

Geliş Tarihi:

21.07.2021

Kabul Tarihi:

18.08.2021

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2021

Kaynakça Gösterimi: Gören, Z. (2021).  
Temel hakların varlığı ve önemi. *İstanbul Ticaret  
Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 746-764.  
doi: 10.46928/iticusbe.973632

## TEMEL HAKLARIN VARLIĞI VE ÖNEMİ

*Araştırma*

Zafer Gören 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

İstanbul Ticaret Üniversitesi

[zgoren@ticaret.edu.tr](mailto:zgoren@ticaret.edu.tr)

Zafer Gören, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa Hukuku profesörüdür. Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku lisans dersleri ve Anayasa Teorisi, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru yüksek lisans derslerini vermektedir.

# TEMEL HAKLARIN VARLIğI VE ÖNEMİ

Zafer Gören  
[zgoren@ticaret.edu.tr](mailto:zgoren@ticaret.edu.tr)

## ÖZET

Bugün dünyada temel hakların gittikçe artan öneminin, gelişim ve ilerlemenin temel bir göstergesi olduğunu kabul etmek zorunludur. Anayasanın demokrasisi, her şeyden önce siyasal birlik oluşumu ve devlet etkinliği sürecinin objektif düzen ögesi olarak temel hak fonksiyonuna dayanmaktadır. Aynı şekilde temel haklar, anayasanın hukuk devleti düzeninin temellerini içerir ve hukuk devleti ilkelerini normlandırır. Bu düzenin ögeleri olarak sosyal devlet ödevlerinin yerine getirilmesinin amaç, sınır ve türlerini belirler. Anayasanın temel hakları, ilke olarak ne birey için sınırsız bir doğal özgürlüğe, ne de doğal ve prensipte her şeye kadir bir devlet iktidarına izin verir. İnsan hakları ve vatandaş haklarıyla garanti edilmiş özgürlük ve eşitlik haklarını kabul etmeyen bir düzen meşruluk iddiasında bulunamaz.

**Amaç:** Her ne kadar devletin görevi temel hakları korumak ise de, devlet temel hakları somutlaştırmakla yükümlendirilebilir ve temel hakları sınırlandırmakla yetkilendirilebilir. Ama temel haklarla garanti edilen bireysel özgürlük ve eşitlik statüsü bu yetki dışında tutulmuş ve bu statü devlet iktidarına karşı garanti edilmiştir. Makalede Anayasaya uygun devlet iktidarının, pozitif ve negatif yetki normları ile başlangıçtan itibaren belirlenmiş ve sınırlanmış ve yalnız bunlarla çizilen bir çerçevede hukuka uygun bir şekilde yetki kullanması gerekeceğine dikkat çekilmiştir.

**Yöntem:** Makale hazırlanırken kara Avrupası hukuku ve özellikle F. Almanya Anayasa Hukuku ile karşılaştırmalar yapılmıştır.

**Özgünlük:** Temel hakların objektif düzenin ögeleri olarak çok yönlü anlamları, odak noktasını toplum içinde kendini serbestçe geliştiren kişi ve onurunun oluşturduğu bir objektif değer düzeni veya değer sistemi olarak anlaşılabilirliğiyle sınırlanmış olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Temel Haklar, İnsan Hakları, Vatandaş Hakları, Kurumsal Garantiler, Hukuk Devleti

**JEL Sınıflaması:** K10

## EXISTENCE AND IMPORTANCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

It is imperative to recognize that the growing importance of fundamental rights in the world today is a fundamental indicator of development and progress. The democracy of the constitution, first of all, is based on the fundamental right function as the objective order element of the process of political unity and state effectiveness. Likewise, fundamental rights contain the foundations of the rule of law of the Constitution and norm the principles of the rule of law. As the elements of this order, they determine the purpose, limits and types of the fulfillment of social state duties. The fundamental rights of the constitution allow neither in principle unlimited natural freedom for the individual, nor natural and in principle omnipotent state power. An order that does not accept the rights of freedom and equality guaranteed by human and citizen rights cannot claim legitimacy.

**Purpose:** Although the state's duty is to protect fundamental rights, the state can be obliged to embody fundamental rights and be empowered to limit fundamental rights. However, the status of individual freedom and equality guaranteed by fundamental rights was excluded from this authority and this status was guaranteed against state power. In the article, it is pointed out that the constitutional state power will have to exercise its authority in accordance with the law within a framework that has been determined and limited from the beginning by positive and negative authority norms and drawn only with these.

**Methodology:** While preparing the article, comparisons were made with the continental European law and especially the F. German Constitutional Law.

**Authenticity:** The multifaceted meanings of fundamental rights as elements of the objective order will be limited to their understanding as an objective value order or value system, the focal point of which is the person who freely develops himself in society and his dignity.

**Keywords:** Fundamental Rights, Human Rights, Citizen Rights, Institutional Guarantees, Rule of Law

**JEL Classification:** K10

## I. TEMEL HAKLARIN İKİ ÖZELLİĞİ

Temel haklar bir yandan **sübjektif hakları**, yani bireyin sadece dar anlamda insan ve vatandaş haklarını (örneğin Anayasa md.10, 24, 25, 26, 33, 34), ama aynı zamanda bir hukuk kurumunu veya bir yaşam alanı özgürlüğünü (örneğin Anayasa md. 41, 35, 27) garanti ederken, diğer yandan **devletin objektif düzeninin** temel öğelerini oluştururlar (Hesse, 1999).

### A. Objektif Düzenin Öğeleri Olarak Temel Haklar

Bireyi devlete dahil eden, objektif düzenin statü belirleyen, statü sınırlayan ve statü garantileyen öğeleri olarak temel haklar, bir devletin hukuk düzeninin temel ilkelerini oluştururlar.

