayına Hazırlayan: Fazıl Sağlam, Çevirenler: Bertil Emrah Oder,Korkut Kanadoğlu,Osman Can,Fazıl Sağlam), T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları:2009/2,1.Baskı,İstanbul,2009,s.18.

belirlendiği varsayımından kaynaklanmalıdır.<sup>32</sup> Müller'e göre bir normun sözü (lafzı) geleneksel olarak; hukuki buyruk olarak anlaşılan "norm programı" nı ifade eder.<sup>33</sup> Bununla eşit statüde olan, norm alanıdır. Norm alanı, normatif programın kendi düzenleme alanı olarak sosyal gerçekliğin içinden seçtiği kesitin temel yapısıdır veya kısmen kendi yarattığı sosyal gerçeklik kesitinin temel yapısıdır (başkaları yanında geniş ölçüde biçim kurallarında olduğu gibi).<sup>34</sup> Norm alanı, tamamıyla hukuk tarafından yaratılabileceği gibi (süreler, vadeler hakkındaki hükümler, biçim kuralları, kurumsal ve usuli düzenlemeler vd.) hukuk tarafından yaratılmamış da olabilir (Alman Anayasası madde 1/1, 3/2 ve 3/3, 4/1, madde 5/3 cümle 1 ve benzeri kurallar). Yazara göre, çoğu durumda her iki durum bir arada geçerlidir: Norm alanı hem hukukun yarattığı hem de hukuk tarafından yaratılmamış unsurları içerir.<sup>35</sup> Buna göre hukuki norm, hukuki buyruğu ve buyrukla düzenlenen eşit ölçüde kapsayan bağlayıcı bir önerme olarak anlaşılır.<sup>36</sup> Olan ve olması gereken arasındaki karşıtlığın bu yolla üstesinden gelinir.<sup>37</sup> Yazara göre, hukuk normunun, kendi düzenleme alanından yalıtılmış bir "varsayımsal hüküm", bir otorite tarafından gerçekliğin üstüne konulmuş bir biçim olmadığı, aksine düzenleme konusu olan sosyal alanın maddi yapısından doğan düzenleyici ve emredici bir sonuç olduğu hususu, özellikle anayasa hukukunda belirgin biçimde görülür. Hukuksal uygulama sürecinde uyumsuzluğu çözecek hukukun bulunması ve kararın gerekçelendirilmesine ilişkin bağlantıların "normatif" ve "ampirik" unsurları, çoğu kez birbirine bağlı ve böylece eşit derecede normatif etkiye sahip olarak ortaya çıkarlar. Hukuk somutlaştırmasının gerçek süreci içinde, "hukuk" ve "gerçeklik" her biri kendi için var olan bağımsız büyüklükler değildir. Düzenleme ve bununla düzenlenen nesnel alan, normun somutlaştırılmasında ilke olarak eşit derecede etkiye sahip, farklılıkları göreceli olan esaslardır.<sup>38</sup> Bir başka deyişle; bir karara (hükme) ulaşmak için gerçek veri (ampirik veri), lingüistik veri (normun lafzı) ile birlik-

<sup>32</sup> Müller, 'Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie', 75'den aktaran Alexy, s.39.

<sup>33</sup> Müller, Juristische Methodik, 117'den aktaran Alexy, s.39; Müller, Anayasa Hukukunun... s.26.

<sup>34</sup> Müller, Juristische Methodik, 117'den aktaran Alexy, s.39; Müller, Anayasa Hukukunun... s.26.

<sup>35</sup> Müller, Anayasa Hukukunun... s.26.

<sup>36</sup> Müller, Juristische Methodik, 194, 121'den aktaran Alexy, s.39

<sup>37</sup> Müller, Juristische Methodik, 60, 193'den aktaran Alexy, s.39

<sup>38</sup> Müller, Anayasa Hukukunun... s.26-27.



te, diğer tüm etkenlerden daha belirleyicidir ve bu nedenle prensip olarak eşit önemdedir. Dolayısıyla, norm programı tarafından kendi düzenleme alanı olarak gerçek yaşamın sosyal gerçekliğin içinden seçilen belli bir nesnel kesiti ifade eden "norm alanı", normatif programla eşit önemde olarak, norma dâhildir.<sup>39</sup> Müller'e göre, norm alanı, nesnel ilişkiler alanının ayrıntıları ile özdeş değildir. Norm alanı hukuki düzenlemenin nesnel unsurudur. Norm programı bir hukuki düzenlemeyle ilgili verilerin, bir başka deyişle nesnel alanın tamamından, normatiflik olgusunun bir unsuru olarak norm alanını öne çıkarır. Norm alanı, normatifliği birlikte oluşturan bir etkidir. Norm alanı olguların bir toplamı değildir. Yapısal unsurların gerçeğe yakın formüle edilmiş bir ilişkisidir. Söz konusu unsurlar, norm programının seçici ve değerlendirici bakış açısıyla sosyal gerçeklik içinden seçilip, çıkarılır ve bunlara genellikle ve en azından kısmen hukuksal bir biçim verilir. Norm programının bakış açısıyla seçilerek, hukuksal bir biçime sahip kılınması nedeniyle norm alanı hukuk dışı gerçeklik kesitinin yalnız bir kopyası olmanın ötesinde bir nitelik kazanır. Yazara göre norm alanı "fiili durumun normatif gücü" anlamında açıklanmaz. Hukuk normu, nesnenin belirlediği bir düzen modeli olarak, hukuksal topluluğun bağlayıcı bir kısmi düzen önerisi olarak kendini gösterir. Düzenleyen ve düzenlenecek olanın zorunlu olarak bir bütün teşkil ettiği ve hukukun gerçekleştirilmesi çabasında karşılıklı olarak birbirini tamamladığı ve desteklediği bu kısmi düzen, hukuksal kural tarafından dilsel olarak kopyalanır. Norm alanının, bir hukuk normunda, keza bir karar normunda göze çarpması sadece norm programı tarafından belirlenen sorunlar çerçevesinde söz konusu olur. Böylece yasama, idare ve yargı organlarının pratikte norm alanına normatif bir etki tanımlarıyla, fiili durumun sahte normatifliğine kapılmış olmayacaklardır.<sup>40</sup> Norm alanlarının farklı nesnel özellikleri, hukuk biliminde her bir disiplinin farklılığını meydana getiren etkenler arasında yer alır. Biçim kurallarında, usul ve örgütlenmeye ilişkin normlarda, atf kurallarında, yasal tanımlamalarda, hukuk dogmatikliğine ait olan kavramsal ifadeler içeren düzenlemelerde, norm alanları, ilgili normun içerisinde saklı kalır. Bu konulara ilişkin normlar somutlaştırma için uygulamaya ek bir bakış açısı getirmezler. Bir normun nesnel alana (ilgili sosyal gerçeklik, nesnel yaşam ilişkileri alanına) olan bağı ne kadar kuvvetli ise, norm alanı, hukukça yaratılmamış unsurları ne kadar çok ihtiva ediyor ise, bu özellikteki bir normun uygulanması

<sup>39</sup> Müller, Anayasa Hukukunun...s.26; Müller, Juristische Methodik, 200 ff'den aktaran Alexy, s.40.

