

# Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde "Neminem Laedere" İlkesi

*Alman Hukukunda üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlalleri problematiğine ilişkin bir dogmatik diskur*

Osman Can<sup>(\*)</sup>

## 1. Kavram, gelişim ve bugünkü anlamı

Günümüz literatüründe "Neminem-laedere" ilkesinin içeriğini ve anlamını yansıtan farklı kavramlar ve tamlamalar kullanılmaktadır. Birkaçını saymak gerekirse:

- Genel zarar verme yasağı (alterum non laedere / Allgemeines Schädigungsverbot)<sup>(1)</sup>,
- İhlal etmeme sınırı (Nichtstörungsschranke)<sup>(2)</sup>,
- İhlal etmeme yükümü (Nichtstörungspflicht)<sup>(3)</sup>,
- İhlal yasağı (Störungsverbot) ...

Neminem-laedere ilkesi sözcük anlamı olarak "kimseye kötülük yapmama" anlamına gelir<sup>(4)</sup> ve dar anlamıyla hiç kimsenin başkalarının haklarını ve temel haklarını ihlal etme hakkına sahip olmadığını anlatır. Çünkü bir ki-

şinin özgürlüğü başkasının özgürlüğünün başladığı yerde son bulur.

Tarihi gelişime baktığımızda Justinian'ın Kurumlar (Institutionen) 1. Başlık, 1. Kitabında (Adalet ve Hukuk üzerine) şu ifadeleri görürüz: "Hukukun gerekleri şunlardır: onurlu yaşamak, başkasına zarar vermemek, herkese hakkını vermek/tanımak"<sup>(5)</sup>. Corpus Iuris Civilis'te adı geçen bu temel ilke üç "praecepta iuris"ten biri olarak kabul edilir. Bu ilke sonraları çoğu kez bağımsız olarak algılanır ve "Neminem-Laedere" olarak daha dar bir biçimde formüle edilir. Bu temel ilke daha sonra Ulpian tarafından "lex iuridica" (asli pozitif-hukuksal yasa) konumuna yükseltilir<sup>(6)</sup>.

Zaman içinde "genel zarar verme yasağı" biçiminde zamanlar üstü bir hukuksal ilke –doğal hukuk ilkesi – yerine üç basamaklı bir gelişimin var-

lığı hissettirdiğini görürüz: Antik dolus yasağı, istisnasız/boşluksuz hukuk sisteminin çıkış noktası olarak rasyonel-hukuksal ihlal yasağı (Grotius<sup>(7)</sup>, Puffendorf<sup>(8)</sup> ve Kant<sup>(9)</sup>) ile kısmen antik döneme başvuran, yine de kusur ilkesinin hakimiyetindeki Pandekt bilimcilerin/hukukçuların ve BGB hazırlayıcısının yaklaşımı.

Neminem-laedere ilkesinin günümüzdeki yansımaları yasal düzlemde BGB'nin 823/1 maddesinde görürüz<sup>(10)</sup>. Bu maddeye göre, her kim kasten ya da taksirle başkasının yaşam, beden, sağlık, özgürlük, mülkiyet ya da diğer bir hakkını hukuka aykırı bir biçimde zarara uğrattırsa, mağdura bu eyleminden kaynaklanan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu maddeden anlaşılacağı üzere, liberal hukuk düzeni, bireylerin özgürlüklerini birbirlerinden öyle bir tarzda ayırıştırır ki, birinin hukuksal çıkarlarına başka birinin müdahalesi, ancak çıkar sahibi bireyin onayıyla mümkün olabilmektedir. Demek ki liberal hukuk düzeni içinde yabancı hukuksal yararların ya da bu yararlar üzerindeki diğer tasarrufların kullanılması, tüketilmesi veya

bunların ihlal edilmesine olanak tanımaz<sup>(11)</sup>.

Neminem-laedere ilkesi anlamını ve önemini her ne kadar borçlar ve sözleşme hukukunda kazandıysa da, kamu hukukunda ilk önce uluslararası hukukta<sup>(12)</sup>, sonra ise ceza hukukunda hukuka aykırılığın tespitinde uygulama alanı buldu. Günümüzde ise Neminem-laedere ilkesinin üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerinin anayasaya aykırılıklarının tespitinde rol alıp alamayacağı tartışılmaktadır.

## 2. Doğal düzende (Doğal hukuka göre) "başkalarının hakları"

Temel hak sınırlamalarının meşruluk dayanağını oluşturan "başkalarının hakları" kavramının içeriğini anlayabilmek için öncelikle temel hak anlayışı açısından önem arz eden sınırlama nedeninin doğal hukuksal kökeninin açıklanmasında yarar var.

Locke'a göre doğal düzen bir kararsızlık (Ambivalenz) durumudur. Doğal düzen bir yandan insanların doğal yasaların çizdiği sınırlar içinde kendi eylemlerini düzenleme ve kendi mülkiyetleri ve kişilikleri üzerinde kendi

7 Grotius genel ihlal yasağını, başkasının kusurlu her türlü zarar verme (maleficium) eyleminde devreye girer biçiminde formüle eder. Grotius'un bu yaklaşımı ihlal yasağını ussal hukukun (doğal hukuk) kapsamlı ve temel bir ilkesi haline getirmektedir, bkz. Schieman, Gottfried, Das allgemeine..., s. 348.

8 Puffendorf açıkça Grotius'a katılmakta, ancak görüşünü daha da ilerletmektedir. Puffendorf genel ihlal yasağı kavramına kusurlu eylem (maleficium) kavramının tanımından ulaşmamaktadır, o daha çok "alterum non laedere" kavramının toplum içindeki insan'ın yükümlülükleri sisteminde taşıdığı anlamdan hareket eder. Schieman, Gottfried, Das allgemeine..., s. 349.

9 Kant yükümlülükleri dağılımında ihlal yasağına merkezi bir önem verir. Schieman, Gottfried, a.g.e.

10 Picker'e göre "neminem laedere" Antikten Kant'a kadar ve aynı biçimde pozitif talep ihlali ve culpa in contrahendo'nun meşruiyet kaynağı olmasına kadar zamanlar üstü bir hukuksal yargının ifadesi olarak geçerliliğini korumuş ve korumaya da devam etmektedir. Schieman, Gottfried, Das allgemeine..., s. 346'e atfen.

11 Murswieck, Dietrich, Private Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, DVBl 1994, s. 80.

12 Bu Grotius'un "Über das Recht des Krieges und des Friedens" adlı ve ilk defa 1625 yılında basılan eserinde dile getirilmektedir. Bkz., Schieman, Gottfried, a.g.e., s. 348.

(\*) Yrd. Doç. Dr., Anayasa Mahkemesi Raporörü

1 Schieman, Gottfried, Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“, JuS 1989, 345 vd; Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Cilt 5, 1992, s. 190.

2 Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Cilt III-2, 1994, s. 311vd.

3 Dürig, Günther, Art. 2 Abs. 1, in: Maunz-Herzog-Dürig, Grundgesetzkommentar, Kn (Kenar No): 70vd.

4 <http://www.psych.uni-osnabrueck.de/~suck/script/eth.ps> (19.09.2002)

5 "haec sunt praecepta iuris: honeste vivere, neminem laedere; suum cuique tribuere", bkz. [http://home.snafu.de/christian.goerlitz/Sprichwoerter\\_und\\_Zitate.htm](http://home.snafu.de/christian.goerlitz/Sprichwoerter_und_Zitate.htm) (19.09.2002)