Temel hakların bireyin **sübjektif savunma hakları olarak anlamları** ile onların devlet iktidarı için “*negatif yetki normları*” olarak **objektif hukuksal anlamları** birbirine uyum gösterirler (Pieroth & Schlink, 1986).

Negatif yetki normları olarak temel haklar, devletin eylem ve karar serbestliğini sınırlarlar. Her ne kadar devletin görevi, temel hakları korumak ise de, devlet temel hakları **somutlaştırmakla** yükümlendirilebilir ve temel hakları **sınırlandırmakla** yetkilendirilebilir. Ama temel haklarla garanti edilen bireysel özgürlük ve eşitlik statüsü bu yetki dışında tutulmuş ve bu statü devlet iktidarına karşı garanti edilmiştir.

Negatif yetki normları niteliklerine karşın temel haklar, bireyin sübjektif hakları olarak kalırlar ve sadece perspektifleri değişir. Temel haklar bireye karar ve eylem serbestisi olarak verdiklerini, objektif olarak yani bireyin iddia edip etmemesinden bağımsız olarak devletten alırlar.

Temel haklardan objektif düzenin öğeleri olarak söz edildiğinde öncelikle bu perspektif değişimi amaçlanmaktadır (Pieroth & Schlink, 1986).

Bu nedenle örneğin basın özgürlüğünün veya dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün düzenlenmesi yetkisi, basın özgürlüğünü, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü ortadan kaldırmak ve zedelemek, gelir vergisine ilişkin yasama yetkisi, eşit olmayan bir vergi yükümü koymak yetkisini kapsamaz. Aynı şekilde Anayasanın temel hakları ilke olarak ne birey için sınırsız bir doğal özgürlüğe, ne de doğal ve prensipte her şeye kadir bir devlet iktidarına izin verir.

Anayasaya uygun devlet iktidarı, pozitif ve negatif yetki normları ile başlangıçtan itibaren belirlenmiş ve sınırlanmış ve yalnız bunlarla çizilen bir çerçeve içinde hukuka uygun bir şekilde yetki kullanılabilir.

Temel hakların işlevselliğini garanti eden **sübjektif haklar** olarak anlamları onların; birey statüsünün düzenlendiği, sınırlandırıldığı ve korunduğu bir devlet içindeki tüm hukuk düzeninin öğeleri olarak objektif hukuksal anlamlarına uygundur.

Bu anlam kendi yönünden temel hakların sübjektif haklar olarak canlanması ile gerçekleşir. Bu

anlamda temel haklar, anayasada yer alan garanti normlarıyla bu düzenin temel içeriğini belirlerler. Demokrasi ve hukuk devleti düzenleri bu içerikle şekillenirler.

Eğer anayasal demokratik düzen, seçimlerle siyasal iradenin oluşumuna ve şekillenmesine doğrudan doğruya serbest ve eşit katılım; siyasal yöneticilerin özgürce onaylanması; azınlığın bir gün çoğunluk olma konusunda eşit şansa sahip olması; serbest ve açık bir siyasal sürecin garanti edilmesi ile oluşuyorsa, bu olgu temel hakların normlandırılması sonucu gerçekleşecektir. Modern demokrasinin temel koşulları olarak serbest ve eşit seçimler ve siyasal yöneticilerin onaylanması, **seçim ilkelerinin** garanti edilmesine; kamu oyunun ve siyasal iradenin oluşumu, **düşünce, toplantı ve sözleşme özgürlüğüne** dayanır.

Azınlığın eşit şansa sahip olması, seçim ilkeleri, siyasal partilerin şans eşitliği, düşünce, toplantı hak ve özgürlükleri ile garanti edilmiştir.

Aynı şekilde siyasal süreç özgürlüğü, Anayasa md. 25, 26, 33, 34'ün temel hak normları ile mümkün kılınmış ve garantilenmiştir.

**Anayasanın demokrasisi**, her şeyden önce, siyasal birlik oluşumu ve devlet etkinliği sürecinin objektif düzen ögesi olarak **temel hak fonksiyonuna** dayanmaktadır (Hesse, 1999).

Temel haklar Anayasanın **hukuk devleti** düzeninin temellerini içerir ve hukuk devleti ilkelerini normlandırır.

Bu düzenin ögeleri olarak **sosyal devlet** ödevlerinin yerine getirilmesinin amaç, sınır ve türlerini belirlerler.

Hukuk devleti ilkeleri olarak devlet iktidarı için bağlayıcıdır (Anayasa md.11). Devletin objektif hukuksal düzeninin ögeleridirler.

Temel haklar, devlet yaşamının dar kapsamlı anlamları ötesinde, daha başka objektif hukuksal temelleri ve devlet düzeninin temellerini düzenlerler. Evlilik ve aileye ilişkin garantilerde (md.41) mülkiyet ve miras hakkında (md.35), özel hukuk düzeninin temellerini garanti ederler.

Temel hakların, objektif düzeninin ögeleri oldukları görüşü, temel hakka dayalı özgürlük koşullarını yaratan ve garanti eden *modern sosyal devletin ödevleri* bakımından artan bir önem kazanmaktadır.

Temel haklar, siyasal iradeyi temsil eden organların özgürlük içinde oluşumunu sağlayacak koşulların yaratılması ve planlanması için direktif ve kriterler içerirler.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, **temel hakların objektif düzenin ögeleri olarak çok yönlü anlamları, odak noktasını toplum içinde kendini serbestçe geliştiren kişi ve onurunun oluşturduğu bir objektif değer düzeni veya değer sistemi olarak anlaşılabilirliğiyle sınırlanmış olacaktır** (BVerfGE 7,198/265; 35,79/114.).