<sup>40</sup> Müller, Anayasa Hukukunun...s.27.

için norm alanı çözümlemesinin sonuçlarına o kadar fazla ihtiyaç duyulur. Anayasa kurallarında norm alanları bu açıdan genellikle verimlidir ve dolayısıyla somutlaştırma için önemli bir ağırlığa sahiptir.<sup>41</sup>

Müller'e göre, normun sözünün yorumu, somutlaştırma sürecinde rol oynayan en önemli unsurlardan birisidir ama yalnızca bir unsurdur.<sup>42</sup> Bir hukuk normu yalnızca "tek anlamlı" olmadığı veya "açıklıktan" yoksun olduğu yahut "belirsizlik" içerdiği için değil, her şeyden önce gerçek ya da varsayılan bir olaya uygulanması gerektiği için yorumlanmaya muhtaçtır. Normun lafzı kâğıt üzerinde gayet açık veya tek anlamlı olarak görülebilir. Ama zaman içinde karşılaşılabilecek, normun, üzerine uygulanması gereken bir sonraki somut olayın kendine özgü özellikleri karşısında, norm, somut olaya getirmesi gereken hukuki çözüm bakımından büyük ölçüde belirsiz kalabilir. Somutlaştırma sürecinde, önceden tekemmül etmiş bir şeyin, yine fiilen tamamlanmış bir olaya uygulanması söz konusu değildir. Hukuk normu ne tamamlanmıştır ne de "içerdiği maddi öz bakımından" sona ermiştir. Hukuk normu normatif düzenlemenin nesnel olarak tanımlanabilir olan, akılcı bir metodik aracılığıyla ayrıştırılabilir çekirdeğidir. Söz konusu çekirdek her bir somut olayda karar normu olarak somutlaşır ve böylece çoğunlukla açıklık kazanır, farklılaşır, nesne olarak zenginleşir, hukuk devletinde müsaade edilen sınırlar içinde gelişir.<sup>43</sup> Hukuki karara ulaşma sürecinde geniş anlamda sosyal bilime ilişkin çalışma ile gerekli ilişkinin kurulması ve somutlaştırılacak olan normun, norm alanının gerektirdiği sosyolojik, siyasal, iktisadi ve benzer verilerin kullanılması, öncelikle hukukçuların yerine getirmesi gereken bir görevdir.<sup>44</sup>

Doktrinde Alexy, Müller'in norm teorisini ele alıp incelemiş ve bu teoriye ilişkin olarak bazı eleştirilerde bulunmuştur. Alexy'e göre Müller'in teorisi hem genel olarak hem de anayasal hak normları bakımından anayasal hak normunu anlamamız için bir başlangıç noktası oluşturan semantik norm teorisiyle uyumlu değildir.<sup>45</sup> Alexy, öncelikle Müller'in norm teorisini, genel anlamda ele alıp değerlendirmektedir. Yazara göre, Müller'in özdeşmezlik tezini benimsemek

<sup>41</sup> Müller, Anayasa Hukukunun...s.27-28.

<sup>42</sup> Müller, Anayasa Hukukunun...s.28.

<sup>43</sup> Müller, Anayasa Hukukunun...s.18,29.

<sup>44</sup> Müller, Anayasa Hukukunun...s.44.

<sup>45</sup> Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Translated by Julian Rivers), 2004, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, s.39.

için öne sürdüğü gerekçeleri ele almak gereklidir. Kritik gerekçe, Müller'in hukuk teorisi ve hüküm verme teorisi arasındaki bağlantıya ilişkin anlayışında yatmaktadır. Hukuk teorisi ve hüküm verme teorisi, Müller için sadece perspektifleri ile ayırt edilir; onlar aynı madalyonun iki yüzüdür. Bu kavrayış, bir yandan hukuki normların genel yapısal modeli olarak ve öte yandan hukuki karar alma sürecinin (işleminin) inşası olarak görülebilir, gerçekten son kertede hukukçular için bir görev, çalışma programı teşkil eder.<sup>46</sup> Bu bakımdan, yazara göre Müller üç aşamalı bir argüman kullanmaktadır. İlk aşama, soyut-genel, lâfzî yapısıyla hukuk normlarının, yargısal organlar tarafından, somut olayda çözümü sağlayabilecek şekilde açık ve kesin karar normunun yaratılmasında, tek başına belirleyici olamayacağı şeklindeki görüşü ihtiva eder.<sup>47</sup> Karşılaşılan somut bir hukuki sorunda, somut olayın kendine özgü koşulları karşısında, somut olay için somut, açık çözüm getirme anlamında, ilgili hukuk normunun lafzındaki hukuki kavramlar, hukuki ifadeler yetersizdir, önceden verili bir çözüm sağlayamazlar.<sup>48</sup> Argümanın ikinci aşaması, hukuki normları belli bir geçerlilik kriteri tarafından tanımlanan sözel (dilsel) varlıklar olarak gören, semantik norm teorisi gibi teorilerin karar belirleyici (hüküm normu) normu, lingüistik veri yardımıyla geliştirmeye zorlandıkları şeklindeki görüşü ihtiva eder.<sup>49</sup> Ama, Müller'in argümanının ilk aşaması uyarınca, sadece lingüistik veri kullanılarak karar normunu oluşturmanın mümkün olmadığı öne sürülür. Böylece normun semantik konseptlerine dayanan teorilerin yetersiz olduğu farz edilir. Argümanın üçüncü aşaması ise, Müller'in probleme getirdiği çözümü ihtiva eder. Bir hükme ulaşmak için, gerçek yaşamın, gerçek veri alanından norm programı tarafından seçilen kesitle oluşturulan norm alanı, lingüistik veri ile birlikte diğer tüm etkenlerden daha belirleyicidir ve bu yüzden prensip olarak eşit önemdedir.<sup>50</sup> Böylece norm alanı, norma ait olarak, normun bir parçası olarak kabul edilir.

Bu argümana ilişkin olarak, Alexy üç itirazda bulunmaktadır. İlki, normun semantik olarak kavranışına yönelik teorilerin yalnızca semantik argümanların

<sup>46</sup> Alexy,s.40.

<sup>47</sup> Müller, Normstruktur und Normativität,148'den aktaran Alexy,s.40.

<sup>48</sup> Müller,'Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie',73'den aktaran Alexy, s. 40.

<sup>49</sup> Müller,'Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie',75'den aktaran Alexy, s. 40.

<sup>50</sup> Müller,Juristische Methodik,200 ff.Sadece olası karar (hüküm) çıktıları kümesi içinden, müsaade edilebilir (caiz) karar çıktıları kümesinin sınırlarını belirlemede, linguistik veri, gerçek yaşam kesiti verisine göre öncelik alabilir (aynı eser,202)'den aktaran Alexy,s.40.