6 Schieman, Gottfried, a.g.e., s. 345 vd.

arzularına göre tam bir tasarruf etme özgürlüğü tanıyan bir durumdur, ancak bunun da ötesinde aynı zamanda diğer insanlarla eşit olma durumudur. Buradan ise herkesin eşit özgürlüğü biçimindeki doğal hukuksal konseptiyondan, herkesin eşit ve bağımsız olmasından dolayı hiç kimsenin diğerinin yaşam ve mülkiyet, sağlık ve özgürlüğüne zarar veremeyeceği biçimde bir bireysel özgürlük sınırlaması çıkmaktadır<sup>(13)</sup>. Locke'a göre birey başkasının keyfi egemenliği altına giremez... ve doğal yaşamda başkasının yaşam ve mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf hakkı ancak doğal hukukun ona kendi yaşamını koruması için zorunlu olduğu kadar vardır<sup>(14)</sup>. Christian Wolff'da da tüm insanların doğa gereği eşit ve özgür olup devredilmez/vazgeçilmez insan haklarına sahip olduklarını görürüz. Bu hakları şöyle sıralayabiliriz: Eşitlik, özgürlük, güvenlik ve meşru müdafaa ve zarar vermenin/hakları ihlal edenin cezalandırılmasını talep etme hakkı<sup>(15)</sup>. C.G. Svarez, doğal özgürlüğü sınırlayan, hiç kimseye hakaret etmeme ve herkese kendisine ait olanı bırakma biçimindeki ödevin türetildiği "ihlal etmeme yükümü"nden soyut olarak söz etmektedir<sup>(16)</sup>. O halde başkalarına zarar vermeye yönelmemiş bireysel yararların

tümü, o bireyin doğal haklarıdır ve bu nitelikleriyle doğal düzende ihlal edici özgürlük kullanımlarının sınırı olarak etki doğurur. Buna karşın K. A. Bettermann'a göre üçüncü kişilerin yaşadığı basit menfaat ihlali, basit zarar ya da mağduriyet yeterli değildir. "Neminem laedere" dediğimiz özgürlüğün sınırlarını aşma yasağı yalın "neminem noce"<sup>(17)</sup> ya da "neminem tange"<sup>(18)</sup> ile eşdeğer değildir<sup>(19)</sup>.

Temel hakların devlet öncesi doğal hukuktan kaynaklanan geçerliliği temel hak normunun belki moral sorumluluk etkisi ve sosyal-etik geçerliliği olarak kabul edilebilir, ancak temel hakkın pozitif hukukça garanti edilmiş geçerliliği anlamına gelmemektedir. Bu tür geçerlilik için işleyen bir hukuksal koruma mekanizmasının –yani devletin- o temel hak normunun geçerliliğini sağlaması gerekir<sup>(20)</sup>. Kısaca pozitif bir hukuk düzeninde "başkalarının hakları" geçerliliklerini doğal hukuktan almaz, bilakis devlet erki tarafından yasal olarak düzenlenir ve belirlenirler.

### 3. Neminem laedere-ilkesinin kaynağı olarak "başkalarının hakları"?

Alman Anayasasında genel eylem özgürlüğü olarak da adlandırılan "kişi-

liği özgürce geliştirme hakkı"nın sınırlarını çizen Md. 2/1'deki "başkalarının hakları", temel hakların sınırı olarak dikkati çekmektedir<sup>(21)</sup>. Bu maddedeki düzenleme, kapsamı genişleyen bir temel hak sınırlamasını gün ışığına çıkarmaktadır: Neminem-laedere-ilkesi<sup>(22)</sup>. Bir temel hak kullanımı başkalarının temel haklarına ve anayasaya uygun yasalarda varlığını bulan hukuk düzenine riayet etme yükümü altındadır<sup>(23)</sup>. Metinlerinde herhangi bir sınırlama kuralına yer verilmeyen temel haklar dahi genel kamuya göre anayasal koruma altındaki hukuksal değerlerle sınırlıdır. Pratik bir sonuç olarak bu tez Alman Anayasa Mahkemesinin görüşüyle<sup>(24)</sup> uyum içindedir<sup>(25)</sup>. Bu bakımdan her bir temel hak sahibi, anayasal değerleri ihlal etmeme yükümü altındadır. Buna rağmen ihlal ediyorsa kolluk güçlerinin müdahalesiyle ya da cezai yaptırımlarla karşılaşır. Bu yüküm şüphesiz, anayasaya uygun yasal sınırlamalara ve kamu yararının ifadesi olarak anayasal korumadan yararlanan anayasal düzeydeki diğer hukuk-

sal yararlarla dayandıkları ölçüde, aynı zamanda bir temel yükümlülüktür. Ancak Neminem-laedere ilkesinin bir temel yükümlülük olarak Alman Anayasasının Md. 2/1'deki sınırlama üçlüsünden çıktığı iddiası sorunlu gözükmemektedir. Çünkü Alman Anayasası açıkça yalnızca devlet erkinin temel haklarla bağlılığını öngörmektedir, buna karşın üçüncü kişilerin bağlılığından söz etmemektedir<sup>(26)</sup>. Bu bağlılık her ne kadar temel hakların üçüncü kişilerin temel haklara bağlılığını kabul eden Üçüncül Etki Teorileri (Dritwirkungstheorien) yoluyla sağlanabiliyorsa da, esasen İhlal etmeme yükümünün (Nichtstörungspflicht) böyle bir temellendirmeye gereksinimi de yoktur. Isensee'nin haklı olarak belirttiği gibi, bu yüküm zaten devlete dönük karışmama/dokunmama nitelikli temel hak korumasının negatif yüzünden çıkmaktadır. Ona göre temel hak koruması, eğer bu temel haklar üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı korunamayacaksa anlamsız hale gelecektir. Bir kişinin diğerine isteklerini

21 Bettermann, K. August, a.g.e., s. 9.

22 Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York 1983, s. 44. Buna benzer olarak Dürig de "Neminem laedere" ilkesinin Md. 2/1'deki "sınırlama üçlüsü"nde ifadesini bulunduğunu belirtmektedir, Dürig, Art. 2 Abs. 1 Kn. 22.

23 Örnek olarak "Neminem-laedere" ilkesinin genel eylem özgürlüğünün sınırı olarak Bayern Anayasasının 10. maddesinde düzenlenmesi gösterilebilir: "Herkes yasalar ve ahlak çerçevesinde başkalarına zarar vermeyecek her şeyi yapma özgürlüğüne sahiptir."

24 BVerfGE 30, 173 (193): "Sanat ve din özgürlüğü gibi kayıtsız olarak garanti edilen temel haklar, anayasal değerler düzeni ve bu düzene temel oluşturan değerler sisteminin dikkate alınmak suretiyle yalnızca anayasanın kendisi tarafından sınırlandırılabilir."

25 Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit...*, s. 45, Dipnot (dn). 105.

26 Alman anayasasının Md.1/3, takip eden maddelerdeki temel hakların doğrudan doğruya geçerli hukuk olarak yaşamayı, yürütmeyi ve yargılamayı bağlayacağından söz etmekte, ancak kişileri de bağlayacağına ilişkin açık bir hüküm öngörmemektedir. Oysa ki Türk Anayasasının Md. 12/2 açıkça temel hak ve özgürlüklerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı hak ve sorumluluklarını da içerdiğini kabul etmektedir. Anayasamızdaki bu düzenleme hak-yükümlülük sorunsalının çözümünü ve yine alman kaynaklı "Dritwirkung" tartışmalarını da sonuca bağlamayı kolaylaştırmaktadır.

13 Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Cilt III-2, München 1994, s. 304.

14 Locke, John, *Two Treatises on Government*, Chapter 11, Sec.135, <http://history.hanover.edu/early/locke/j-12-016.htm>, (16.09.2002)

15 Wolff, Christian, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, 1752, § 95'den aktaran, Zippelius, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre*, 12. Basi, München 1994, s. 326.

16 Stern, Klaus, a.g.e., s. 305.

17 "kimseyi huzursuz etme!" olarak çevrilebilir.

18 "kimseye dokunma!" olarak çevrilebilir.

19 Bettermann, K. August, *Grenzen der Grundrechte*, Berlin 1968, s. 10.

20 Zippelius, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre*, 12. Basi, München 1994, s. 326 vd.

zorla kabul ettirmesi ve bu şekilde onun hukuk sahasını ihlal etmesine ilişkin yasak, özel hukukta kişi özerkliğinin doğal bir sonucudur. Ancak bu aynı zamanda temel hak sisteminin de zorunlu bir ön şartıdır. Kişi özerkliği hukuksal eşitlik koşullarında, ancak tüm kişilerin karşılıklı olarak birbirlerinin iradesine saygı duymaları, hukuksal yararlarına saygı göstermeleri, yine zor, tehdit ve hileden ve aynı şekilde zora dayanmayan yöntemlerle ihlalden kaçınmaları durumunda sağlanabilecektir<sup>(27)</sup>. Neminem-laedere ilkesi, temel hak koruma yükümünün aynı zamanda bu temel haklarla bağlı olan bütün erkler için geçerli olduğu düşüncesinden de pekala çıkarılabilir<sup>(28)</sup>.