## B. Sübjektif haklar Olarak Temel Haklar

Sübjektif ve statü oluşturan haklar olarak temel haklar, bireyin insan ve vatandaş olarak, anayasal radikal haklarıdır.

F.Almanya Anayasa Mahkemesine göre, bu temel haklar, kendilerine özgü objektif değerlerini, batının anayasalı devletlerinde *pozitif üstü hukuk ilkeleri* ve hukuk bilincinin temel öğeleri haline gelmiş “*insan ve vatandaş hakları geleneğinde*” var olmaları ile kazanırlar (BVerfGE 1, 208/233,243: 6,84/91).

İnsan hakları ve vatandaş haklarıyla garanti edilmiş, özgürlük ve eşitlik haklarını kabul etmeyen bir düzen meşruluk iddiasında bulunamaz.

“İnsan hakları” belirli bir kişi çevresine ait olmayan haklardır.

(Örneğin Anayasa md.17 f. I: “**Herkes** yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”; Md.18 f.: “**Hiç kimse** zorla çalıştırılmaz.” kurallarını içermektedir.

Vatandaş hakları ise, Türklere tanınmış temel haklardır (Örneğin md. 67, 68, 72, 73, 74). Anayasa anlamında kimin Türk olduğu, md.66’da düzenlenmiştir.

Anayasa doğal kişiler için md. 67 ve md. 76’daki seçme ve seçilme yaşı dışında açık ayrımlar öngörmemektedir.

## II. TEMEL HAK SAHİPLİĞİ VE TEMEL HAK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sübjektif haklar olarak temel haklar, kural olarak hak sahiplerine yükümlü olandan bir şeyi yapmama, olabirlik ölçüsünde bir şeyi yapma veya bir şeye katlanmayı isteme erkini verirler.

Temel hakların etkilerinin bu genel tanımlaması öncelikle **temel hak sahibi ve temel hak yükümlüsünün** kim olduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

Bir hukuk kuralı ile hak sahibi olan “**aktif**”; Bir hukuk kuralı ile yükümlendirilen “**pasif**” olarak adlandırılmaktadır.

“Temel hak sahipliği” ile birlikte “temel hak yeterliliği” ve “temel hak taşıyıcısı” kavramları da kullanılmaktadır (Pieroth & Schlink, 1986).

Yükümlülük yerine anayasamız 5. maddede “görev” kavramını kullanmaktadır. F. Almanya Anayasasında ise “bağlılık” terimi kullanılmıştır (F. Almanya Anayasası md.1 f. III).

## A. İnsan Hakları ve Vatandaş Hakları

İnsan hakları olarak hak sahipliği için kişisel açıdan hiçbir özel sınırlama öngörülmemen, yani tüm insanlara ait olan haklar anlaşılmaktadır.

Bu tür temel haklar örneğin şöyle ifade edilmektedir:

“Herkes..... hakkına sahiptir”.

(Anayasa md.12, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34, 35, 36, 40, 48, 49, 56, 60, 73) ya da “hiç kimse, kimse, kimsenin.....” (Anayasa md.18 f.I, 21 f.I, 37 f.I, 38 f.I,V, 42 f.I, 50 f.I); Vatandaş hakları olarak, sadece Türklere ait olan haklar anlaşılmaktadır. (Örnek: Anayasa md.66 f. IV, 67 f.I, 68 f.I, 70 f.I, 72,74 f.I.).

İnsan hakları ve vatandaş hakları ayırımından yabancıların sadece insan haklarına ilişkin olarak temel hak sahibi oldukları sonucu çıkmaktadır.

Anayasanın 16. maddesine göre temel hak ve özgürlükler yabancılar için uluslararası hukuka uygun olarak yasa ile sınırlanabilir.

Maddenin gerekçesinde, ülkede bulunan yabancıların hak ve özgürlüklerinin gereken durumlarda, vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabilmesinin, bir yabancıнын ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün vatandaşlarınkinden farklı olmasının olağan olduğu belirtilmektedir. Bu farklılık kendisini özellikle siyasal haklar konusunda göstermektedir. Ancak vatandaş ve yabancı arasında yapılan bu ayırım Uluslararası Hukuka uygun olmalıdır (Polatcan,1989, md.16, s. 89).

Anayasa Mahkememiz de bir kararında “Anayasanın bu maddesi ile yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin gerektiğinde vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceği ilkesi getirilmiştir” şeklinde açıklama yapmıştır. Temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamalar ancak yasa ile yapılmalı ve sınırlama uluslararası hukuka uygun olmalıdır.

Uluslararası hukuk burada sınırlamanın sınırını oluşturmaktadır.

Uluslararası hukuk, devletlerin taraf oldukları iki ya çok taraflı antlaşmalar, uluslararası teamüller (örf ve adet), uygar uluslarca kabul edilen ve temel hukuk ilkelerinden olan iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan bilimsel ve yargısal içtihatlardır (E. 1984/14, K.1985/7, k.t. 16/3/1984, AMKD S.21, s.13 vd; (RG 24.8.1985, S.18852).

Türk yabancılar hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklılık kuralı, antlaşma ile ya da yasayla olabilir. Hukukumuzda yasal karşılıklı davranış, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır. (E. 1986/18, K.1986/24, k.t. 9/10/1986, AMKD S.22, s.233 vd.; (RG 31.1.198, S.19358).

## **B. Ölümünden Önce ve Sonra Temel Haklara Sahip Olma**

Doğal kişilerin temel haklara sahip olmaları kuralından, temel hakların yaşayanlar için geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Özel hukuk normlarıyla tanınmış olan haklar ve yükümlülükler de bu anlamda sınırlıdır. MK md. 8'e göre ” Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”

MK md. 28'ye göre ise "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder."