(lingüistik veri) yardımıyla, hukuki kararı haklılaştırmaya zorlandığı görüşüne ilişkindir. İkinci itiraz, bir kararı haklılaştırmak için gerekli olan her argümanın norm kavramında içerilmesi gerektiği şeklindeki genel ifadeye ilişkindir. Üçüncü itiraz ise, özellikle, norm kavramında kapsanan argümanların, kesinlikle norm alanına ilişkin olanlar olduğu şeklindeki teze yöneliktir.<sup>51</sup>

Alexy'e göre; normun semantik olarak kavranışına dayanan bir teorinin, yargısal kararları sadece semantik argümanlar temelinde haklılaştırmaya zorlandığı şeklindeki tez, sadece eğer normun içinde bulunmayan kaynaklar, hukuki muhakemede kullanılamıyor olsa idi, doğru olabilirdi. Eğer sadece bir normun parçası (kısmı, unsuru) olanın yargısal karar almada kullanılabileceği şeklindeki ifade benimsenseydi, bu durumda ya hukuki muhakemenin tüm mühimmatının norm kavramı içine dâhil edilmesi gerekecekti veya rasyonelliği aşırı sınırlandırılmış bir hukuki muhakeme olacak biçimde, hukuki muhakemenin sınırlanması gerekecekti. Dolayısıyla Müller'in tezi benimsenirse, bağımsız değer yargıları (ve bazen bunların da altında yatan değerler dahi) ki bunlar, hukuki haklılaştırmanın gerekli kısmıdır, ya hukuki norm kavramı içine dâhil edilmeli veya hukuki muhakemeden hep birlikte men edilmelidirler. Kabul edilebilecek başka bir alternatif mevcut değildir.<sup>52</sup> Yazara göre; Müller'in tezine cevap olarak, norm kavramı, normatif önem (ve anlam) kavramı ve norm için gerekçe kavramı arasında dikkatli bir ayırım yapılmalıdır. Normatif açıdan önemlilik (anamlılık) hukuki bir kararın lehine veya aleyhine argüman olarak uygun biçimde kullanılabilecek her şeye uygulanır. Hukuki bir kararın lehine veya aleyhine olan en önemli şeyler, geçerli hukuki normlardır. Bu nedenle tüm hukuki normlar, normatif açıdan önemlidir. Buna karşın, normatif açıdan önemli olan her şeyin bir norm olduğu veya bir normun parçası olduğu şeklindeki önerme doğru değildir. Böyle bir önerme, ne kavramsal temelde ne de hukuk devleti ilkesi temelinde gerekli değildir. Lingüistik bir varlık olarak norm ile çeşitli değerlendirici, ampirik, teamüli, doktrinel ve normun belli bir biçimde yorumlanması için öne sürülebilecek diğer gerekçeler arasında ayırım yapmak tümüyle mümkündür. Sadece mümkün değil, arzu edilirdir. Norm, normun önerilen yorumu ve destekleyici argümanlarının aralarında ayırım yapmaksızın, hukuki haklılaştırmanın açık bir kavranışına ulaşabilmek mümkün olmaz.<sup>53</sup> Aynı zamanda hukuk devleti ilkesi

<sup>51</sup> Alexy,s.40-41.

<sup>52</sup> Alexy,s.41.

<sup>53</sup> Alexy,s.41.

de norm ve normatif açıdan önemli (anamlı) olan arasında kesin bir ayrıma işaret eder. Yorum için dayanılan gerekçelerin hepsini veya en azından karar için belirleyici olanları norm kavramına dâhil etmek çok çekicidir, fakat bu süreçte pek az kazanım elde edilir. Yasa koyucunun norm olarak tesis ettiği ile yorumcunun belli bir yorum için öne sürdüğü gerekçeler arasında açık bir ayrım yapmak, hukuk devleti idealine, normun tanımının manipüle edilmesi yoluyla yapay bir itaat imal etmekten daha iyi hizmet eder.<sup>54</sup>

Alexy'ye göre; elbette, Müller'in mümkün olan tüm hukuki argümanları değil, sadece norm alanının içine giren unsurların normun içine dâhil edilmesini istediğini dikkate almak gerekir. Fakat bu sınırlama altında dahi, normların genişletilmesi kabul edilemez.<sup>55</sup> Norm alanının kapsadığı unsurlara ilişkin olarak; ya saf ampirik argümanlar ya değerlendirici ya da normatif argümanlarla bağlantılı olarak ampirik argümanlar yahut saf normatif argümanlar söz konusu olabilir. Eğer saf ampirik argümanlar söz konusu olur ise, bu durumda norm konseptine sorunlu dahil edilişleri yoluyla fazla bir kazanım elde edilemez. Göreli olarak açık uçlu bir norm, saf ampirik argümanlarla birlikte, somut olayın çözümüne yönelik bir cevap veremeyecektir. Ampirik veriyi anlamlı hale getiren değerlendirici veya normatif argümanlar gereklidir. Fakat, eğer norm alanı, bu tip değerlendirici ve normatif unsurları da kapsar ise, bu durumda, bu unsurlar norm metninden ve ampirik veriden açıkça belli olmadığı için, bütün bir kompleks ve tartışmalı argümanlar silsilesi, norm kavramına normatif açıdan anlamlı her şeyin sokulmasına karşı olan argümana rağmen, normun tanımına sokulmuş olacaktır. Bu, normun yorumlanmasında ampirik analizin değersiz olduğunu söylemek anlamına gelmez. Değerli bazı argümanlar ampirik analiz de kullanılarak oluşturulabilir. İtiraz edilen husus, onların norm kavramına dâhil edilmesidir.<sup>56</sup>

## B. Temel Hak ve Özgürlük Normlarının Koruma Alanı

Müller'in norm teorisine ilişkin olarak Alexy'nin yönelttiği eleştirilerden yukarıda bahsedilmişti. Alexy, Müller'in teorisini dar kapsam teorileri kategorisi içinde değerlendirmektedir. Yazara göre Müller'in norm teorisini reddetmek otomatik olarak, neyin anayasal olarak korunduğu ve bu anlamda anayasal hak-

---

<sup>54</sup> Alexy,s.41-42.

<sup>55</sup> Alexy,s.42.

<sup>56</sup> Alexy,s.42.

ların kapsamı dâhilinde olduğuna ilişkin tezinin dışarıda bırakılması anlamına gelmez. Dolayısıyla yazar temel hakkın koruma alanı bağlamında Müller'in temel hak normunun kapsamına ilişkin teorisini ele alıp incelemektedir.<sup>57</sup>