O halde kendi istek ve arzularını başkalarının iradesi hilafına zor kullanarak kabul ettirmek biçiminde bir özgürlük söz konusu olamaz. Kişinin özgürlüğü diğerinin özgürlüğünün başladığı yerde biter. Bu durumda hukuk devleti bireyler için, herkese özgürlüğünü yaşayabilecek eşit hukuksal çerçeve koşulları sağlayan koordinatör olarak işlev görür. Neminem-Laedere ilkesi bu çerçeve koşulların en temel unsurudur<sup>(29)</sup>. Alman anayasasının Md. 2/1'deki "başkalarının hakları" biçimindeki kavramsal nitelendirme şüp-

hesiz Neminem-Laedere ilkesi için önemli çıkış noktasıdır<sup>(30)</sup>.

#### 4. "Neminem laedere yasağı" ve temel hakların sınırı

İnsanların hukuksal olarak düzenlenmiş her tür yanyanalık ve biraradalığında bireyin hakları bir biçimde sınırını başkalarının haklarının korunmasında bulur. Bunların korunması temel hakların sınırlanması için öteden beri ve günümüzde çeşitli dönemlerin temel hak koruması formülasyonlarında çok çeşitli biçimlerde yansımaları bulan merkezi bir öneme sahiptir. Alman anayasasında Md. 2/1'deki "başkalarının hakları" niteliği ve anlamına göre temel hak sınırlaması olabilecek niteliktedir. Zaten başkalarının temel hakları özellikle anayasal koruma yükümü objesi olarak aynı zamanda sınırlandırma açısından da önemlidir<sup>(31)</sup>. Nitekim Stern başkalarının haklarını ihlal etme yasağını temel hak sınırlamalarının meşruiyet kaynağı olarak görmektedir<sup>(32)</sup>.

Bu bağlamda ihlal etme yasağı üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen temel hak ihlallerinin anayasaya aykırılığının tespiti için akla gelmektedir. Anayasaca onaylanmamış müdahale anayasaya aykırıdır. Normatif unsur açısından önemli olan yalnızca hukuka aykırı müdahaledir. Peki ceza hukuku ya da idare hukuku açısından

hukuka aykırı olan bir müdahale acaba aynı zamanda anayasaya da aykırı olur mu? Anayasaya aykırılık tek başına alt hukuktan çıkarılamaz. Alt hukuk anayasal aykırılık yargısı yaratamaz, ancak bunu somutlaştırır ve uygulanabilir hale getirir. Anayasal aykırılık yargısı doğrudan doğruya anayasal kriterlerden çıkmaktadır: Güç kullanma yasağı ve Neminem-laedere ilkesi gibi<sup>(33)</sup>. Bu ilkeler, üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı koruma normları koyma ve -yasal dayanağa sahip- müdahale savma yoluyla somutlaşır. Devlet temel hak ve özgürlüklerin kendisine yüklediği koruma yükümünü bu biçimde yerine getirir.

#### 4.1 Neminem laedere-ilkesi ve yasa kayıtlı temel haklar

Başkalarının basit yasa kayıtlı temel haklarına üçüncü kişilerden kaynaklanan müdahalelerin, ihlal edenin savma (Abwehrrechte) hakkı kapsamına girdiğini söylemek zordur. Hukuk düzenince onaylanan bir hukuka uygunluk nedenine dayanmayan üçüncü kişi müdahalesi, Neminem-Laedere kuralını ihlal eder. Bu tür müdahaleler sınırlarını yasalarda ya da yasalara dayalı olarak yapılan idari işlemlerde bulurlar<sup>(34)</sup>. Bununla birlikte yasa koyucunun sınırlama yetkisinin yanında

öncelikle bir tanımlama/düzenleme yetkisi de vardır. Alman Anayasa Mahkemesi düzenleme ile sınırlandırma arasındaki farkı, birincisinde temel hakların "içten" yani kendi yapısından hareketle belirlenmesi, ikincisinde ise ilgili temel hakka dışarıdan sınır çizilmesi biçiminde açıklamaktadır<sup>(35)</sup>.

Üçüncü kişi kaynaklı müdahale bir özgürlük kullanımı biçiminde gerçekleşirken bunun yanında da başkalarının haklarını ihlal ediyorsa, bu durumda müdahale -dar normatif unsur teorisi<sup>(36)</sup> kabul edilirse - özgürlüğün normatif unsurunu gerçekleştirmez ve anayasal dayanaktan yoksun olur. Çünkü çağdaş bir hukuk düzeni çerçevesinde, yabancı hukuksal değerlerin kullanılması, tüketilmesi, yok edilmesi ya da bunlar üzerindeki benzeri tasarruflar özgürlük kullanımı kapsamında değerlendirilemez. Özgürlükler bireylere siyasal iktidar kaynaklı özgürlük sınırlamalarını savma hakkı verirler, ancak devletten, kendilerini başkalarının haklarından yararlanma ve o haklara sahip kılmasını talep etme hakkı vermezler<sup>(37)</sup>. Ceza hukuku düzeninde konusu suç olan eylemler gerçekleştirme de özgürlük kullanımı olarak nitelendirilemez<sup>(38)</sup>. Hak sahibinin rızası olmaksızın gerçekleşen ve hukuka uygunluk nedenine dayanma-

33 Isensee, Josef, §111, a.g.e., s. 190.

34 Başkasının yaşam ya da vücut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmesi durumunda ihlal eden, mağdurun kendisini hukuksal olarak ilgilendirmeyen ve onu yükümlülük altına sokmayan temel haklarıyla çatışma içine girmez. Buna karşın fail bu davranışıyla devlet tarafından başkalarının temel haklarını koruma yükümünü yerine getirme amacıyla çıkardığı basit yasal normları, yani medeni hukuk, ceza hukuku, kolluk hizmetleri düzenine ilişkin normları ihlal etmiş olur, Isensee, Josef, §111, a.g.e., s. 147.

35 Aften Schnapp, Friedrich E., Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, s. 731.

36 Bkz., başlık 4.2.1.2.

37 Murswieck, Dietrich, Private Nutzen..., s.81

38 Dürig, Günter, Art. 2 I., Kn. 76.

27 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht ..., s. 198.

28 Stern, Klaus, a.g.e., s. 1029.

29 Isensee, Josef, §111, a.g.e., s. 197.

30 Kriele, Martin, Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, in: Recht-Vernunft-Wirklichkeit, Berlin 1990, s. 622.

31 Devletin koruma yükümünü devreye sokan temel haklara özellikle yaşam ve vücut dokunulmazlığı hakkını örnek verebiliriz.

32 Stern, Klaus, a.g.e., s. 302.

yan başkalarının yaşam ve sağlığına yönelik müdahaleler anayasal meşru-iyetten yoksundurlar. Benzeri değerlendirmeleri "hırsızlık, icbar ve mala zarar verme vb. hakkı (!)" için de geçerlidir. Başkalarının haklarının bu tarz açık ihlali apriori temel hak kullanımını kapsamına girmez.