BGB'de de buna paralel bir kural vardır: "İnsanın hak ehliyeti doğumun tamamlanması ile başlar (BGB Prf. 1) ölümle sona erer" (Pieroth & Schlink, 1986).

Ancak temel hak sahipliği bu tür anayasa altı normlarla bağlayıcı olarak saptanamaz. Bunun bağımsız olarak anayasadan ötürü belirlenmesi gerekir.

Temel hakların sadece yaşayanları hak sahibi yapabilmesi kuralını birçok olgu haklı çıkarmaktadır: -Ne henüz doğmamış insan, ne de ölü bir düşüncüyü açıklayabilir (Anayasa md.26), toplanabilir (Anayasa md.34), dernek kurabilir (Anayasa md.33), çalışabilir (Anayasa md. 48). Ancak her iki yönde de temel hakların objektif içeriği açısından istisnalar tanınmıştır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesinin (Mephisto) kararına göre ölü, insan onurunun dokunulmazlığı garantisini nedeniyle hak sahibi olmalıdır (BVerfGE 30,173/194).

Onura, kişi olması nedeniyle sahip olan insanın bu genel saygı isteği dolayısıyla, ölümden sonra aşağılanması, tüm temel hakların temelinde yatan insan onurunun dokunulmazlığı konusundaki anayasal yasak ile bağdaşmayacaktır.

Buna uygun olarak F. Almanya Anayasası md.1 f. I' deki insan onuruna yapılacak saldırılara karşı korumaya ilişkin tüm devlet organlarının yükümlülüğü garantisinin ölümle sona ermeyeceği, F. Anayasa md.1'in ölümden sonra da devam eden etkisinin, ölümlerden organ almanın (transplantasyon) yasallığı bakımından da önem taşıdığı ileri sürülmüştür (Pieroth & Schlink, 1986).

Burada kişinin ölüm halinde organ alımına, henüz sağken izin verip vermediği kriter oluşturmaktadır.

İradesine ölümden sonra da saygı gösteriliyorsa onun insan onurundan çok maddi ve manevi varlığının serbestçe geliştirilmesi hakkında kaynaklanan serbest karar verme özgürlüğü, iradesi, inanç ve vicdanından kaynaklanıyorsa, kişinin din ve vicdan özgürlüğü hesaba katılmış olacaktır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi gebeliğe son verilmesine ilişkin olarak (BVerfGE 39,1/36 vd.) F. Almanya Anayasası md.2 f. II C.2 kuralını ("yaşam ve beden bütünlüğü üzerindeki hakka yasa ile müdahale edilebilir") daha doğmamış insana (Embryo, nasciturus) uygulamıştır.

İnsan yaşamı güvenilir biyolojik-psikolojik verilere göre herhalde döllenmeden 14 gün sonra var kabul edilmektedir (nidation, individuation). Ancak burada mahkeme embriyonun kendisinin temel hak taşıyıcısı olup olmadığı konusuna açıklık getirmemiştir.

### **III. TEMEL HAKLARA UYGUN YORUM**

Yargı ve yürütme organları, hukukun genel ilkelerinin ve belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda ve uygulanmasında anayasa kuralları ve temel haklarla bağlı oluşları nedeniyle temel haklara uygun bir takdir serbestisine sahiptirler.



Söz konusu temel haklara uygun yorum, “*anayasaya uygun yorum*”un bir alt olgusunu oluşturmaktadır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesinin birçok olası yorumdan anayasanın değer yargısına daha uygun olan yorumun öncelik taşıyacağına ilişkin anayasaya uygun yorum ilkesinin (BVerfGE 8, 210/221, 46,166/184.) “temel haklara uygun yorum” için de aynı şekilde geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Anayasamız md. 138 f. I deki” Hakimler ..... anayasaya ... göre hüküm veririler “ve anayasa md. 11’deki, “Anayasa hükümleri.....yürütme ve yargı organlarını ve idare makamlarını... bağlayan temel hukuk kurallarıdır” kurallarında anayasaya uygun yorum ilkesi yer almaktadır. Bu anayasa ve temel haklara uygun yorum, öncelikle devlet saldırısına karşı koymaya ilişkin temel hak fonksiyonu için geçerlidir. Fakat anayasa md.11’de “Anayasa hükümlerinin kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu” ilkesi yer almaktadır.

F. Almanya’da da anayasaya ve temel haklara uygun yorum daha da ileri götürülerek temel hakların klasik fonksiyonları içinde tümüyle ilgili olmadıkları alanlarda da yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili oldukları kabul edilmektedir. Demek ki temel hakların objektif hukuksal anlamı onlara özel hukukun yorum ve uygulamasında da uyulmasını sağlamaktadır (BVerfGE 66, 116,135) Bununla beraber F. Almanya’da temel hakların objektif hukuksal anlamının bir sonucu olarak bu yayılma etkisi daha az kesindir ve klasik savunma fonksiyonundan daha zayıf bir koruma sağlamaktadır.

#### IV. TEMEL HAKLAR VE KURUMSAL GARANTİLER

Temel hakların klasik fonksiyonlarına göre yapılan ayırım sonucu ortaya çıkan Jellinek’in üç temel hak türüne, sonraları dördüncü bir katagori olarak “**kurumsal garantiler**” (objektif hukuk kurumlarını garanti etmek) eklenmiştir.