Müller'e göre hiçbir anayasal hak, limitsiz olarak koruma altında değildir.<sup>58</sup> Bu husus, Müller tarafından, anayasal hakların hukuki düzen içindeki konumu ve sınırsız olmalarının imkânsızlığı temeline dayalı olarak izah edilir.<sup>59</sup> Yazara göre, temel hakların anayasal hukuki düzene aitliklerinden, onların, tüm yönlerde sınırsızlığının imkânsızlığı sonucu doğar. Bu özellik adeta her anayasal hak normunun, normatif programının yazılı olmayan unsurudur.<sup>60</sup> Müller, bununla tüm anayasal hak normlarının açık bir sınırlama klozuna sahip olması veya yazılı olmayan bir sınırlama klozuna sahip olması gerektiği şeklinde bir anlamı kasetmemektedir. Aslında böyle bir yaklaşımı kesinlikle reddetmektedir.<sup>61</sup> Daha ziyade, her anayasal hakkın zaten kendi hukuki niteliğinden dolayı, güvencelediği maddi (nesnel, özdeksel) kapsam ile sınırlı olduğunu söylemek istemektedir.<sup>62</sup> Yazara göre; normun temel kavranışı uyarınca içeriksel anayasal korumanın sınırlarını belirlerken, bu husus yazılı olmayan değişiklikler değil, fakat yazılı normatif içeriğe ilişkindir, ki bu da, anayasal düzenlemenin sözleri tarafından ifade edilen, işaret edilen veya açıkça varsayılan norm alanının maddi (nesnel, özdeksel) kapsamıdır.<sup>63</sup> Sınırları belirlemek ve içeriği belirlemek böylece özü itibarıyla aynı şeyi söylemek anlamına gelir.<sup>64</sup> Böylece birincil doktrinel mesele, bir anayasal hakkın nasıl sınırlanabileceği değil, fakat bir anayasal hakkın, verili norm alanının analizi ve anayasal normatif program temelinde geliştirilen geçerlilik muhtevası ile birlikte kapsamının nereye kadar uzandığıdır.<sup>65</sup> Müller'in norm genel teorisıyla tutarlı olarak, anayasal bir hakkın maddi kapsamı için belirleyici olan etken böylece norm alanıdır. Alexy'e göre normatif alan fikri iki fonksiyona sahiptir; birincisi kapsamı belirlemek ve ikincisi de norm

<sup>57</sup> Alexy,s.201-202.

<sup>58</sup> Friedrich Müller, Die Positivität der Grundrechte (Berlin,1969),41'den aktaran Alexy,s.202.

<sup>59</sup> Alexy,s.202.

<sup>60</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,44'den aktaran Alexy,s.202.

<sup>61</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,40,50'den aktaran Alexy,s.202.

<sup>62</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,32'den aktaran Alexy,s.202.

<sup>63</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,32'den aktaran Alexy,s.202.

<sup>64</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,32f.'den aktaran Alexy,s.202.

<sup>65</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,87'den aktaran Alexy,s.202.

alanı analizi yoluyla argümanların kaynağını teşkil etmek.<sup>66</sup> Alexy, özellikle birinci fonksiyona eğilmektedir ki bu da Müller'in bir yol kavşağında resim yapmanın alman anayasasının 5 (3) (1) maddesindeki norm alanının kapsamına girmediğini söylediğinde tasavvur etmiş olduğu tipteki durumda norm alanının oynadığı roldür.<sup>67</sup>

Müller'e göre sadece "muhteva-spesifik"<sup>68</sup>, "spesifik"<sup>69</sup>, "anayasal haklar(a) spesifik"<sup>70</sup> olan korunur veya maddi (nesnel, özdeksel) olarak norm alanına aittir.<sup>71</sup> Fakat anayasal hakların spesifik (özgül) olmayan kullanım biçimleri norm alanına dahil değildir ve korunmaz.<sup>72</sup> Bu ifadelerde kullanılan "spesifik" merkez konsepti, Müller tarafından hakların kullanılmasının belli bir biçiminin, anayasal norm alanının (bir doktrin meselesi olarak önceden geliştirilen) yapısı ile arasında yadsınamaz bir açıklıkta maddi (nesnel, özdeksel) bağlantı yoksunluğu olmadığı takdirde, o kullanım biçimi spesifik olarak tanımlanmaktadır.<sup>73</sup> Böylece, bir kullanım biçiminin, anayasal bir hak bakımından spesifik olup olmadığı norm alanının yapısıyla bağlantılı olma kriterini sağlamasına bağlıdır. Alexy'e göre Müller bu bağlantılılığın gereklerini görelilik olarak yüksek seviyede tutmaktadır.<sup>74</sup> Eğer kullanım biçimi içeriksel olarak tanımlı norm alanı için yapısal olarak gerekli veya esas, temel teşkil eden alana giriyor ise bu bağlantı mevcuttur.<sup>75</sup> Müller bu bağlantının söz konusu olup olmadığını tespit etmek için açık, doğrudan bir test önermektedir. Bir kullanım biçimi, eğer ikame edilebilir (değiştirilebilir) ise, eğer eşit ölçüde değerli, alternatif bir başka kullanım biçimi norm alanı içinde olanaklı ise, söz konusu kullanım biçimi spesifik değildir.<sup>76</sup> Bu ikame edilebilirlik testi anayasal hakların kullanımı ile "rastlantı-

---

<sup>66</sup> Alexy,s.203.

<sup>67</sup> Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik (Berlin,1969),59'dan aktaran Alexy,s.203.

<sup>68</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,74'den aktaran Alexy,s.203.

<sup>69</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,73'den aktaran Alexy,s.203.

<sup>70</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,64'den aktaran Alexy,s.203.

<sup>71</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,74'den aktaran Alexy,s.203.

<sup>72</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,88'den aktaran Alexy,s.203.

<sup>73</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,100'den aktaran Alexy,s.203.

<sup>74</sup> Alexy,s.203.

<sup>75</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,99'dan aktaran Alexy,s.203.

<sup>76</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,101'den aktaran Alexy,s.203

sal” (arızı, tesadüfi), “kazara” olarak gerçekleşen kullanım durumları arasındaki ayrımı karşılık gelir.<sup>77</sup>

Müller’in anayasal hak bakımından “spesifik” olma kriterini, ilave kriterlerle genişletmek teşebbüsünde bulunduğu ifade edilmektedir. Bu teşebbüs öncelikle “tipik” olana ilişkin görüşünde meydana gelmektedir. Buna göre, maddi (nesnel, özdeksel) olarak spesifik olan norm alanını belirlerken, öncelikle o normun düzenlediği sosyal gerçeklik kesiti içinde tipik olan kullanım biçimlerinden sosyal gerçeklik içindeki tipik olgu bağlamlarından, olgu durumlarından hareket edilmelidir.<sup>78</sup> Buna karşın Müller’e göre “tipik” olan “konvansiyonel veya normal olan” ile sınırlı değildir.<sup>79</sup> Atipik, tekil, yeni ve spontan olan da hakkın spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla norm alanına dâhil olacağı için korunur.<sup>80</sup> Fakat, eğer atipik olan, bir hakkın kapsamı içine girebiliyor ise, bu takdirde, tipiklik kavramı, kapsam içine dahil etme için kriter olabilmesine rağmen, koruma dışı bırakma için kriter olamamaktadır.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,96’dan aktaran Alexy,s.203

<sup>78</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,98’dan aktaran Alexy,s.203 ve 97 no’lu dipnotu.

<sup>79</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,98;Müller, Freiheit der Kunst,64’dan aktaran Alexy,s.203 ve 97 no’lu dipnotu.

<sup>80</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte ,99’dan aktaran Alexy,s.203 ve 97 no’lu dipnotu.