## 4.2. Neminem laedere-ilkesi ve kayıtsız temel haklar

### 4.2.1. Genel olarak

Alman Anayasası sınırlandırılabilir temel hakların yanında eşitlik ilkesi (Md. 3/1), inanç, vicdan ve kanaat özgürlüğü (Md. 4/1), sanat, bilim ve öğretim özgürlüğü (Md. 5/3) ve sığınma hakkı (Md. 16/2) gibi çok sayıda açıkça sınırlandırma nedenine yer veremeyen temel hak öngörmektedir. Bu durumda hemen akla gelen soru, bu kayıtsız temel hakların bir sınırının olup olmadığı, varsa nasıl ve ne oranda sınırlanabileceğidir. Genelde temel hakların bu biçimsel sınırsızlığının, maddi bir sınırsızlık ayrıcalığının kabulü, yani söz konusu temel hakların mutlak sınırsızlığı ve maddi sınırlandırılmazlığı anlamına gelmediği konusunda görüş birliği vardır<sup>39</sup>. Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) ikna edici bir biçimde kanıtlandığı gibi<sup>40</sup>, anayasanın temelinde izole edilmiş bağımsız bir insan portresi yoktur, aksine temel haklar sosyal bir toplumda

yaşayan insana tanınmıştır. Bireysel özgürlük ancak başkalarının hakları tarafından sınırlandırılmış, sosyal nitelikli bir özgürlük olarak düşünülebilir<sup>41</sup>.

Değer-tarafsız bir hukuk düzeni olmak istemeyen Alman Anayasası kendi özgürlük sisteminde temel hakların geçerliliğine yapılan ilkesel vurgunun ifadesini bulduğu objektif bir değerler düzeni yaratmıştır. Özgürlük bir yandan tekil temel hak maddelerince korunmakta, diğer yandan da üzerine anayasanın inşa edildiği temel değeri oluşturmaktadır<sup>42</sup>. Neminem-laedere ilkesi bu temel değerlerin bir görünüşüdür.

Başkaların hakları yasa ya da yasa-ya dayalı bir idari işlem biçiminde özgürlüklerin sınırı olarak değerlendirilebildiğinden<sup>43</sup>, Neminem-laedere ilkesinin nitelikli yasa kayıtlı temel hakların sınırlandırılmasında anayasal bir kriter olarak kullanılması söz konusu olabileceği genellikle kabul edilmektedir. Hakim görüşüne göre başkalarının temel haklarının -ve ondan türetilen neminem-laedere ilkesinin- temel hak kullanımının sınırı olarak ele alınabileceğinden şüphe bulunmamaktadır. Çünkü temel haklara ilişkin koruma yükümleri -ki bireylerin temel haklarının korunmasını bu kapsamda değerlendirmek gerekir- devletin temel görevlerindedir. Devletin bu gö-

revi yerine getirmesi için başkalarının temel haklarını ihlal eden üçüncü kişilerin (failin) ilgili temel hakkına müdahale etmesi gerekecektir<sup>44</sup>.

Esas tartışma, başkalarının temel haklarını ihlal etme yasağının tüm temel hak kullanımının ön şartı olup olmadığı, başka bir anlatımla, bunun tüm temel haklar için apriori geçerli bir sınır olup olmadığı ya da çatışan temel hakların yorumunda -gerektiğinde- özgürlüğü sınırlayıcı bir kriter olarak uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yaşanmaktadır. Bu tartışma kayıtsız bir biçimde garanti edilen temel hakların sınırlandırılması durumunda daha da önem kazanmaktadır. Acaba ihlal eden kişinin eylemi kayıtsız temel hak uygulamasının koruma kapsamında değerlendirilebilir mi? Temel hakların koruyucu etkisi kişinin başkalarının temel haklarına yaptıkları müdahaleleri de kapsar mı? Diğer bir anlatımla başkaların temel hakkına yapılan müdahale normatif/anayasal unsur yönünden bir özgürlük kullanımı olarak değerlendirilebilir mi? Bu sorular yanıtlanmadan önce, bu soruna ilişkin yönü bulunan iki teorinin incelenmesinde yarar vardır: yararlar tartımını öngören geniş normatif unsur teorisi ve neminem-laedere ilkesinin ister yasa kayıtlı isterse de yasa kayıtsız

tüm temel hakların apriori içkin bir sınırı olduğunu savunan dar normatif unsur teorisi.

### 4.2.1.1. Geniş normatif unsur teorisi

Bu teori temel hak kullanımı ve korunması lehine olan tüm olguları temel hakkın nesnel koruma alanına dahil etmektedir. Yani nesnel koruma alanı hakka ilişkin tüm olguları bütünüyle kapsar<sup>45</sup>. Birincisi normatif unsura altlamak (subsumtion) için yeterli olabilecek bir nitelik gösteren her şey -başka niteliklerine bakılmaksızın- hakkın normatif unsuru/nesnel koruma kapsamında kabul edilir. İkinci olarak da normatif unsur kavramının semantik hareket alanlarında geniş yorum gereklidir<sup>46</sup>. Normatif unsurlar, öldürme, gasp, ırza geçme özgürlüğünü de kapsarlar. Nitekim şiddet kullanılan toplantılar da Alman Anayasasının Md. 8/1 kapsamında değerlendirilir<sup>47</sup>. Sınırlamalar daha çok özgürlüklere dıştan<sup>48</sup>, sınırlamanın zorunlu kıldığı ölçüde ve süre için uygulanmalıdır.

Ancak normatif unsur ne kadar geniş olarak tespit edilirse, temel hak normunun ilgili olabileceği olayların sayısı ve bununla birlikte temel hak çatışmaları da o kadar çok artar. Bu durumun ise diğer hukuksal yararlar

44 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht..., s. 180.

45 Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 2. Bası., Frankfurt am Main 1994, s. 291.

46 Örnek olarak Alexy "basın" kavramı için Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararına dayanır: "Basın" kavramı geniş ve biçimsel olarak yorumlanmalıdır; bu kavram tekil basın ürününün -hangi ölçütlere göre yapılmış olursa olsun- değerlendirilmesine bırakılmaz. "Basın özgürlüğü" yalnızca "ciddi" basınla sınırlı değildir. Alexy, Robert, a.g.e., s. 291.

47 Alexy başı ve silahsız kavramlarının toplanma özgürlüğünün ön koşulu olarak kabul edilmesini ne kavramsal olarak zorunlu, ne de sonuçları itibarıyla arzulanır olarak kabul etmemektedir, Alexy, Robert, a.g.e., s. 259.

48 Bleckmann, Albert, Staatsrecht, II. Die Grundrechte, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1989, s. 333.

49 Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates, Heidelberg/Karlsruhe 1980, s. 30

39 v. Pollern, Hans-Ingo, Immanente Grundrechtsschranke, JuS 1977, s. 644.

40 BVerfGE 30, 1(20); 33, 303(334).

41 Brugger, Winfried, (Çev. Can, O.) E-Akademi, Sayı 3, Mayıs 2002, Prg. 8-9 vd., <http://www.e-akademi.org/makaleler/can2.htm> (07.09.2002)

42 Bethge, Herbert, Mephistos Beitrag zur Erhaltung der Kunstfreiheit, ZUM 1989, s. 497.

43 Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit..., 1983, s. 45.

için tehdit oluşturması kaçınılmaz<sup>49)</sup>. Geniş unsur teorisi ayrıca sınırsız bir yararlar tartımı sorununu da beraberinde getirir. Sonuçta genellik, eşitlik ve hukuk güvenliği açısından sakıncalı olur. Çünkü korunacak yararların konum ve önemini tartacak olan makamı keyfilik ve rastlantı etkisindeki sübjektif nitelendirmeden sakındıracak ve objektif bir değerlendirme yapmasını sağlayacak anayasal bir kriter yoktur<sup>50)</sup>.

#### 4.2.1.2 Dar normatif unsur teorisi

Friedrich Müller'e göre hiçbir hak sınırsız garanti edilmez<sup>51)</sup>. Bu, tek gerçek içkin sınırlamadan, yani temel hakkın kendi hukuksal niteliğinden çıkmaktadır. Bununla birlikte hukuksal nitelik kaydı, tüm temel hakların yazılı ya da yazısız sınırlar içerdikleri anlamına gelmez, aksine temel hak garantilerine nesnel sınırlar çizildikleri anlamına gelir. Bu nedenle Müller tarafından temel alınan norm anlayışına göre nesnel temel hak garantilerin sınırı tayininde esas olan, kuralın lafzınca formüle edilmiş, ima yoluyla ya da açıkça öngörülen norm alanının nesnel ve normatif kapsamıdır<sup>52)</sup>. Ona göre birincil soru bir temel hakkın ne ile si-

nirlenacağı değil, bilakis o hakkın norm alanı analizinden ve norm programıyla ilişkisinden çıkarılıp geliştirilen geçerlilik özüdür<sup>53)</sup>. Bu durumda dört yolda tablo yapmak, ayın gereği öldürme veya tiyatro sahnesinde cinayet Alman Anayasasının Md. 5/3, 1. cümlelerinin norm alanına girmez<sup>54)</sup>.