Buna göre gerçek haklar ile salt garantiler (kurumsal garantiler ve kurum garantileri) ayırımı yapılmaktadır. Kurumsal garantiler, anayasa kuralları içinde bireysel hakların garantisini değil, belli kurumların garantisini amaçlayan kısa ve özlü açıklamalardır. Bu garantiler içeriklerini tüm ayrıntıları ile belirlemeden, kurumu anayasada kurallaştırarak garantilerler (Pieroth & Schlink, 1986) (Maunz, 1968).

Örnek :

Evlilik ve aile (md. 41)

Özel haberleşmenin gizliliği (md.22) Mülkiyet ve miras (md.35)

Yerinden yönetim (md.127 f. II)

Yasal yargıç güvencesi (md.37)

Çok defa özel hukuk kurumları “kurum garantileri”, buna karşılık kamu hukuku kurumları, “kurumsal

garantiler” olarak tanımlanmaktadır.

Bazı temel haklar hem sübjektif haklar garantilemekte, hem kurumsal garanti içermektedirler. (kurumları garanti etmektedirler).

Örneğin, basın ve radyo-televizyon ile düşünceyi açıklama özgürlüğü “negatif statü hakkı“, hem basın ve radyo- televizyon ile düşünceyi açıklama sübjektif hakkını, hem basın ve radyo- televizyon kurumları garantisini içermektedir.

Buna uygun olarak:

-Yalnız sübjektif hakları garanti eden;

-Aynı zamanda objektif kurumlar garanti eden temel haklar ayırımı yapılabilir.

Kurumsal garantiler özel hukuk ve kamu hukuku kurumlarını garanti ederler ve yasa koyucunun tasarruf yetkisi dışında kalırlar.

Örnek:

Yasa koyucu;

Evlilik ve aileyi (md. 41) Mülkiyet ve mirası (md.35) ilga edemez.

Söz konusu kurallar aynı zamanda sübjektif hakları da içerirler: Evlilik ve ailenin kurulması, mülkiyetin edinilmesi, kullanılması ve miras edinilmesi sübjektif hakları (Pieroth & Schlink, 1986) (Maunz, 1968).

## V. TEMEL HAKLARLA BAĞLILIK

Temel hak yükümlülüğü, kimin temel haklarla ödevlendirileceği sorusuna cevap verir.

Anayasa md. 11 bu konuda açık bir kural içermektedir. “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

Demek ki yükümlü olarak anayasa, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları içinde **devleti**, yani **kamu iktidarını** belirlemektedir.

Ayrıca bu maddeye göre, özel kişiler de temel haklarla bağlıdırlar.

Yargının temel haklarla bağlılığı ayrıca 138. maddenin I. fıkrasının 2. cümlesinde vurgulanmıştır: “Hakimler,... Anayasaya... göre hüküm veririler.”

Anayasa md. 11 f. I' e göre temel hakların yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlaması, temel hakların **program hükümleri** olmadığı açık bir göstergesidir (Anschütz, 1933,1929) (Pieroth & Schlink, 1986). Temel hak genel doktrini, yasa koyucu için salt programlar veya zorlayıcı olmayan amaçlar koyan temel hak kuralları ile doğrudan doğruya uygulanır hukuk olan, temel hak normlarını birbirinden ayırmıştır (Maunz, 1968).

Buna göre temel hak normlarının program nitelikli etkisi ve eylemsel etkisi ayırımı yapılabilir.

Program hükümlerinin

-bağlayıcılığı yoktur;

-hukuksal yaptırımlar içermezler:

-zedelenmeleri yargı önüne getirilmez (Pieroth & Schlink, 1986).

Ancak Anayasa md. 11 f. I, Anayasa md. 138 f. I C 2 ile birlikte değerlendirildiğinde, maddenin bu ayırımı bir pozitif hukuk normu ile ortadan kaldırmak istediği görülmektedir. Anayasa md. 11 f. I' in açık sözü karşısında salt program hükümleri, yani hukuksal açıdan bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğinde kurallar Anayasamızda bulunmamaktadır.

Anayasa md. 11 f. I ile tüm anayasa kurallarının, bu bunlar arasında temel hakların, devlet gücünü, içerdikleri haklara saygı gösterme ve tüm tedbirlerinde onları göz önünde tutma konusunda bağladığı pozitif hukuk açısından belirlenmiştir.

Onlar ne yasamanın ne de yürütmenin tasarrufunda değildirler. Anayasa koyucunun pozitif hukuksal tercihine göre, devlet tasarrufları için onlara riayet edilmesini, bireyin Anayasa md. 36'ya dayanarak sağlayabileceği düsturlardır.

Hakim, Anayasa md.11 f. I ve md. 138 f. I C 2'deki anayasa emrine dayanarak, uygulayacağı maddi hukuk kurallarının “ temel hak kriterleri” ile etkilenmiş ve onlara uygun olup olmadığını araştırmak zorundadır.

Bu kriterleri göz önünde tutmayacak ve kararlarında bu anayasal etkiyi ihmal edecek olursa, yalnız objektif anayasa hukukuna aykırı davranmakla kalmayacak (temel hak norm içeriğini, objektif norm olarak tanımamak), kamu gücünün taşıyıcısı olarak, verdiği kararlarla vatandaşın riayet edilmesi konusunda anayasal bir talep hakkına sahip olduğu bir temel hakkı da zedelemiş olacaktır. (Krş. BVerfGE 7, 206 vd., 34, 280).

Anayasa md. 11 f. I, anayasa normlarının sadece doğrudan doğruya uygulanabilirliğini değil, aynı zamanda bireye, kamu gücü karşısında şüpheli durumlarda dayanabilmesi konusunda anayasa koyucunun iradesini de dile getirmektedir.

Anayasa kurallarına ters düşen böyle bir karara karşı Anayasamıza 12.9.2010 anayasa değişikliği ile dahil edilen bireysel başvuru yolu açıktır. (md.148 f. I) Krş. (BVerfGE 7, 206 vd., 18, 92; 21, 216 ; 22, 98, 280).