<sup>81</sup> Alexy,s.203 ve 97 no’lu dipnotu. Müller’in, “spesifik” olma kriterini ilave kriterlerle genişletme teşebbüsüne ilişkin olarak ifade ettiği ikinci kriter ise, anayasal korumanın amacına ilişkindir. Bu kriter; tarihsel deneyimden, politik kanıdan ve hukuki iç kavrayıştan, hukuki sezgiden kaynaklanan gerekçelere ilişkindir ki, bu gerekçeler niçin anayasal (temel) hakkın koruma altına alındığını açıklar. Bu gerekçeler yoluyla, hangi kullanım biçimlerinin, söz konusu anayasal hak bakımından, yapısal olarak gerekli veya esaslı, temel olduğu dolayısıyla hangi kullanım biçimlerinin norm alanının kapsamı içine giren spesifik kullanım biçimleri olduğu belirlenir (Müller, Die Positivität der Grundrechte ,99’dan aktaran Alexy,s.203-204 ve 97 no’lu dipnotu). Alexy’ye göre; anayasal hakların amaçları, normun kapsamını belirlemede, sadece, belli bir kullanım biçimini, kapsam dışında bırakıp bırakmamanın tartışmalı olduğu somut olaylarda, neyin kapsam dışında bırakılacağını belirlemede onlara dayanılabilmesini mümkün kılacak bir açıklıkta (somutlukta) tanımlanmış olmaları koşuluyla kriter olarak kullanılabilirler. Fakat bu kriterin uygulanabilirliğinden kuşulanılmak gerekir. Bunun nedeni yazara göre, sadece amaçların normlara atanması, tahsis edilmesinin genel olarak problematik olması değil, bundan da önemlisi, anayasal hak düzenlemelerine tahsis edilmiş amaçların, genellikle prensipler niteliğinde olmasıdır (Alexy,s.204 ve 97 no’lu dipnotu). Buna ek olarak şu husus da ifade edilebilir; Müller’in bu ikinci kriterinin normun kapsamına ilişkin olarak göstereceği fonksiyon zaten geleneksel yorum metodları kullanılarak, özellikle amaçsal yorum metodu ile de sağlanabilir.



Müller'in ikame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) testini kullanmak suretiyle, anayasal hakkın spesifik olan kullanım biçimiyle, spesifik olmayan, rastlantısal, arazi kullanım biçimleri arasında nasıl ayırım yapıldığı hususu, Müller'in verdiği bir örnekte görülebilir. Örnekte bir ressam yoğun trafiği olan bir yol kavşağında resim yapmak istemektedir.<sup>82</sup> Müller'in çözümü şu şekildedir: Resim yapma biçiminde bir davranış anayasanın 5 (3) (1) maddesince korunmaktadır. Buna karşın, maddenin bakış açısından "yol kavşağında" resim yapmak değil. Bu nedenle yol kavşaklarında resim yapmayı yasaklayan bir yasa herhangi bir hakka –spesifik (özgül) korunan bir davranış biçimini sınırlamaz.<sup>83</sup> Bir başka deyişle böyle bir yasa, norm alanı içinde yer alan herhangi bir spesifik kullanım biçimi olanağını (olanaklılığını) sınırlamaz.<sup>84</sup> Böyle bir yasa sanatsal faaliyet özgürlüğü çevresine giren fakat bu temel hakkın norm alanına girmeyen kullanım biçimine yöneltilmiştir.<sup>85</sup> Bu tipteki bir yasa, temel hak üzerinde ihlal oluşturmayacak veya ihlale izin vermeyecektir ve böyle bir yasa için ilgili temel hakkı düzenleyen normun bünyesinde bir yasa kaydının mevcut olmasına ihtiyaç olmayacaktır.<sup>86</sup> Aynı husus, yol kavşağında vaaz veya politik söylev vermenin yasaklanması durumunda<sup>87</sup> yahut bir müzisyenin trompetiyle bir müzik parçasını sokaklarda gecenin ortasında çalması veya kiraladığı ince duvarlı bir mekânda çalması durumlarında da uygulanacaktır.<sup>88</sup>

Alexy'e göre bu yapının zayıflığı eğer anayasanın 5 (3) (1) maddesinin hangi durumları kapsadığı tespit edilmeye çalışılırsa açık hale gelir. Bu düzenleme daha başka neyi korursa korusun, sanatsal ifadelerle müsaade edildiğine şüphe yoktur. Eğer maddenin metni izlenirse ki sanatsal ifade özgürlüğü sınırlamadan veya sınırlanabilirlik söz konusu olmadan güvence altına almaktadır, bu durumda, bu maddeden aşağıdaki müsaade edici normu türetmek doğru görünmektedir.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,64,73;Müller, Freiheit der Kunst,56f'den aktaran Alexy,s.204.

<sup>83</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,64 ;Müller, Freiheit der Kunst,56,65'den aktaran Alexy,s.204

<sup>84</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,73'den aktaran Alexy,s.204.

<sup>85</sup> Müller, Freiheit der Kunst,59'dan aktaran Alexy,s.204.

<sup>86</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,64'den aktaran Alexy,s.204.

<sup>87</sup> Müller, Freiheit der Kunst,60'dan aktaran Alexy,s.204.

<sup>88</sup> Müller, Freiheit der Kunst,124'den aktaran Alexy,s.204.

<sup>89</sup> Türetme kavramı için bakınız Alexy,s.33.

- (1) Eğer bir davranış sanatsal ifade ise, bu takdirde icrasına müsaade edilmiştir.<sup>90</sup>

Alexy'e göre bu normdan hareket edilirse, hakkın kapsamı ele alındığı sürece, belirleyici olan soru, yol kavşağında resim yapmanın sanatsal bir ifade olup olmadığıdır. Cevap basittir: Sanatsal ifadedir, fakat yanı sıra, aynı zamanda başka bir şeydir. Yol trafiğinde aksama veya yol trafiğine yönelik tehdit olarak adlandırılabilir. Bu ikinci özellik, davranışı yasaklamak için bir gerekçedir, fakat yasaklanan şey sanatsal bir ifade olarak kalmaya devam eder. Fakat bu, yol kavşağında resim yapmanın müsaade edici normun kapsamı içine girmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, eğer bu kullanım biçimi yasa ile yasaklanacak ise önce temel hak normunun buna uygun biçimde değiştirilmesi gereklidir.<sup>91</sup>

Alexy'e göre Müller'in muhteva-spesifik biçimler teorisinin, vaziyeti böyle basit bir şekilde ortaya koymanın karşısında, söyleyecek neyi olduğu haklı olarak sorulabilir. Normun koruma alanına dahil olmayan "anayasal hakların spesifik olmayan kullanım biçimleri"<sup>92</sup> fikri şu anlama gelir; anayasal müsaade edici normların kapsamı içinde düzenlenen özelliklere sahip olan davranışlar eğer spesifik olmayan kullanım biçimleri olarak sınıflandırılmalarına yol açan fazladan özelliklere sahipse, anayasal korumadan faydalanamazlar. Bu basitçe, spesifik olmayan kullanım biçimleri için bir istisnanın yukarıda ifade edilen müsaade edici norma dahil edilmesi, eklenmesi anlamına gelir:

- (2) Eğer bir davranış sanatsal ifade ise ve spesifik olmayan bir kullanım biçimi olma özelliği göstermiyor ise, bu takdirde icra edilmesine müsaade edilir.<sup>93</sup>

Eğer norm bu şekilde değiştirilmek istenirse ve aynı zamanda, bu şekilde oluşturulan yazılı olmayan bir sınırlama klozu olmadığı öne sürülürse, bu durumda istisnanın bir sınır değil fakat kapsamın bir kısmı, parçası olduğunun öne sürülmesi gerekir (Müller de bunu yapmaktadır). Alexy, bu teze hem içeriksel, hem formal temelde itiraz etmektedir.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> Alexy,s.204.