Dar normatif unsur teorisini başka bir biçimi, genel yasaları<sup>55)</sup> temel hakların nesnel koruma alanlarının sınırı olarak kabul eder. Bettermann'a göre "genel yasalar" sınırı kayıtsız garanti edilen temel haklar için de geçerli olmalıdır: Tüm bireyler için bağlayıcı olan, sanatçı ve bilim adamlarını da bağlayabilmelidir. "Herkes" için yasak olan, sırf araştırma, öğretim ya da sanatsal veya bilimsel faaliyet yoluyla işlendiğinden dolayı serbest hale gelemmez. Aynı durum gösteri yürüyüşü ve dernekleşme özgürlüğü için de geçerlidir<sup>56)</sup>.

"Genel yasalar" Häberle'ye göre anayasaca ilgili temel hakka göre eşit ya da üstün olarak değerlendirilen yasalardır<sup>57)</sup>. "Genel yasalar" kaydı "Değerler ve hiyerarşi düzenine" işaret eder<sup>58)</sup>. Smend'e göre bir yasa ancak özellikle düşünce özgürlüğüne ilişkin özel nitelikli sınırlandırmalar içermediği sürece "genel"dir<sup>59)</sup>. Bu genel ya-

50 Isensee, Josef, §111, *Das Grundrecht als Abwehrrecht...*, s. 236.

51 Müller, Friedrich, *Positivität der Grundrechte*, 2.Aufl., Berlin 1990, s. 41.

52 a.g.e. s. 32.

53 a.g.e., s. 87; karşı Schnapp, Friedrich E., *Grenzen der Grundrechte*, JuS 1978, s. 730.

54 Müller, Friedrich, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin 1969, s. 59.

55 Alman Anayasasının 5. maddesinde düşünce özgürlüğünün sınırı olarak kabul edilen "genel yasalar" kavramıyla doğrudan doğruya belirli bir özgürlüğün sınırlanmasını hedef almayıp çeşitli temel hakların korunmasına yönelik çıkarılmış yasalar anlatılmak istenmektedir. Örneğin "sövme" eylemini yaptırım altına alan cezai düzenleme düşünce özgürlüğünün sınırlanması için değil, ancak bireylerin kişilik haklarının korunması için konmuştur.

56 Bettermann, K. August, a.g.e., s. 26 vd.

57 Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetzes, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3. Basi, Heidelberg 1983, s. 32

58 a.g.e.

59 Smend, Rudolf, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in: *VVDStRL* 1928, s. 96.

salara aykırılık oluşturan özgürlük kullanımı bu durumda ilgili temel hakkın koruma kapsamı dışında kalacaktır. Bu teorinin daha özenli bir versiyonu Rüffner tarafından temsil edilmektedir. Ona göre bir temel hakka dayanma, bireye hukuk düzeninde diğerlerine karşı bir ayrıcalık tanımaz; genel yasalara o temel hakkın kullanımında da saygı gösterilmelidir. Genel yasalar ilgili temel hakkın kullanımıyla ilişkili olmamalı, ve yalnızca bu temel hakkın koruma alanına taşan eylemleri hedef almalıdır. Bundan dolayı bir tartım ne gereklidir ne de böyle bir tartım izin verilmelidir. Hukuku yorumlayanın en önemli ve zor ödevi bu tür olaylarda yalnızca temel hakkın koruma/garanti alanını doğru olarak belirlemektir<sup>60)</sup>.

Geniş unsur teorisine karşılaştırıldığında, dar unsur teorisi yararlar tartımının zorluklarını ortadan kaldırmaktadır. Dar unsur teorisi hukuksal ihlalin belirli biçimlerini baştan itibaren (apriori) temel hakkın koruma kapsamından çıkarmaktadır: Başkalarının temel haklarının özellikle üçüncü kişilerce zor kullanılarak açık ve belirgin bir şekilde ihlal edilmesi bu bağlamda ele alınabilir. Normatif unsurun sınırları yorumla tespit edilmeli, yararlar tartımına başvurulmamalıdır<sup>61)</sup>.

60 Rüfner, Wolfgang, *Grundrechtskonflikte*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Hrsg. Christian Starck, Cilt 2, Tübingen 1976, s. 456.

61 Hofmann'a göre geniş unsur teorisi mülkiyet, yaşam ve vücut dokunulmazlığı gibi hakların, inanç ve sanat özgürlüğü gibi kayıtsız temel hakların geniş yorumlanması yoluyla zarara uğramasına neden olur. Ona göre inanç ve sanat özgürlüğünün norm alanının kendi yapısından dolayı sınırlı olarak eş değerdeki diğer anayasal normların geçerlilikleriyle biçimlenmesinin daha kabul edilebilir ve norm yapısına daha uygun olduğunu ve temel hakların geçerlilik alanlarının tayininin, tekil olayda temel hakların tartıya gelmez tartıcı tasnifine teslim edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir, Hofmann, Josef, *Kunstfreiheit und Sacheigentum*, NJW 1985, s. 243.

62 Dürig, Günther, Art. 2 Abs. 1..., Kn. 73 b.

63 A.g.e., Kn. 73.

64 Son olarak BVerwGE 5, 158.

hangi bir hakkı elinden almış olma- maktadırlar<sup>65</sup>.

#### 4.2.1.3. Kanaatimiz

Dar normatif unsur teorisi kabul edildiğinde ulaşılan sonuç, neminem-laedere ilkesi, barış yükümü ve zor kullanma yasağının temel haklara uygulanması sonradan sınırlamalar değil, aksine o temel hakların bir ön koşulu olduğudur. Bu bakımdan başkalarının yaşam, vücut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkına<sup>66</sup> yönelik müdahaleler ihlal eden bir temel hak kullanımına dayansa bile temel hak korumasından yararlanamayacaktır. Kayıtsız garanti edilen bir temel hak kullanımı da aynı şekilde hırsızlık, ihtilas, yaralama, eşyaya zarar verme, haneyi ihlal, icbar ve hürriyetten alıkoyma eylemine meşruluk kazandıramaz. Nitekim başkalarının BGB (Alman Medeni Yasası) Md. 823/2 yanında ceza hukukunca da ayrıca korunmuş mülkiyet ve benzeri bir hakkını ihlal eden kişi kayıtsız bir biçimde öngörülen sanat ya da bilim özgürlüğüne sığınamaz. Alman Anayasasının 2. maddesinde ifadesini bulan "başkalarının hakları" kavramı bunun açık bir belirtisidir. Alman Anayasasının Md. 2/1'deki sınırlama üçlüsü<sup>67</sup> diğer tekil temel hakların nitelikleri nedeniyle bunlara uygulanamasa bile, yine de hakların, başkalarının haklarıyla sınırlı olduğu biçimindeki hukuk idesinin, yani neminem-laedere

ilkesine uyulmasının anayasaya içkin olduğunu söylemek gerekir.

Bu çözüm ihlal edilen hukuksal yararın bir eşya mülkiyeti, başkalarının özel hayatı, yaşam ve vücut tamlığı hakkı olması durumunda çok sorun çıkarmaz. Ancak bunun yanında özgürlük kullanımının başka hukuksal yarar-entelektüel özgürlükler<sup>68</sup>- alanlarının olası bir ihlali olmaksızın gerçekleşmesinin çok zor olabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Ancak, yalnızca evde hazırlık ve alıştırma yapabilen buna karşın maddi durumunun sadece kiralık bir eve olanak verdiği bir müzisyenin durumu örnek verilebilir. Daha sorunlu örnek olarak sosyal ve politik yaşamımızda sıkça rastladığımız kişilik hakları-sanat ve basın özgürlüğü çatışması verilebilir. Hangi noktadan itibaren politik yergi ya da karikatür meşruluğunu kaybeder? Görüşümüze göre, eylemle kişilik haklarının bilinçli ve açık ihlali amaçlanmadığı durumlarda dar normatif unsur teorisi çözüm sunamamaktadır. Bu tür kaçınılması zor olduğundan dolayı "gerçek" temel hak çatışması durumlarında -Denninger'in ifadesiyle<sup>69</sup>- Alman Anayasa Mahkemesinin Mephisto Kararında<sup>70</sup> işaret edilen ve diğer kayıtsız temel haklar için de onaylanan -ve şüphesiz zahmetli ve zor-doğrudan anayasal değerler tartımından ayrılmamak gerekir.