## **VI. TEMEL HAKLARDAN VAZGEÇME**

İnsan haklarının vazgeçilmez oluşu, 17.ve 18. yüzyıllar içinde gelişen insan hakları doktrini ile ortaya atılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin Başlangıç bölümünde yer alan insan haklarının bu vazgeçilmez özelliği, Anayasa md 12 f. I 'de yer almaktadır.

“Herkes ...vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”.

Temel haklardan vazgeçme söz konusu olduğunda, temel hak sahipliği üzerinde bireyin tasarruf edip edemeyeceği ya da ne derece tasarruf edebileceği önem taşımaktadır.

Devletin temel hakların koruma alanına yapacağı saldırılardan hangilerinin ilgilinin rızası ile meşru olacağı sorusu, *temel haklardan vazgeçme* kavramı altında tartışılmıştır.

Örnek :

Bir kimsenin hakim kararı olmadan polis tarafından evinin aranmasına izin vermesi (Anayasa md. 21); anayasal bir dayanak olmadığı halde kendi isteği ile kendisini polis nezaretine bırakması (Anayasa md. 19 f. III, f. IV) ; sağlıklı bir tutuklunun hapishane hastanesinde kendi üzerinde tıbbi analizler yapılmasına izin vermesi ( Anayasa md. 17 f. II); seçmenin oy pusulasını gizli dolduracak yerde açık doldurması (Anayasa md. 67 f.II) Temel hak sahibinin *eylemsel olarak* temel hakkını kullanmaması bir temel haktan vazgeçme sorunu oluşturmamaktadır.

Örneğin bir toplantıya katılmaması (Anayasa md. 34), bir derneğe üye olması (Anayasa md.33) gibi.

Gerçekleşmiş bir temel hak saldırısına karşın bir kimsenin yargı mercilerine başvurmaması durumunda da bu tür eylemsel bir kullanmama söz konusu olur (Anayasa md. 36 f. I ). Mahkemeye başvuru süresinin geçmesinden sonra ortaya çıkan hak kaybı ilgilinin isteğine bakılmaksızın yasadan kaynaklanırken, yargı mercilerine başvuru süresi dolmadan, hukuksal açıdan bağlayıcı olarak mahkemeye başvurmadan vazgeçmesi durumunda, ilgilinin bu davranışı bir temel haktan vazgeçme oluşturacaktır.

Temel haktan vazgeçmenin kabulü doğrudan bir hukuksal sonuç doğurmamakta yani vazgeçme, devlet saldırısını her zaman anayasaya uygun bir hale getirmemektedir. Diğer taraftan ilgilinin rızasının genellikle önemsiz olmadığı da, anayasa metninin temel haktan vazgeçme konusunu açıkladığı nadir durumlarda vazgeçmenin yasallığını düzenlemesinden anlaşılmaktadır.

Örnek: Kişinin *rızası* ile tıbbi deneylere tabi tutulması (Anayasa md.17 f. II C.2). Din kültürü ve ahlak öğretimi... dışındaki din eğitimi ve öğretiminin kişilerin kendi *isteğine*, küçüklerin de kanuni temsilcisinin *talebine* bağlı olması (Anayasa md. 24 f. IV, C.3)

Anayasamız 12. maddedeki *felsefi anlatım* dışında temel haktan vazgeçmenin meşruluğu ya da meşru olmadığı konusunda genel anlamda bir dayanak noktası vermemektedir. Bu konuda temel hakların fonksiyonu konusundaki genel görüşlere başvurmak gereklidir.

-“Klasik temel hak anlayışı”, temel hakları, bireyin devlete karşı bireysel özgürlük hakları olarak görür. Buradan yola çıkarak temel hak statülerinden vazgeçmek özgürlüğün bir kullanım biçimi olarak görülebilir. “ Bu düşünceye göre temel haktan *vazgeçme bir temel hak kullanımıdır* (Dürig, 1956).

-Daha yeni bir temel hak anlayışı, temel haklar içinde (bunun ötesinde) tüm hukuk düzeninin değer yargısı niteliğini taşıyan ilke normlarını görür (temel hakların objektif hukuksal fonksiyonu).

Bu görüşe göre temel haklar vatandaşları korumaktan öteye giden içerikleri nedeniyle bu kişilerin tasarrufunda ve vazgeçilebilir değildirler (Pieroth & Schlink, 1986) (Sturm, 1974). Temel hareket noktaları açısından her iki görüşün de hatalı yönleri vardır ve düzeltilmeleri gerekir.

-Birinci görüşe göre temel hak üzerindeki bireysel tasarruf, *insan onuru* zedelendiğinde sınırlanmalıdır.

Örnek: bir kişinin ilaç etkisinde ifade vermeğe rıza göstermesi durumunda;

-İkinci görüşe göre örneğin çalışma özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının koruma alanında (Anayasa md. 49 ve md. 35) kişiye kendini bir sözleşme ile bağlama olanağı tanınması temel haktan vazgeçme yasağına ters düşmektedir.

Temel haklar sadece bireye tanınmış savunma hakları değildirler. Aynı zamanda objektif düzenin öğeleridirler. Temel haktan vazgeçme probleminin çözümünde temel hakkın sadece bir tek fonksiyonu değil, temel hakların her iki etki biçimi de göz önünde tutulmalıdır.

-Bu nedenle bireyin tasarruf yetkisi tümünden bir vazgeçme anlamına gelecek kadar öteye girmemelidir.

-Öte yandan devlet müdahalelerini rıza veya icazet ile etkileme olanağı baştan itibaren yasaklanmayarak bireye yeterince serbestlik sağlanmalıdır.

Temel haktan vazgeçmenin meşruluğu için koşul, daima vazgeçmenin belirgin bir şekilde anlaşılabilir ve serbest irade ile yapılabilmesidir. Yani baskı ve hile sonucu yaratılmış olmamalıdır. Aksi halde temel hakların özgürlük garantisi tehlikeye düşecektir.

Ayrıca temel hakların fonksiyonuna göre bir ayırım yapılmalıdır; Bir temel hak kişiliğin serbestçe geliştirilmesi özgürlüğüne hizmet ettiği oranda, vazgeçmenin meşruluğu yönünde bir hipotez vardır. Buna karşılık temel hak, siyasal irade oluşumu süreci için önemli ise, bu durum vazgeçmenin meşru olmadığına bir göstergesidir.

Örnek: F. Almanya İdare Mahkemesine göre meslek özgürlüğü ve mülkiyet hakkı alanında vatandaş ile kamu gücü arasındaki sözleşmeler geniş bir kapsamda meşrudur (Krş. Prf. 54 vd. VwVfG) ve bununla bağlantılı olarak bu temel haklardan doğan garantilerden de vazgeçme meşrudur (Krş. BVerwGE 30, 65, 42, 331).

Burada **vazgeçmenin sınırı** özel hukukun sözleşmelere ilişkin kurallarına paralel olarak ölçsüz ve ahlaka aykırı bağlantılardır (Pieroth & Schlink, 1986) (Krş. BGB md.138, 242; BK md.27 (6068 sayılı 4.2.2011 tarihli BK md 27: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”).

Kural olarak konut dokunulmazlığı, posta ve haberleşmenin gizliliğine ilişkin kişisel verilerin anayasal korumasından vazgeçme, meşru olarak değerlendirilebilir (Krş. BVerfGE 65,1/41 vd.; BayObLG, DVBL,1974. 598: OVG Bremen NJW 1980, 606; BVerwGE, NJW1982, 840),

Buna karşılık vatandaş oyunu gizli kullanmaktan vazgeçemez Krş. (OVG Koblenz AS 3, 394; OVG Lünebug, DÖV 1964, 355; OVG Münster, OVGE 14 257)

Bir temel haktan vazgeçmenin meşruluğunun değerlendirilmesi konusunda başka bakış açıları da söz konusu olabilir:

-Saldırının ağırlığı ve devamı;

-Vazgeçme olanağının kötüye kullanılması tehlikesi göz önünde tutulmalı;

-Serbestçe geri alınabilen bir vazgeçme ile nadir durumlarda gelecek için bağlayıcı nitelikteki bir temel haktan vazgeçme arasında ayırım yapılmalıdır.

Örnekler:

Eğer ilgili karar verilmiş veya somut içeriği ile tahmin edilebiliyorsa yasa yollarına başvurmadan vazgeçme meşru kabul edilebilecektir (BVerfGE 9, 194/199).

Buna karşılık gelecekteki kararlar için peşinen yasa yollarından vazgeçme meşru olmayacaktır. Tedaviye izin verilmesi durumunda meşru bir temel haktan vazgeçme varken, sağlıklı bir kişinin bedeni üzerinde tıbbi denemelere izin vermesi farklı yorumlanmalıdır.

Bağımlılık ve otorite ilişkilerinde temel haklardan vazgeçme sorunu da önem taşımaktadır. Memur, öğrenci ve kamu kurumlarının diğer mensuplarının kendi rızaları ile dahil oldukları otorite ilişkisi süresince, temel haktan vazgeçmeleri söz konusu mudur?

Örnek:

-Bir derneğe giren ya da bir toplantıya konuşmacı olarak katılan bir memur ya da öğrenci, kendi hizmet, ya da kurum ilişkisinin gerektirdiği özel ödevlerin şart koştuğu sınırlamalar altındadır.

Anayasa md. 68 f V' göre, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri için siyasi partilere üye olma yasağı konulmuştur.

Fakat özel otorite ilişkilerine ilişkin bu pozitif hukuksal düzenlemelerin temel hak sınırlaması mı, yoksa temel haktan vazgeçme mi oluşturduğu sorusu açıktır.

Bununla beraber bu düzenlemelerin sadece devlet tarafından tanınan temel haklarda uygulanabilecekleri kesindir.

Devlet üstü temel haklardan kural olarak özel otorite ilişkisine dahil olma halinde vazgeçmek olanaksızdır.

F. Almanya Anayasa Mahkemesine göre, “devlet tarafından kanunla düzenlenen temel haklarda da olsa olsa yerleşme özgürlüğüne, dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne uygulanabilir (BVerfGE 15, 288). Ancak serbest meslek seçimine, konut dokunulmazlığına, dilekçe hakkına ve asla din inanç özgürlüğüne uygulanamaz. Yine de bunlar anayasaya uygun bir kuralın istisnaları olarak dar yorumlanmalı ve kurum otoritesine tabi olma ihtiyatla incelenmelidir. Bu tür özel ilişkilerde

duraksama halinde hak ve özgürlükler lehine ve onların sınırlanmaları ve istisnaları aleyhine yorum yapılmalıdır.

Bir hukuk düzeni ne kadar *yoğun hukuk devleti nitelikli* ise kurum ilişkisinin temel hakları delebilmesine ilişkin şüpheli kuram o oranda geri plana itilmek zorundadır (Maunz, 1968).

## VII. TEMEL HAKLARA İLİŞKİN BAZI GÜÇLÜKLER VE TEMEL HAKLARIN YORUMU

Hukuksal normların yorumu çeşitli açılardan güçlükler doğurmaktadır. Belirgin, yalın ve anlaşılabilir bir biçimde kaleme alınmış süre, şekil ve usul kuralları dışında, çeşitli anlamlara gelebilen ve zamanla, yargısal içtihatlarla uygulanabilirlik kazanabilecek olan *hukukun genel ilkeleri* mevcuttur.

Temel haklar de her ne kadar bazen Anayasa md. 19’da olduğu gibi bazı şekil ve usul kuralları içerirlerse de çoğunlukla o derece kısa fakat kapsamlı bir biçimde ifade edilmişlerdir ki (Örn. Anayasa md.35 “herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir”; Anayasa md.23: “herkes yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahiptir”) çoğu kere **hukukun bir genel ilkesi** etkisini uyandırır. Bu nedenle temel hakların yorumunda yargısal içtihatların ve onları hazırlayan ve geliştiren temel hak dogmatığının (temel hak genel teorisinin) rolü küçümsenemez.

Anayasanın bir parçası olarak temel haklar, yasalar ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile yürütme ve yargının tüm somut işlemleri karşısında yüksek dereceli normlardır. Bu demektir ki anayasa altı hukukun tümü ve ona dayalı tüm somut işlemler anayasaya uygun olmalıdırlar ve anayasanın bir parçasını oluşturan temel hak normlarıyla bağdaşır olmadıkça, anayasaya aykırıdırlar ve kural olarak geçerli değildirler.

Fakat burada temel hakların içeriğinin *anayasa altı hukuk* tarafından düzenlenebilir oluşu bir ek zorluk doğurmaktadır. Bu nedenle “*hukukun yarattığı temel haklar*” dan söz edilmektedir. Örneğin yasa koyucu anayasanın mülkiyet garantisi ile bağlıdır. Ancak mülkiyetin ne olduğu, yasa koyucu tarafından belirlenmek zorundadır. Bu durum yasa koyucunun anayasaya bağlılığı ilkesi ile nasıl bağdaştırılabilir?

Bunun dışında, örneğin vatandaşa, devletin neden olduğu hak zedelenmelerinde yargı yolu açık tutulmuşsa (Anayasa md. 36, md. 40) bu olgu mahkemelerin kurulması ve yapılmasını şart koşturmaktadır ki bu da yasa koyucu tarafından gerçekleştirilebilecektir.

Bütün bunların ötesinde temel hakların tarihsel ve aktüel açıdan *politika* ile özel bir yakınlığı olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Temel haklar siyasal açıdan uğruna savaşılarak elde edilmek zorundadırlar ve anayasanın bir parçası olarak bağlayıcı hukuk oluştursalar da çoğu kere daha önceki siyasal uğraşlar sonucu geçerlilik kazanmışlardır. Yorum ve uygulamaları yine siyasal kavga içinde gerçekleşir.

Bu durum bazen anayasanın ve özellikle temel hakların yorumunun politika yapmaktan başka bir şey olmadığı ve Anayasa Mahkemesinin gerçek anlamda içtihat üretmediği yolunda yanlış kanılara neden

olmaktadır.

Hukuksal yorum, üzerinde genel bir fikir birliği sağlanmış olan belirgin bir metoda uygun olmalıdır. Ancak genel olarak hukukta olduğu gibi anayasa hukukunda da metot sorunu üzerinde tartışılmakta, hangi belirgin yorum metodunun uygulanacağı konusunda g6r6ř birliği bulunmamaktadır. Bu durum bir yandan klasik yorum metodlarına s6rekli bir uygulanabilirlik kazandırırken, diğer yandan Anayasa Mahkemesine Anayasa hukukunun yorumu ve geliştirilmesinde b6y6k bir serbestlik sağlamaktadır (Pieroth & Schlink, 1986).



## KAYNAKÇA

Anschütz, G. (1933,1929). *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin.

Dürig, G. (1956). *Der Grundsatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes AöR 81*,vol 42, Heft 2, Tübingen.

Gönül, M. (1987). *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı* (Cilt 2), İstanbul: Anayasa Mahkemesi Yayınları No:17.

Hesse, K. (1995). *Bestand und Bedeutung, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, New York.

Hesse, K. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe.

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

Polatcan, İ. (1989). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, İstanbul.

Maunz, T. (1968). *Deutsches Staatsrecht*, München. Robbers, G. (JuS 1985). *Der Grundrechtsverzicht*.

Smend, R. (1928). *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leipzig.

Sturm, G. (1974). *Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, hrsg. von Gerhard Leibholz*, Tübingen.

## KISALTMALAR

AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Abs	Absatz :fikra
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts:dergi
Art	Artikel:madde
B	bası
BayObLG	Bayerischen Obersten Landes Gericht :Bavyera Eyalet Yüksek Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch: Federa Almanya Medeni Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Federal Almanya İdare Mahkemesi Kararları
Bd	band: cilt
C	cümle
DöV	Die öffentliche Verwaltung: dergi
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt: Dergi
E	esas
f	fikra
GG	Grundgesetz: Federal Almanya Anayasası
Heft	sayı, fasikül
Hrsg	Herausgeber: yayımcı
JuS	Juristische Schulung : Dergi
K	karar
krş	karşılaştırınız
k.t.	karar tarihi

KN	kenar notu
md.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift: dergi
OVG	Ober Verwaltungsgericht : Yüksek İdare Mahkemesi
OVGE	Oberverwaltungsgerichtsscheidungen: Yüksek İdare Mahkemesi Kararları
Prf	paragraf: madde
RG	Resmi Gazete
S	sayı
s	sayfa
t	tarihli
vd	ve devamı
vol	Volume: band (cilt)
Vorb	Vorbemerkung: ön açıklama
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz: İdari Yargılama Kanunu