<sup>91</sup> Alexy, s.204-205.

<sup>92</sup> Müller, Die Positivität der Grundrechte,88'den aktaran Alexy,s.205.

<sup>93</sup> Alexy,s.205.

<sup>94</sup> Alexy, s.205.

Yazara göre içeriksel temelde itiraz edilebilirdir çünkü ikame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) kriteriyle birlikte spesifiklik (özgüllük) kriteri neyin anayasal olarak korunduğu ve neyin korunmadığını ayırt etmek için uygun bir kriter değildir. Yol kavşağında trafik akışı olmasaydı veya kavşak trafiğe kapalı olsaydı ve resim yapmak kimseyi rahatsız etmeyecek olsaydı; yani bir başka deyişle, eğer söz konusu kullanım biçimini anayasal koruma dışında bırakmak için makul bir gerekçe mevcut olmasaydı dahi, yol kavşağında resim yapmak buna rağmen tipik olmayan bir kullanım biçimi olarak nitelendirildiği için anayasal korumanın dışında mı bırakılacaktır?<sup>95</sup> Eğer biri, bu koşullar altında dahi, yol kavşağında resim yapmak için orada bulunmanın resim yapma için tipik bir kullanım biçimi olmadığını ve yerin ikame edilebilir (değiştirilebilir) olduğunu söyleyerek yol kavşağında resim yapmak biçimindeki kullanım biçiminin anayasal korumadan dışlanması haklı kılabilirse, bu takdirde, her davranış her ne zaman; o davranışı başka bir yerde, başka bir zamanda veya başka bir biçimde yerine getirme olanağı olduğu sürece yasaklanabilir. Bu, temel hak sahibinin anayasa ile güvence altına alınmış olan özgürlüğünü, kendisinin hangi şekilde kullanacağına karar verme hakkını ortadan kaldırır. Fakat bu hak önemli bir anayasal pozisyonudur.<sup>96</sup>

Alexy, formal bakımdan itirazının da yukarıda aktarılan görüşü ile bağlantılı olduğunu ifade etmektedir. Eğer yol kavşağında resim yapan sanatçı örneğinde, koruma dışında kalmanın gerekçesi söz konusu davranışın (kullanım biçiminin) tipik olmayan doğası ve ikame edilebilirliği değil ise bu durumda başka bir şey olmalıdır. Yazara göre asıl gerekçenin ne olduğunu görmek kolaydır. Söz konusu gerekçe, diğerlerinin hakları ve kolektif menfaatlerdir; güvenlik ve trafik akışının kesintisizliği gibi. Bu, Müller'in kriterinin söz konusu örnek olayda doğru sonucu verse dahi bunun asıl nedeninin, kararın altında yatan ilgili sınırlama gerekçeleri olduğunu ortaya koyar. Fakat durum böyle ise, hukuki muhakemenin mantığı bu gerekçeleri ifade etmemizi gerektirir. Fakat bu da, müsaade edilebilir (caiz) sınırlayıcı gerekçelere dayanan bir sınırlama klozunun,

---

<sup>95</sup> Alexy, s.205.

<sup>96</sup> Alexy,s.205. Alexy, hak sahibinin, anayasal (temel) hakkını hangi biçimde gerçekleştireceğini belirleme hakkı ile mevcut olmayan bir hak olarak, hak sahibinin, kendisi için, anayasal hak normunun kapsamını tayin etmesinin birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Temel hakkın kapsamı bağlamında hak sahibinin kendisi için karar vermesi olgusu, hak sahibinin temel hakkın kapsamı üzerinde karar verebileceği anlamına gelmez (Alexy,s.205 ve 109 no'lu dipnotu).

müsaade edici norma dâhil edilmesinin gerekli olduğu anlamına gelir. Sanat özgürlüğü sınırsız olarak korunduğu sürece böyle bir sınırlama klozu sadece eşit anayasal statüdeki diğer normlardan türetilir. Böyle bir kloz, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yasa kaydı olmaksızın güvence altına alınmış olan anayasal hakların sınırlanmasına ilişkin içtihat hukuku temel alınarak kolayca formüle edilebilir.<sup>97</sup> Eğer müsaade edici norma böyle bir kloz eklenirse, şu şekilde görünür:

- (3) Eğer bir davranış, sanatsal ifade ise, bu takdirde icrası serbesttir. Meğerki mevcut somut koşullar altında sanatsal özgürlük prensibi üzerinde öncelik alacak anayasal statüdeki prensipler yasaklanmasını gerektirsin.<sup>98</sup>

Alexy'e göre bu şekildeki bir düzenlemede sınırlama klozu ile birlikte norm, Müller'in kriteri tarafından gereksiz kılınmadan sadece maskelenmiş olana; gerekçe ve karşı gerekçe arasındaki karşılıklı etkileşime açık bir göndermede bulunur. Bu etkileşimi faaliyet halinde görmek ve anayasal bir hak için kesin, nihai nitelikteki sınırların haklı kılınmasına rasyonel bir biçimde başlaması için, işe koruma alanını geniş tutarak başlamak önemlidir. Bu bakımdan Müller'in anayasal haklar için dar sınırlar getiren teorisi reddedilmelidir.<sup>99</sup>

Alexy'nin Müller'in teorisine yönelik olarak gerçekleştirdiği ve yukarıda aktardığımız eleştirilerine ek olarak tespit ettiğimiz bir başka hususu da belirtmek gerekir; ikame edilebilirlik kıstasına ilişkin olarak varsayalım ki "A" temel hakkının birbiriyle eşit değerde olan iki kullanım biçimi mevcut. Bunlardan her biri aynı sonuca ulaşmak için kullanılabilir. Somut olayda hak sahibi "H", "A" temel hakkı için "X" kullanım biçimini kullanmak üzere teşebbüste bulunuyor, ancak "X" kullanım biçimi bir yasa ile yasaklanmış durumda, Müller'in kıstası uyarınca eğer "X" kullanım biçiminin yerini alabilecek, onun alternatifi olan bir başka kullanım biçimi mevcut ise (buna da "Y" kullanım biçimi diyelim), bu takdirde, "X" kullanım biçimi temel hakkın norm alanı bakımından spesifik bir

<sup>97</sup> Alexy,s.206.

<sup>98</sup> Alexy,s.206. Alexy, Schwabe'nin de benzer içeriğe sahip olan: "Somut olaylarda, sanat özgürlüğü, daha değerli olan hukuki menfaatlere öncelik tanınmalıdır" şeklindeki genel nitelikli sınırlama klozunun, sanat özgürlüğünü güvenceleyen norma eklenmesini önerdiğini belirtmektedir (Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik,163'den aktaran Alexy,s.206 ve 112 no'lu dipnotu).

<sup>99</sup> Alexy,s.206.

kullanım biçimi olmayacağı için normun norm alanı dışında kalacak dolayısıyla anayasal korumanın da dışında kalacaktır. Bir başka somut olayda ise o somut olayın kendine özgü koşulları nedeniyle "A" temel hakkı için "X" kullanım biçimi dışında başka bir alternatif kullanım biçiminin kullanılamayacağını varsayalım. "X" kullanım biçiminin herhangi bir alternatifi olmadığı için bu sefer "X" kullanım biçimi Müller'in kıstası uyarınca spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilecektir. Bu durumda, bir somut olayda spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilmediği için temel hak normunun koruma alanı dışında kalan "X" kullanım biçimi bir başka somut olayda spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilecektir, böylece aynı temel hakkın normunun koruma alanı içinde yer alacaktır. Ayrıca bir somut olayda, o olayın koşulları bağlamında "X" ve "Y" kullanım biçimleri aynı sonuca ulaşmakta birbirlerine eşit olurken, birbirlerinin alternatifi olabilirken, bir başka somut olayda ise farklı koşullar nedeniyle "X" ve "Y" kullanım biçimleri birbirlerinin alternatifi olamayabilirler. Sonuç olarak; bir somut olayda "X" kullanım biçimi, spesifik bir kullanım biçimi sayılmayarak koruma alanı dışında kalırken, bir başka somut olayda spesifik kullanım biçimi sayılarak koruma alanı içinde kalacaktır. Böyle bir durum, hak sahibi bireyler bakımından hukuki güvenliği, hukuki istikrarı zedeleyebilecektir.

Müller'in teorisinde tespit ettiğimiz bir başka zayıflık, henüz hiç bir fiili uygulaması gerçekleşmemiş olan "potansiyel" kullanım biçimleriyle ilgilidir. Yasa koyucunun, henüz bir tek örneği bile tarihte fiilen gerçekleştirilmemiş tipte bir temel hak ve özgürlük kullanımı biçimini sınırlayan bir yasa çıkarmış olduğunu varsayalım. Henüz sadece "potansiyel" pozisyondaki bu kullanım biçimini gerçekleştirmek isteyen bireyin (veya bireylerin) somut olayın gerçekleştiği ülkede, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olduklarını varsayalım. Bu durumda, söz konusu somut olayda, yasayla sınırlanan "potansiyel" pozisyondaki kullanım biçimini ilgili temel hak ve özgürlük normunun kapsamı içinde gören ve sınırlamanın kalkmasını isteyen bireyler, Anayasa Mahkemesinde, sınırlamayı getiren ilgili yasanın iptali için dava açtıklarında, eğer somut olaya "normun nesnel sınırlılığı" teorisi uygulanarak yaklaşırsa, Anayasa Mahkemesine başvuran bireyler davayı daha başlangıçta kaybedeceklerdir. Çünkü bu teorinin, normun "norm alanını" belirlemede kullandığı "olmazsa olamaz" nitelikteki ölçüt, fiilen gerçekleşmiş veya belirli bir süreç boyunca gerçekleşmekte olan kullanım biçimlerinin baz olarak alınmasıdır. Tarihsel süreçte, henüz hiç fiilen gerçekleşmemiş bir yaşam ilişkisi biçimi ya da özgürlük kullanımı biçimi, "normun nesnel sınırlılığı" teorisi uyarınca norm alanı

nı belirlemekte baz alınmayacağı için, somut olayda, söz konusu “potansiyel” kullanım biçimi, daha başlangıçta Anayasanın ilgili temel hak ve özgürlük normunun kapsamı dışında kalacaktır. Oysa, ilgili temel hak ve özgürlük normunun ratio legis’i, bu “potansiyel” kullanım biçiminin de, anayasal güvence altına alınmasını haklı kılabilir. Amaçsal yorum yöntemi uygulandığında böyle bir olumsuz sonuç oluşmayacaktır.

## SONUÇ

Müller’in temel hakların nesnel sınırlılığı teorisi uyarınca, norm alanı, normatif programın (normun metni), kendi düzenleme alanı olarak sosyal gerçekliğin içinden seçtiği kesiti ihtiva etmektedir (Biçim kuralları, kurumsal ve usuli düzenlemeler, sürelerle ilişkin normlarda ise norm alanı tamamıyla hukuk tarafından oluşturulur). Norm alanı, norm’a dâhildir. Müller’e göre, geleneksel yorum yöntemleri (Sözel (deyimsel, lafzi) yorum, tarihsel yorum, sistematik yorum, amaçsal yorum) norm’un uygulanacağı her bir somut olayda, hukuki karar için yeterli somutlaştırmayı ve haklılaştırmayı sağlayamazlar. Geliştirmiş olduğu nesnel sınırlılık teorisinde ise normatif programın (normun metni), kendi düzenleme alanı olarak sosyal gerçekliğin içinden seçtiği kesiti ihtiva eden norm alanının, norma dâhil olması sayesinde, norm’un her bir somut olaya uygulanışında, hukuki karar için yeterli somutlaştırma ve haklılaştırmanın sağlanabileceğini öne sürmektedir. Doktrinde Müller’in, bu iddiasına yanıt olarak; öncelikle norm’un semantik olarak kavranışına yönelik teorilerin, yalnızca semantik nitelikteki argümanların (lingüistik veri) yardımıyla hukuki kararı haklılaştırmaya zorlandığı şeklindeki görüşün doğru olmadığı belirtilmektedir. Geleneksel yorum yöntemleri kullanıldığında da, hukuki muhakemede, norm’un düzenlediği sosyal gerçeklik kısmının nitelikleri dikkate alınmaktadır. Geleneksel yorum yöntemleri kullanıldığında ilgili sosyal gerçeklik kesitinin niteliklerinin de dikkate alınması olağandır ve bir çelişki teşkil etmez. İkinci husus, bir kararı haklılaştırmak için gerekli olan her argümanın norm kavramında içerilmesi gerekmemektedir. Ayrıca, norm, normun önerilen yorumu ve destekleyici argümanları arasında ayırım yapmaksızın, hukuki haklılaştırmanın, açık bir kavranışına ulaşabilmek mümkün olmaz. Müller’in mümkün olan tüm hukuki argümanları değil, sadece norm alanının içine giren unsurların normun içine dâhil edilmesini istediği dikkate alındığında da, bu sınırlama altında dahi, normların genişletilmesi kabul edilemez. Norm alanının kapsadığı unsurlara ilişkin olarak; ya saf

ampirik argümanlar ya değerlendirci ya da normatif argümanlarla bağlantılı olarak ampirik argümanlar yahut saf normatif argümanlar söz konusu olabilir. Eğer saf ampirik argümanlar söz konusu olur ise, bu durumda norm konseptine sorunlu dahil edilişleri yoluyla fazla bir kazanım elde edilemez. Göreli olarak açık uçlu bir norm, saf ampirik argümanlarla birlikte, somut olayın çözümüne yönelik bir cevap veremeyecektir. Ampirik veriyi anlamlı hale getiren değerlendirci veya normatif argümanlar gereklidir. Fakat, eğer norm alanı, bu tip değerlendirci ve normatif unsurları da kapsar ise, bu durumda, bu unsurlar norm metninden ve ampirik veriden açıkça belli olmadığı için, bütün bir kompleks ve tartışmalı argümanlar silsilesi, normun tanımına sokulmuş olacaktır. Bu, normun yorumlanmasında ampirik analizin değersiz olduğunu söylemek anlamına gelmez. Değerli bazı argümanlar ampirik analiz de kullanılmak suretiyle oluşturulabilir. Sorunlu olan husus, onların norm kavramına dâhil edilmesidir.

Müller'in, belli bir kullanım biçiminin, ilgili temel hak ve özgürlüğü düzenleyen normun koruma alanının içine olan bir kullanım biçimi olup olmadığını tespit etmekte kullandığı spesifiklik kriterini genişletmekte kullandığı iki kriterden biri olan "tipiklik" kriteri uyarınca, maddi (nesnel, özdeksel) olarak spesifik olan norm alanını belirlerken, öncelikle o normun düzenlediği sosyal gerçeklik kesiti içinde tipik olan kullanım biçimlerinden sosyal gerçeklik içindeki tipik olgu bağlamlarından, olgu durumlarından hareket edilmelidir. Buna karşın Müller'e göre "tipik" olan "konvansiyonel veya normal olan" ile sınırlı değildir. Atipik, tekil, yeni ve spontan olan da hakkın spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla norm alanına dâhil olacağı için korunur. Fakat, eğer atipik olan bir hakkın kapsamı içine girebiliyor ise, bu takdirde, tipiklik kavramı, kapsam içine dahil etmek için kriter olabilmesine rağmen, koruma dışı bırakma için kriter olamamaktadır. Dolayısıyla bir çelişki söz konusu olmaktadır. İkame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) kriteriyle birlikte spesifiklik (özgüllük) kriteri neyin anayasal olarak korunduğu ve neyin korunmadığını ayırt etmek için uygun bir kriter değildir. Bu kriterler uygulandığında, herhangi bir davranış ; o davranış başka bir yerde, başka bir zamanda veya başka bir biçimde yerine getirme olanağı olduğu sürece yasaklanabilir. Bu, temel hak sahibinin anayasa ile güvence altına alınmış olan özgürlüğünü, kendisinin hangi şekilde kullanacağına karar verme hakkını ortadan kaldırır. Fakat bu hak önemli bir anayasal pozisyonudur.

Doktrinde ifade edilen bu hususların yanı sıra, spesifiklik ve ikame edilebilirlik kriterlerine ilişkin olarak tespit ettiğimiz iki sorunlu husus daha mevcuttur;

ikame edilebilirlik kıstasına ilişkin olarak varsayalım ki “A” temel hakkının birbiriyle eşit değerinde olan iki kullanım biçimi mevcut. Bunlardan her biri aynı sonuca ulaşmak için kullanılabilir. Somut olayda hak sahibi “H”, “A” temel hakkı için “X” kullanım biçimini kullanmak üzere teşebbüste bulunuyor, ancak “X” kullanım biçimi bir yasa ile yasaklanmış durumda. Müller’in kıstası uyarınca eğer “X” kullanım biçiminin yerini alabilecek, onun alternatifi olan bir başka kullanım biçimi mevcut ise (buna da “Y” kullanım biçimi diyelim), bu takdirde, “X” kullanım biçimi temel hakkın norm alanı bakımından spesifik bir kullanım biçimi olmayacağı için normun norm alanı dışında kalacak dolayısıyla anayasal korumanın da dışında kalacaktır. Bir başka somut olayda ise o somut olayın kendine özgü koşulları nedeniyle “A” temel hakkı için “X” kullanım biçimi dışında başka bir alternatif kullanım biçiminin kullanılamayacağını varsayalım. “X” kullanım biçiminin herhangi bir alternatifi olmadığı için bu sefer “X” kullanım biçimi Müller’in kıstası uyarınca spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilecektir. Bu durumda, bir somut olayda spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilmediği için temel hak normunun koruma alanı dışında kalan “X” kullanım biçimi, bir başka somut olayda spesifik kullanım biçimi olarak kabul edilecektir, böylece aynı temel hakkın normunun koruma alanı içinde yer alacaktır. Ayrıca bir somut olayda, o olayın koşulları bağlamında “X” ve “Y” kullanım biçimleri aynı sonuca ulaşmakta birbirlerine eşit olurken, birbirlerinin alternatifi olabilirken, bir başka somut olayda ise farklı koşullar nedeniyle “X” ve “Y” kullanım biçimleri birbirlerinin alternatifi olamayabilirler. Sonuç olarak; bir somut olayda “X” kullanım biçimi, spesifik bir kullanım biçimi sayılmayarak koruma alanı dışında kalırken, bir başka somut olayda spesifik kullanım biçimi sayılarak koruma alanı içinde kalacaktır. Böyle bir durum, hak sahibi bireyler bakımından hukuki güvenliği, hukuki istikrarı zedeleyebilecektir.

Müller’in teorisinde tespit ettiğimiz bir başka zayıflık, henüz hiç bir fiili uygulaması gerçekleşmemiş olan “potansiyel” kullanım biçimleriyle ilgilidir. Yasa koyucunun, henüz bir tek örneği bile tarihte fiilen gerçekleştirilmemiş tipte bir temel hak ve özgürlük kullanımı biçimini sınırlayan bir yasa çıkarmış olduğunu varsayalım. Henüz sadece “potansiyel” pozisyondaki bu kullanım biçimini gerçekleştirmek isteyen bireyin (veya bireylerin) somut olayın gerçekleştiği ülkede, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olduklarını varsayalım. Bu durumda, söz konusu somut olayda, yasayla sınırlanan “potansiyel” pozisyondaki kullanım biçimini ilgili temel hak ve özgürlük normunun kapsamı içinde gören ve sınırlamanın kalkmasını isteyen bireyler, Ana-



yasa Mahkemesinde, sınırlamayı getiren ilgili yasanın iptali için dava açtıklarında, eğer somut olaya Müller'in, "normun nesnel sınırlılığı" teorisi uygulanarak yaklaşırsa, Anayasa Mahkemesine başvuran bireyler davayı daha başlangıçta kaybedeceklerdir. Çünkü bu teorinin, normun "norm alanını" belirlemede kullandığı "olmazsa olamaz" nitelikteki ölçüt, fiilen gerçekleşmiş veya belirli bir süreç boyunca gerçekleşmekte olan kullanım biçimlerinin baz olarak alınmasıdır. Tarihsel süreçte, henüz hiç fiilen gerçekleşmemiş bir yaşam ilişkisi biçimi ya da özgürlük kullanımı biçimi, "normun nesnel sınırlılığı" teorisi uyarınca norm alanını belirlemede baz alınamayacağı için, somut olayda, söz konusu "potansiyel" kullanım biçimi, daha başlangıçta anayasanın ilgili temel hak ve özgürlük normunun kapsamı dışında kalacaktır. Oysa, ilgili temel hak ve özgürlük normunun ratio legis'i, bu "potansiyel" kullanım biçiminin de, anayasal güvence altına alınmasını haklı kılabilir. Amaçsal yorum yöntemi kullanıldığında böyle bir sakınca ortaya çıkmayacaktır.