Diğer taraftan temel hak unsurunun sübjektifleştirici ve objektifleştirici

norm niteliği arasında ayırım yapmak gerekir. Birinci yaklaşım temel hakkın yorum yetkisini tamamen temel hak süjesinde kabul eder<sup>71</sup>. Bu yaklaşım, anayasal ölçüt olarak normatif karakterin kaybolup sübjektif keyfilik fonksiyonuna dönüşmesine yol açabilir<sup>72</sup>. Temel hak süjesinin özgürlük algılaması bu özgürlüğün temel hak unsuru çerçevesinde nasıl kullanılacağını belirler; ancak temel hak unsurunun çerçevesini belirleyemez<sup>73</sup>. Aksi takdirde ihlal edenin temel hak anlayışı ile mağdurun ki birbirleriyle çatışır. Oysa ki taraflardan hiçbirinin devleti belirli bir eyleme zorlama yetkisi olamaz; zorlama yetkisi yalnızca anayasal objektif hakka aittir<sup>74</sup>. Hiçbir temel hak süjesinin kendi özgürlüğünün sınırlarını aşarak başkalarının özgürlüklerine -ve bunu da kamunun/genelin koruma yükümünün harekete geçmesini talep etmek yoluyla- müdahale hakkına sahip değildir<sup>75</sup>. Burada elbette -anayasanın diğer normlarında zorunlu olduğu biçimde- objektifleştirici yaklaşım tarzına üstünlük tanımak zorunludur<sup>76</sup>.

#### 4.2.2. Neminem laedere-ilkesi ve Sanat özgürlüğü

Neminem-laedere ilkesinin anayasal kriter olması özellikle sanat özgür-

lüğü gibi kayıtsız temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırma çabalarında önem kazanır.

Sınırlama kaydı öngörülmezsizin garanti edilen inanç, vicdan ve sanat özgürlüklerinin garanti kapsamı, devlet müdahalesi, yani yasa koyucu müdahalesi yoluyla daraltılmasına elverişli değildirler. Bu sonuç zorunlu olarak ilgili temel hakkın anayasada yer aldığı biçimiyle lafzından çıkmaktadır. Ancak özgürlük, karşının olmadığı yerde anlamsızlaşır. Bir hukuk düzeninde özgürlük -dışa bir biçimde yansıdığı sürece- sınırsız ve mutlak olamaz. Sanat özgürlüğü dahi kendisini garanti eden hukuk sistemi içinde bir anlama ve fonksiyona sahiptir. Bu veriler her bir temel hakkın biri birleriyle sıkı ilişkili iki argümana dayanan ilkesel iki sınırları ortaya çıkarır; birinci argüman, "diğer hukuk süjelerinin durumlarına saygı göstermeksizin sınırsız bir özgürlük kullanımı toplumsal yaşamı olanaksız kılar (neminem-laedere ilkesi) ve çözümü olanaksız çatışmalara yol açar", ikincisi de "bi-reysel temel haklar, tüm özgürlük kullanımlarının varlık koşulu olan demokratik-siyasal düzeni tehlikeye düşüremez (barış ve güvenlik ilkesi)". O halde başkalarının haklarını ihlal eden ve kamu düzeni ve güvenliğini bozan<sup>77</sup>

65 Dürig, Günther, a.g.e., Kn. 82.

66 Detaylı bilgi için bkz. Başlık 4.2.3.

67 Bunlar "başkalarının hakları", "anayasal düzen" ve "ahlak kuralları"dır.

68 Krşl. Schmieder, Hans-Heinrich, Kunst als Störung privater Rechte, NJW 1982, s. 628.

69 Denninger, Erhard, Freiheit der Kunst, in HStR, Cilt IV, §146, Kn. 41.

70 BVerfGE 30, 173 (185 vd).

71 Yani toplanma özgürlüğüne dayanan temel hak kullanıcısının kendisi davranışının bu özgürlük kapsamına girip girmediğini belirlemeli, sanatçı ya da bilim adamının kendisinin yaratıklarının sanat ya da bilim olup olmadığına karar vermemelidirler. Daha detaylı bilgi için bkz., Denninger, Erhard, a.g.e., Kn. 1 vd.

72 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht..., s. 173 vd.

73 a.g.e., s. 174.

74 a.g.e.

75 a.g.e.

76 a.g.e.

77 Kamu düzenini ve güvenliğini bozmak baştan (apriori) özgürlüğe ait olmadığından bu bozma eylemine karşı girişilen savma eylemi iddia edilen özgürlüğün özüne müdahale sayılmaz; bu nedenle Anayasanın 19/2. maddesinde öngörülen temel hakların özüne dokunma yasağı bu savma niteliğindeki kolluk faaliyeti için söz konusu olmayacaktır, Dürig, Günther, Art. 2 Abs. 1..., s. 97.

temel hak kullanımları ilgili temel hakkın garanti kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>(78)</sup>.

Sınırlama sorununa ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi sanat özgürlüğü için "kayıtsız, ancak sınırsız değil" biçiminde kolay anlaşılabilir ve etkili bir formül geliştirmiştir: Yalnızca başkalarının çatışan temel hakları ve anayasal düzeydeki hukuksal değerler, anayasanın bütünlüğü ve anayasaca korunan bütün değerler düzeni göz önünde bulundurulmak koşuluyla istisnai olarak kayıtsız garanti edilen temel hakları bazı yönlerden sınırlayabilme yeteneğine sahiptir<sup>(79)</sup>.

Bu durumda anayasaca da kabul edilen toplum içinde anlam ifade eden birey anlayışı kayıtsız olarak kabul edilen temel haklara da belirli istisnai sınırlar çizilebilecektir. Herhangi bir kaydın öngörülmemiş olması gerçeği karşısında Md. 5/3'teki (sanat ve bilim özgürlükleri) garantilerin yasa koyucu tarafından ne genel hukuk düzeni, ne de -anayasal dayanak ve yeteri hukuksal güvenlik sağlamadığından siyasal toplum için zorunlu değerlerin tehdidine olanak tanıyan- belirsiz bir değerler tartımı nedenlerine dayalı olarak rölatife edilmesi mümkün değildir.

Md.2/1, genel eylem özgürlüğünü sınırlayan "başkalarının hakları" ile karşılıklı saygıya dayanan bir düzen

olan hukuk için tipik bir formül benimsemektedir; bu formül hukuksal anlayışına göre Md. 5/3'te de dikkate alınması gerekir. Bu bakış tarzı "Tüm bireylere özgürlük garanti eden kurum" olarak modern devletin tarihsel kökenine uyduğu gibi, aynı zamanda yine devletin "3. kişilere karşı organize olmuş bir özgürlük güvencesi" biçimindeki güncel ödevine de uymaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre değerler tartımını baştan olanaksız kılacak derecede çatışan ağır anayasal değerlerin zarar görmesi söz konusu olduğunda tartım yoluna başvurulmaz<sup>(80)</sup>. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi Anayasanın Md. 1/1'ce korunan insan onurunun özüne yapılan bir müdahalenin, hiçbir biçimde sanatsal eylem özgürlüğünce korunamayacağına ilişkin örnek bir karar vermiştir<sup>(81)</sup>. Gerçi Anayasa Mahkemesi neyin iyi ya da kötü ve neyin daha üstün ve bayağı sanat olduğuna ilişkin karar veremez, ancak sanat ile sanat olmayan arasında bir ayrımı pekala yapabilir. Eğer sanatsal eylem "sanat olmayan" olarak nitelendirilebilecek derecede başkalarının temel haklarının zedelenmesini karakterize ediyorsa, ne iş ne de etki alanında koruma göremeyecektir<sup>(82)</sup>.

Mahkemeye göre sanat özgürlüğü kesin nitelikli başka sınırlamalara da elverişlidir. Örneğin Md. 5/3'de kayıtsız güvenceye sahip olan sanat özgürlüğü ilke olarak başkasının mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunmaya izin vermez. Buna yakından bakmakta yarar vardır.

#### 4.2.3. "Zürih'li Spreyci" Olayı

İsviçreli sanatçı Naegeli kamuoyunda "Zürih'li Spreyci" olarak nam salar. Sanatçı İsviçre'de, sanatsal olarak nitelendirilen figürlerini malik rızası olmaksızın ev duvarlarına spreyle resmettiğinden dolayı aleyhine açılan ceza davasında mala zarar verme suçundan mahkum olur. Ardından da Almanya'ya sığınır. Schleswig Eyalet Yüksek Mahkemesi, Almanya'da bulunan Naegeli'nin İsviçre'ye cezasını çekmek üzere iade edilmesini onaylar. Eyalet Yüksek Mahkemesi kararına karşı sanatçı tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan anayasa şikayeti, yeterli düzeyde başarı şansının bulunmaması (kabul edilebilir olmaması) nedeniyle ön inceleme komisyonu tarafından esas incelemesine alınmaz ve geri çevrilir.

Anayasa şikayetinde sanatçı özellikle Anayasanın Md. 5/3'de kayıtsız güvence altına alınan sanat özgürlüğüne dayanır. Anayasa Mahkemesi Eyalet Yüksek Mahkemesine "Anayasa-

nın 5/3. maddesinin 1. cümlesinin bir sanatçıya başkalarının mülkiyet hakkını ihlal etme hakkını tanımaz... Bu özgürlüğü anayasa kayıtsız bir biçimde öngörmüştür; ancak bu özgürlüğün geçerlilik alanı apriori olarak başına buyruk bir şekilde sanatsal gelişim (sanatın ister iş isterse de etki alanı) amacıyla yabancı mülkiyet haklarının ihlalini ya da bu haklar üzerinde tasarrufu kapsamaz" gerekçesiyle hak verir<sup>(83)</sup>. Üçlü komisyon bu argümana ayrıca mülkiyet hakkının da anayasaca korunan bir temel hak olduğu argümanını ekler; ancak bu, mala zarar vermeyi cezalandıran ceza yasasının temel haklara içkin olan bir sınırı somutlaştırdığı biçimindeki temel karar gerekçesi için destekleyici bir argümandır<sup>(84)</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı öğretide farklı tepkilere yol açar:

Denninger'e göre bu, liberal mülkiyet düzeninin bunu koruyan cezai güvencesiyle birlikte -tekil durumda anayasal değerler tartımı yapılmaksızın- sanat özgürlüğünün apriori içkin sınırını oluşturduğu biçiminde anlaşılmasına neden olabilir: "Bu görüş genelleştirerek sonuna kadar götürüldüğünde, bu durumda genel sınırlama hükmü olarak kabul edilmeyen Md. 5/2'deki 'genel yasalar' -yani doğrudan doğruya sanatı hedef almayı başkalarının haklarının korunmasına hizmet eden normlar- sonuçta yine sanat

78 BVerfGE 81, 278; BVerfG, 7.3.1990 tarihli, 1 BvR 266/86, 913/87 Kararı; açıklamalar için bkz. Hufen, Friedhelm: Verunglimpfung der Bundesflagge durch künstlerische Darstellung, NJW 1990, 1982 vd.

79 Vurgu bana ait.

80 Henschel, Johann F., Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 1990, s. 1942.

81 BVerfGE 67, 213(228)

82 Federal Anayasa Mahkemesi yargılamasında sanat özgürlüğü hem sanatın iş hem de etki boyutunu garanti kapsamına alır. İş boyutunda söz konusu olan sanatın yaratılması yani, tüm unsur ve detaylarıyla birlikte sanatın ortaya çıkış sürecidir. Buna karşın sanatın etki boyutunda ise ortaya çıkan sanatın yayılması, özellikle sanatın muhatabı olan kitlelere ulaştırılması anlatılmak istenmektedir, BVerfGE 77, 240, (250), bkz., Sachs, Michael, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Berlin-Heidelberg... 2000, s. 317

83 BVerfG, 19. Mart 1984 tarihli 2. Daire (Üçlü Komisyon-Ön inceleme komisyonu)kararı, EuGRZ 1984, s. 271; Detaylı bilgi için bkz., Hofmann, Josef, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, s. 237; Henschel, Johann F., a.g.e., s. 1937; Kriele, Martin, a.g.e., s. 623.

84 Kriele, Martin, a.g.e.

85 Denninger, Erhard, a.g.e., s. 872; Würkner, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, München 1994, s. 156.

özgürlüğünün 'zaten içkin' sınırlarını belirlemiş olur<sup>(85)</sup>.

Henschel, durumu tartışmalı olarak nitelendirmekte ve sorunun daha çok temel hakların koruma alanına ilişkin bir sorun olabileğini söylemektedir, çünkü bir sanat eseri ortaya çıkarmak için başkalarının mülkiyet hakkına yapılan müdahale klasik özgürlüğün savma (negatif statü) karakterini aşan bir pozitif statü talebi niteliğindedir<sup>(86)</sup>.

Mülkiyet hakkı her ne kadar temel hak katalogunun sonunda bulunmaktaysa da buradan bu hakkın sanat özgürlüğü karşısında hiyerarşik açıdan daha düşük bir konuma sahip olduğu sonucu çıkarılamaz<sup>(87)</sup>. Bunun yanında mağdur mülkiyet sahibinin agressif (müdahale eden) sanatçıya karşı kendi özel alanında eylem özgürlüğü vardır; kendi mülkiyetini istediği biçimde kullanma ve bu hak üzerinde başkalarının tasarrufuna izin vermeme biçiminde kişisel bir özerkliği vardır. Mülkiyet hakkı sahibinin bu konumu anayasal değerler düzeni için en az sanat özgürlüğü kadar önemlidir. Sanatsal tasarruf alanı, başkalarının anayasaca korunmuş bireysel tasarruf ve koruma alanlarına müdahale edecek kadar geniş olamaz.

Naegeli'nin eylemi Alman Ceza Yasasının duvarlara spreyleme tablo yapma eylemini değil ancak başkalarının eşyasına zarar vermeyi cezalandıran 303. maddesine aykırılık oluşturmak-

tadır. Mülkiyet hakkına zarar vermeyi cezai yaptırıma bağlayan yasalar sanat özgürlüğünün anlamına aykırı değildir. Bu tür ceza yasaları lafız ve amaçları itibarıyla genel olarak sanat özgürlüğünün içeriğini etkilemez. Sanat icrası yoluyla mala zarar verme eylemi, Alman Anayasasının Md. 5/3 için nesnel olarak spesifik değildir, aksine fiğür spreyleme eylemiyle sanat özgürlüğünün norm alanı nesnel olarak spesifik olmayan bir ilişki içindedir<sup>(88)</sup>. Başka bir anlatımla sanatsal spreyleme, başkalarının mülkiyetine zarar verdiği sürece sanat özgürlüğünün norm alanı dışına çıkar. Sanat özgürlüğünün kayıtsız olarak güvence altına alınmış olması bir şey değiştirmez. Çünkü -Mahkemenin ifadesiyle- "bu özgürlüğün geçerlilik alanı apriori olarak başına buyruk bir şekilde sanatsal gelişim (gerek sanatın iş gerekse de etki alanı) amacıyla yabancı mülkiyet haklarının ihlalini ya da bu haklar üzerinde tasarrufu kapsamaz"<sup>(89)</sup>.

### 5. Sonuç

Neminem-laedere ilkesi temel hakların geçerlilik alanının sınırını somutlaştırır. F. Müller'in haklı olarak tespit ettiği gibi, norm alanının nesnel geçerlilik alanının sona erdiği ya da geçerlilik alanının ek bir sınırının özgürlüğün tanımında -Md. 8/1 de (barışçı ve silahsız olarak toplanma hakkı)- açıkça yansımaları bulduğu yerde, temel hak tarafından nesnel spesifik olarak 'ko-

86 Henschel, Johann F., a.g.e., s. 1942.

87 Schmieder, Hans-Heinrich, Kunst als Störung privater Rechte, NJW 1982, s. 630.

88 Hofmann, Josef, a.g.e., s. 238.

89 Müller, Friedrich, Die Positivität..., s. 57; eleştirel yaklaşım için bkz., Hofmann, Josef, a.g.e., s. 239 vd.

90 BVerfG, 19. Mart 1984 tarihli 2. Daire (Üçlü Komisyon-Ön inceleme komisyonu)kararı, EuGRZ 1984, s. 271 vd.

91 Müller, Friedrich, a.g.e., s. 56.

runan' sona erer, yani geçerlilik özü son bulur<sup>(91)</sup>. Başkalarının haklarını koruyan cezai ya da hukuksal norm temel hakkın geçerlilik özünün nesnel-normatif sınırını belirginleştirir, ancak ilgili temel hakka bir müdahale oluşturmaz ya da onu sınırlamaz<sup>(92)</sup>.

Başkalarının yaşam, sağlık ve mülkiyet gibi değerlerine dönük üçüncü kişi müdahalesi kural olarak devletin koruma yükümünü harekete geçirmek için yeterlidir. Böyle bir müdahale hak sahibinin izni olmaksızın gerçekleştiği ve meşru müdafaa gibi istisnai bir durum söz konusu olmadığı sürece şiddet/güç kullanma yasağını ihlal eder ve anayasaya aykırı olur<sup>(93)</sup>. Üçüncü kişi müdahalesi kayıtsız bir temel hak kullanımı biçiminde başkalarının temel haklarını somutlaştıran yasak normlara aykırılık oluşturduğunda, eylem kayıtsız temel hakkın nesnel-normatif sınırını aşmış olur. Ancak bu durumda devlet mağduru koruyucu işlem/eylemiyle failin temel hakkının geçerlilik alanına müdahale edemez, çünkü bunu haklılaştıracak sınırlama nedeni yoktur. Üçüncü kişi müdahalesinin nitelikli yasa kayıtlı bir özgürlük kullanımı biçiminde ortaya çıktığı durumda devlet mağduru koruma amaçlı olarak failin temel hakkına -yasayla ya da yasaya dayalı alt idari işlemle- ve temel hakkın özünü zedelememek koşuluyla müdahale edebilir. Bu durumda başkalarının hakkının, temel hak sınırı olarak etki

doğurması için yasaca korunmuş olması yeterlidir.

Ancak kişilik hakları ile sanat ve basın özgürlüğü arasındaki çatışmalarda, aynı zamanda kişilik haklarının ihlali niteliğine sahip bazı eylemlerin kesin olarak sanat ya da basın özgürlüğünün koruma kapsamından apriori çıkarılması gerektiğini söylemek zordur. Bu sorunun çözümünü Alman Anayasa Mahkemesinin yerleşik yargılamasındaki anayasal yararlar tartımı sunmaktadır<sup>(94)</sup>. Ancak açıkça iftira, küçük düşürme ya da şeref ve haysiyetle oynamayı amaçlayan eylemlerin özgürlüğün kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir.

Gerek tüm temel haklara apriori içkin bir sınır, gerekse de çatışan bir hakkın korunması olarak değerlendirilsin, "başkalarının temel hakları" ve bunu yansıtan Neminem-laedere ilkesi tüm temel hakların sınırlarını somutlaştırmaktadır, yararlar tartımına gidildiğinde bunun anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu bakımdan Neminem-laedere ilkesi mağdur lehine ve ihlal eden aleyhine anlam kazanan devletin anayasal koruma yükümünün temelini oluşturmaktadır. Anayasal koruma yükümünün konusu erga omnes (herkese karşı) korunması gereken temel hak öğeleridir.

O halde temel hak rejiminin, ancak ihlal edenle birlikte mağduru statüsünü kavrayıp, hukuk devletini yalnızca negatif yönden sınırlama gereği olarak değil, ama aynı zamanda poziti-

92 Müller, Friedrich, a.g.e., s. 57.

93 Isensee, Josef, §111, Das Grundrecht als Abwehrrecht ..., s. 194.

94 BVerfGE 7, 377 (405); 28, 243 (261 vd).



tif bir amaç olarak algıladığı ve hukukun yalnızca özgürlük sınırlaması olarak değil aynı zamanda özgürlüğün önkoşulu olarak bildiği ölçüde bir dengeye oturabildiğini söyleyebiliriz<sup>(95)</sup>. Bunun temel koşulu ise Nemi-

nem-laedere ilkesinin anayasal bir temele sahip olduğu ve üçüncü kişilerden kaynaklanan anayasa aykırılıklarının tespitinde ölçüt olarak kullanılabileceğinin kabulüdür.

95 Isensee, Josef, a.g.e., s. 188.

## Ceza Hukukunda Hukuksal Değer<sup>(\*)</sup>

Yener Ünver<sup>(\*\*)</sup>

Çeviren: R. Barış Erman<sup>(\*\*\*)</sup>

### Giriş

Bu tebliğin konusunu, hukuksal değerlerin korunması öğretisinin anlamı özellikleri ve ceza kanunkoyuculuk faaliyeti açısından işlevleri oluşturmaktadır. Hukuksal değer kavramının anlamı sorununda, ceza hukukunun amacının incelenmesinden yola çıkılmalıdır. Sizlere bu kısa tebliğde öncelikle öğretiyi genel olarak açıklayacak ve sonra yeni bir hukuksal değerlerin korunması öğretisine ilişkin kendi tezimi aktaracağım. Son olarak da Türk pozitif normlarından ve içtihadından bazı noktaları örnek göstereceğim.

Bilindiği gibi, hukuksal değerlerin korunması öğretisi ve kavramı çok tartışmalı bir konu olup, öğretilerde çeşitli türevleri olmuştur ve günümüzde de çeşitli yandaşları olan bu öğretinin kökenleri, farklı bir yapı içinde Birmbaum'a (1834) dayanmaktadır. Hatta, bazı yazarların görüşüne göre Beccaria, Montesquieu ve Voltaire'e kadar geri gitmektedir. Korkunç nasyonal-sosyalist dönem dışında bu öğreti çeşitli türev ve işlevlerle Kıta Avrupası'nın ceza hukuku dogmatikliğinin merkezinde yer almıştır.

Hukuksal değer öğretisi bugün ceza hukukunda temel öneme sahip bir konudur. Bununla birlikte bilimsel açıdan tartışmalı olması da başlıca özelliklerindedir. Öğretilerde, koruma objesinin çok görünümümlü karakterini gösteren çeşitli yorumlar, hukuksal değer kavramsal olarak saptanmasını etkilemektedir.

Burada karar verilmesi gereken nokta şudur: Hukuksal değerler kime aittir? Tabii bu bağlamda hukuksal değer sahibi ile hukuksal değer taşıyıcısı kavramlarının eşanlamlı olup olmadığı üzerine de düşünülmesi gerekmektedir. Burada bütün bu sorulara değinerek kendi yorumumu aktarmaya çalışacağım.

Tezlerim (Hukuksal Değerin Korunması Hakkında Kendi Görüşüm)

I. Kanımca çağdaş bir hukuksal değerlerin korunması öğretisi açısından kişilerin özgürlüğü ve bağımsızlığı ve bireyin kendini geliştirme özgürlüğü temel bir noktadır. Hukuksal değer kavramı ve hukuksal değerlerin korunması öğretisi insan ve serbest gelişimi ile gerekçelendirilmelidir.

(\*)Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 2001, No. 50, c. 33'te yayımlanan "Das Rechtsgut im Strafrecht" başlıklı makalenin çevirisidir.

(\*\*) Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(\*\*\*) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı