

**T.C.**

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HUKUKU**

**ANABİLİM DALI**

**TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ VE İFADE  
ÖZGÜRLÜĞÜ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Dilara DÖNMEZKUŞ**

**ANKARA-2019**

**T.C.**

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HUKUKU**

**ANABİLİM DALI**

**TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ VE İFADE  
ÖZGÜRLÜĞÜ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Dilara DÖNMEZKUŞ**

**Tez Danışmanı**

**Dr. Öğr. Üyesi Ali Ersoy KONTACI**

**ANKARA-2019**

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU

ANABİLİM DALI

Dilara DÖNMEZKUŞ

TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ VE İFADE  
ÖZGÜRLÜĞÜ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ali Ersoy KONTACI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

Prof. Dr. Levent GÖNENG

.....

Doç. Dr. Dilek ERGÖL

.....

Dr. Öğr. Ü. A. Ersoy KONTACI

.....

.....

.....



.....



.....



.....

.....

Tez Sınavı Tarihi.....28.01.2019.....

**Tez Doğruluk Beyanı Belgesidir.**

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,**

*Dr. Öğretim Üyesi Ali Ersoy KONTACI danışmanlığında hazırladığım “Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü (Ankara.2019) ” adlı yüksek lisans  - doktora/bütünleşik doktora  tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.*

**Tarih:**

**Adı-Soyadı ve İmza**

*Dilora DÖNMEZKÜS*  
*[İmza]*

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	v
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### TEMEL HAKLARIN HUKUK DÜZENİNDEKİ ETKİSİ

§ I. İNSAN HAKLARI KAVRAMI.....	8
A. İNSAN HAKLARININ ÖZELLİKLERİ VE TASNİFİ.....	12
B. İNSAN HAKLARININ POZİTİF HUKUK TARAFINDAN TANINMASI VE TEMEL HAK KAVRAMI.....	17
§ II. TEMEL HAKLARIN DİKEY ETKİSİ.....	21
A. TEMEL HAKLARIN ANAYASAL KONUMU.....	22
B. TEMEL HAKLARIN DEVLETE KARŞI KORUNMASI.....	25
1. TEMEL HAKLARIN ANAYASAL ÜSTÜN NORM NİTELİĞİ.....	26
2. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	29
§ III. TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ.....	31
A. YATAY ETKİ KAVRAMI.....	35
B. ÖZEL HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI.....	39
C. YATAY ETKİ TEORİSİNDE KAVRAMLAR: DOĞRUDANLIK VE DOLAYLILIK.....	45

### İKİNCİ BÖLÜM

#### TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ: MODELLER, YAKLAŞIMLAR VE SORUNLAR

§ I. TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	49
A. DOĞRUDAN YATAY ETKİ MODELİ.....	52
1. DOĞRUDAN YATAY ETKİNİN DAYANAK NOKTALARI.....	69
a. İnsan Haklarının Niteliği Gereği Korunması.....	71
b. Anayasal Hükümlerin Muhatapı ve Yükümlüsünün Belirsiz Şekilde Kaleme Alınması.....	73

c. Özel Hukuk Kişilerinin İktidar Kullanımından Kaynaklanan Hak İhlalleri.....	75
d. Yargıçların Farklı Modeller Ortaya Çıkarmasının Önüne Geçilerek Yeknesak Uygulamanın Sağlanması .....	78
2. DOĞRUDAN YATAY ETKİ MODELİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER.....	79
a. Anayasal Normların Özel Hukuka Doğrudan Uygulanmaya Elverişsizliği .....	80
b. Temel Hakların Anayasaya Aykırı Şekilde Sınırlanması Sorunu .....	81
c. Yargıçların Yasama Erki Karşısında Geniş Anayasal Yetkiler Elde Etmesi .....	83
B. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİ.....	85
1. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİNİN DAYANAK NOKTALARI.....	95
a. Yargı ve Yasama Yetkisinin Ayrılığı .....	96
b. Özel Hukukun Özerk Niteliğinin ve Bireyin İrade Serbestisinin Korunması .....	100
2. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER....	102
<b>§ II. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİNDE YAKLAŞIMLAR.....</b>	<b>102</b>
A. DOLAYLI YATAY ETKİNİN BAŞLICA GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ .....	103
1. ZAYIF DOLAYLI YATAY ETKİ .....	104
2. GÜÇLENDİRİLMİŞ (GÜÇLÜ) DOLAYLI YATAY ETKİ .....	106
a. Güçlü Dolaylı Etki Modeli Kapsamında Temel Hakların Korunması .....	108
b. Güçlü Dolaylı Yatay Etki Yaklaşımının Diğer Yatay Etki Yaklaşımları ile Karşılaştırılması.....	111
B. DEVLETİN KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ DOKTRİNİ.....	113
C. DEVLET EYLEMİ DOKTRİNİ ( <i>STATE ACTION DOCTRINE</i> ).....	119
1. DEVLET EYLEMİ DOKTRİNİNİN DAYANDIĞI TEMELLER VE KAPSAMI.....	122
a. Bireyin Özgürlüğünün Korunması .....	122
b. Federal Yapının Korunması .....	125
c. Devlet Eylemi Doktrininin Kapsamı; İfade Özgürlüğü ve Ayrımcılık Yasası .....	126
2. DEVLET EYLEMİ DOKTRİNİNİN ANALİZİ .....	128
D. HÜKÜMET EYLEMİ TEORİSİ ( <i>GOVERNMENTAL ACTION THEORY</i> ).....	130

1. HÜKÜMET EYLEMİ TEORİSİNİN DAYANAK NOKTALARI VE KAPSAMI.....	131
2. HÜKÜMET EYLEMİ YAKLAŞIMININ ANALİZİ.....	139
<b>§ III. TEMEL HAKLARIN ÖZEL HUKUK DÜZENİNE ETKİSİNE İLİŞKİN SORUNLAR.....</b>	<b>141</b>
A. BİREYSEL ÖZERKLİĞİN KORUNMASI .....	142
1. İRADE ÖZERKLİĞİ İLKESİNİN ANAYASAL NİTELİĞİ .....	143
2. İRADE ÖZERKLİĞİ İLE DİĞER ANAYASAL HAK VE DEĞERLERİN DENGELENMESİ .....	144
B. ÇATIŞAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN DENGELENMESİ .....	149
C. YARGISAL AKTİVİZM ELEŞTİRİSİ .....	152
1. GENEL OLARAK.....	152
2. YATAY ETKİ TEORİSİ VE YARGISAL AKTİVİZM.....	155

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YATAY ETKİSİ

<b>§ I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI VE GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ..</b>	<b>163</b>
A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI .....	164
B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI.....	177
C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ.....	180
<b>§ II. KARŞILAŞTIRMALI ÖRNEKLERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YATAY ETKİSİ.....</b>	<b>187</b>
A. GENEL OLARAK.....	187
B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE ÇATIŞAN TEMEL HAKLARIN DENGELENMESİ SORUNU.....	189
1. EKONOMİK HAKLAR .....	194
2. KİŞİLİK HAKLARI .....	206
3. İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE İŞ AKDİNDEN DOĞAN HAKLAR .	222
C. TÜRK HUKUKUNDA YATAY ETKİ KAVRAMI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YATAY ETKİSİ.....	228
1. TÜRK HUKUKUNDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YATAY ETKİSİ .....	228
a. Türk Hukukunda Doğrudan Yatay Etki Görüşü.....	231
b. Türk Hukukunda Dolaylı Yatay Etki Görüşü.....	236

2. ÖZEL HUKUK ALANINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ .....	242
a. Türk Anayasa Hukukunda İfade Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları.....	242
b. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğünün Yatay Etkisi .....	249
<b>SONUÇ .....</b>	<b>267</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>274</b>
<b>ÖZET .....</b>	<b>297</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>299</b>



## KISALTMALAR CETVELİ

<b>ABD</b>	Amerika Birleşik Devletleri
<b>AİHM</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>Akt.</b>	Aktaran
<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>DÜHFD</b>	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	Esas (Sayısı)
<b>e.t</b>	Erişim Tarihi
<b>Ed.</b>	Editör
<b>et.al.</b>	Et alia
<b>İÜHFD</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>K.</b>	Karar (Sayısı)
<b>k.t.</b>	Karar Tarihi
<b>m.</b>	Madde

**pr.** Paragraf  
**RG.** Resmî Gazete  
**s.** Sayfa  
**S.** Sayı  
**ss.** Sayfalar

**TBMM** Türkiye Büyük Millet Meclisi

**vd.** Ve devamı

**Vol.** Volume

**Y.** Yıl

## GİRİŞ

İnsan hakları düşüncesi, kişilerin baskıdan ve kötü muameleden korunması amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu hakların temelinde; “*insan onuru*” ve “*insanca muamele görme*” kavramları yer alır ve ancak tehdit, baskı ve kötü muamelenin olmadığı, bireyin özgür olduğu bir hayat, insan onuruna yakışır kabul edilebilir. Ayrıca bu hakların temel işlevi olan maddi ve manevi varlığın serbestçe geliştirilmesi de *insan onuru* kavramının bir yansıması olarak görülmektedir. Bu bağlamda insan hakları, “*insanca yaşamının asgari koşulları*” olarak da değerlendirilmektedir.<sup>1</sup>

Anayasacılık anlayışının bir sonucu olarak bu haklar, anayasalarda tanınarak anayasal/temel haklar haline gelmiştir. Temel hakların birtakım anayasal güvencelerle çevrenmesi, kişilerin kamu gücü ve iktidar karşısında bu haklarının korunması ve sağlanmasını talep etmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla klasik insan hakları anlayışına göre, bu haklar kamu hukuku karakterlidir; yalnızca kamu gücünü kullananlar tarafından tehdit edilebilir ve devlete karşı ileri sürülebilir. Buna göre insan hakları, devlet-birey arasındaki ilişkileri düzenleyerek, bireyin devlet karşısındaki konumunu ve devletin sınırlarını belirler. Devletin, bu hak ve özgürlüklere müdahale etmeyerek hakkın etkin kullanımını sağlaması ve temel hakları kendi gücüne karşı koruması gerekir.

---

<sup>1</sup> DONNELLY, Jack, **Universal Human Rights in Theory and Practice**, Cornell University Press, 3. Baskı, New York, (2013), s. 28 vd. *Onurlu bir yaşam*, baskı, tehdit veya kötü muameleden uzak bir yaşam olarak ifade edilebilir. SUNAY, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya, (2013), s. 23; GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, 1. Baskı, Bursa, (2017), s. 84; SUNAY, Reyhan, “*İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, (2015), s. 10-11.

Bununla birlikte devlet, faaliyet gösterdiği birçok alanı özel hukuk kişilerine devretmiştir. Bu durum, bireyi günlük hayatında devletten çok bu kişilerle karşı karşıya getirmektedir. Özel hukuk kişileri tarafından düzenlenen alanlar genişledikçe, bireyin bu kişilerle olan etkileşimi ve doğal olarak özgürlüklerinin özel hukuk kişileri tarafından tehdit edilme sıklığı ve şiddeti de artmaktadır. Dolayısıyla günümüzde bu hakların özel hukuk alanında da etkili olması gerektiği ve bu bağlamda devletin temel hakların korunmasına ilişkin sorumluluk alanının genişlediği görüşü ağırlık kazanmıştır. Nitekim temel hakların tam ve etkin kullanımının sağlandığından söz edilebilmesi için, bireyin yalnızca devlet ve kamu gücünü kullananlar karşısında korunması yeterli değildir. Temel haklar ancak *tüm hukuk düzeninde* korunduğu ve etkili olduğu ölçüde, kişiler lehine bir *koruma kalkanı* haline gelebilir.<sup>2</sup>

Temel hakların hukuk düzenindeki etkisinin genişlemesine ilişkin tartışmalar, (1) *Bu hakların kamu hukuku yanında özel hukuk alanında sahip olduğu etkinin sınırlarının nasıl belirlenmesi gerektiği* ve (2) *Bu etkinin nasıl gerçekleşeceği* hususlarında toplanmaktadır. Nitekim bu soru, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren birçok hukuk sisteminde doktrin ve uygulamayı meşgul etmiş ve nihayet Alman hukukunda “*hakların üçüncü taraf etkisi*” olarak ifade edebileceğimiz ***Drittwirkung*** kavramı ortaya atılmıştır. Günümüzde farklı yaklaşımlar çerçevesinde incelenen ve yaygın adıyla “*temel hakların yatay etkisi*” olarak ifade edilen *Drittwirkung* teorisine göre, temel hakların birincil yükümlüsü devlet olmakla birlikte, bu haklar devlet üzerinde olduğu kadar bireyler için

---

<sup>2</sup> GARDBAUM, Stephen, “*The Structure and Scope of Constitutional Rights*”, **Comparative Constitutional Law**, GINSBURG, Tom, DIXON, Rosalind (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, (2011), s. 388; KANETİ, Selim, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri*”, **Anayasa Yargısı**, S. 6, (1989), s. 19.

de yükümlülükler doğurmaktadır. Bu bağlamda temel haklar, kişiler arasındaki özel hukuka özgü ilişki ve uyumsuzlukları da etkilemektedir. Bu konudaki tartışmaların düğüm noktası; temel hakların yalnızca devlet-birey ilişkilerini düzenlemesi ve devlet karşısında bireyi korumasının dışında; özel hukuk alanında da etki doğuran ve bireye diğer özel hukuk kişileri karşısında talep ve korunma hakkı sağlayan haklar olup olmadığıdır. Alman doktrin ve yargısının yön verdiği temel hakların yatay etkisi teorisi; ilerleyen dönemlerde başka hukuk sistemlerinde de tartışılan ve uygulamanın nasıl olacağı konusunda farklı çözüm yolları geliştirilen bir konu olmuştur.

Bu bağlamda çalışmanın cevap aradığı soruları şu şekilde belirtmek mümkündür: Öncelikle “(1) Anayasanın ve temel hakların üstün ve bağlayıcı niteliğinin, tüm hukuk sisteminde, bu bağlamda özel hukuk alanında da geçerli olduğu söylenebilir mi? (2) Eğer bu etki kabul edilirse, temel hakların özel hukuk alanındaki etki derecesi nasıl olmalıdır? (3) Bir özel hukuk uyumsuzluğunda, taraflardan biri, diğer bir kişi tarafından temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürebilir mi? (4) Bu bağlamda, anayasa ve temel hakların, kişiler üzerinde bağlayıcı olduğu iddia edilebilir mi? (5) Türk hukuku açısından ise, 1982 Anayasası'nın kişilere, temel hak ve özgürlükler hususunda anayasal yükümlülükler getirdiği kabul edilebilir mi?” Bu sorulara verilen cevaplar doğrultusunda ise; “(6) Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki kapsam ve sınırlarının nasıl olması gerektiği” araştırılmıştır.

Çalışmada farklı hukuk sistemlerinde temel hakların hukuk düzenindeki etkisine dair tartışma ve uygulamalar incelenerek, bu sorular cevaplanmaya çalışılmıştır. Böylelikle farklı anayasal tercihler değerlendirilerek, özel hukuk alanında temel hakların tam olarak sağlanması ve korunması için uygun modelin belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde genel hatlarıyla “insan hakkı” ve “temel hak” kavramları; temel hakların klasik koruyucu işlevi, üstün norm niteliği ve anayasal

konumu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, öncelikle temel hakların anayasal niteliği ve *devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri* ile temel hakların kamu hukuku alanındaki uygulamasını ifade eden *dikey etki kavramı* incelenmiştir. Bu teoriye göre, temel haklar yalnızca kamu gücünü kullananlar ve devlete karşı ileri sürülebilir. Negatif yükümlülükler, devletin temel haklara hukuka aykırı şekilde müdahale etmekten kaçınması anlamına gelmektedir. Buna karşılık, hakların etkin kullanımı, devletin birtakım tedbirler almasını gerektirir.<sup>3</sup> Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilen *koruma yükümlülüğü* ise, insan haklarının herkes için sağlanması, uygulanması; bu hakların hayata geçirilmesi, ihlal edilmemesi, koruyucu ve telafi edici mekanizmaların sağlanmasını ifade eder. Bu yükümlülük, temel hakların yalnızca devlet ve kamu gücüne karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin müdahale ve ihlallerine karşı korunmasını da gerektirmektedir.<sup>4</sup> Bölümün sonunda, temel hakların özel hukuk alanındaki etkisi ve üçüncü kişiler karşısındaki durumunu ifade eden *yatay etki teorisi* ve bu teoriye ilişkin *temel kavramlar* genel hatlarıyla incelenmektedir. Bu kapsamda, anayasa hukuku - özel hukuk ayırımı, “*özel hukukun anayasallaşması*” ve anayasa hukukunun özel hukuk alanı üzerindeki etkisinin belirlenmesinde başvurulan “*doğrudanlık*” ve “*dolaylılık*” kavramları ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, yatay etki teorisinin kapsamlı bir haritasının çizilmesi hedeflenmiştir. Bu amaçla doktrinde genel kabul gören tasnife bağlı kalınarak; temel hakların kişilerin eylem ve işlemleri üzerinde *doğrudan* etkili olması anlayışına dayanan ve bireylere *saygı gösterme yükümlülüğü* gibi birtakım anayasal yükümlülükler

---

<sup>3</sup> SUNAY, (2015), s. 27; Ayrıntılı bilgi için Bkz. SUNAY, (2013), s. 51-54.

<sup>4</sup> ERDOĞAN, (2012), s. 119; SUNAY, (2015), s. 27; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1 – İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, (2013), s. 15; SUNAY, (2013), s. 82.

getiren *doğrudan yatay etki modeli* ile bu hakların özel hukuk ilişkilerine *hukuki düzenlemeler* aracılığıyla uygulandığı ve kişiler üzerinde doğrudan anayasal yükümlülük doğurmadığı düşüncesine dayanan *dolaylı yatay etki modeli* incelenmiştir. Bu modellerin olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilerek, uygulanabilirliğinin belirlenmesi için farklı uygulama ve yaklaşımlarının incelenmesi gerekmektedir. Bu amaçla yatay etki teorisinin ortaya çıktığı hukuk sistemi olması nedeniyle *Almanya* ve destekleyici birer örnek olarak *Güney Afrika* ve *İrlanda* hukuk sistemlerindeki tartışmalara yer verilmiştir.

Bu iki model arasından, hem özel hukukun ve bireyin özerkliğini koruduğu hem de temel haklara özel hukuk alanında koruma sağladığı düşüncesiyle *dolaylı yatay etki modelinin* doktrin ve uygulamada ağırlık kazandığı gözlemlenmektedir. Ancak, dolaylı yatay etki modeli, her hukuk sisteminde aynı şekilde kabul görmemiş ve bu modeli temel alan farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Dolayısıyla çalışmanın bu kısmında, dolaylı yatay etki modeli; *zayıf dolaylı yatay etki* ve *güçlü dolaylı yatay etki* olmak üzere iki alt başlık altında detaylandırılmıştır. Ayrıca dolaylı yatay etki modelinin bu yaklaşımlarıyla paralel şekilde, Alman hukukunda geliştirilen *devletin koruma yükümlülüğü doktrini*; Amerikan hukukunda kabul edilen *devlet eylemi doktrini* ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin benimsemiş olduğu *hükümet eylemi teorisi*; içtihat ve doktrinindeki görüşler bağlamında incelenmiştir. Bölümün son kısmında, yatay etki teorisine yöneltilen eleştiriler ile uygulamada karşılaşılan/karşılaşılması muhtemel sorunlara yer verilmiştir.

Temel hakların yatay etkisine ilişkin tartışmalar, akdî ilişkilerden haksız fiil sorumluluğuna kadar her türlü özel hukuk karakterli ilişki bağlamında, geniş bir yelpazede incelenebilir. Bu yelpazenin kapsadığı her alanın incelenmesi, çalışmanın sınırlarının belirsizleşmesine neden olmaktadır. Ayrıca yüksek mahkemeler tarafından yatay etki teorisine ilişkin birçok kararda, her somut olay ve temel hak bakımından ayrı bir inceleme yapılması gerektiği de belirtilmektedir. Dolayısıyla belli bir hak grubunun

özel hukuk alanındaki etki ve değerinin incelenmesi; çalışmanın çerçevesinin sınırlandırılması bakımından önemlidir.

Bu amaçla çalışmanın ilk iki bölümünde öncelikle farklı hukuk sistemlerindeki uygulama tercihleri bağlamında yatay etki teorisi ve temel hakların özel hukuk düzenindeki etkisi incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, *ifade özgürlüğünün yatay etkisi*, doktrin ve yargı kararları kapsamında belirlenmeye çalışılmıştır. İfade özgürlüğünün etkin kullanımı, diğer temel hak ve özgürlüklerin talep edilmesi ve korunmasını da etkilemektedir. Bu özelliği nedeniyle “*kaynak özgürlük*” olarak nitelendirilen ifade özgürlüğünün, hukukun her alanında sağlanması gerekir. Ancak diğer temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve korunmasındaki bu öneminin yanında, ifade özgürlüğü diğer kişilerin hak ve menfaatleriyle karşı karşıya gelebilir. Bu halde söz konusu hakların, anayasal değerleri ve somut olayın özellikleri göz önüne alınarak dengelenmesi gerekmektedir. Söz konusu haklar karşısında ifade özgürlüğünün durumunun belirlenmesi amacıyla, ifade özgürlüğü ile çatışması muhtemel bu haklar sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Bu tasnif, incelemenin sistematik hale getirilmesine de yardımcı olmaktadır. Bu amaçla ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisi, *başkalarının “ekonomik hak ve menfaatleri”*; *“kişilik hakları”* ve *“işçi-işveren ilişkileri”* kapsamında ele alınarak, Almanya ve Güney Afrika Anayasa Mahkemeleri ile Amerika ve Kanada Yüksek Mahkemelerinin kararları karşılaştırmalı bakış açısıyla incelenmiştir.

Bu bölümün son kısmında ise Türk hukukunda temel hakların ve ifade özgürlüğünün yatay etkisi incelenmiştir. Doktrinde 1982 Anayasası’ndaki bazı düzenlemelerin temel hakların özel hukuk alanında uygulanmasına zemin oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın önceki kısmında ele alınan görüş ve kararlar kapsamında çizilen çerçeve ve Anayasa Mahkemesi’nin kararları doğrultusunda Türk

hukukunda temel hakların ve ifade özgürlüğünün yatay etkisi araştırılmıştır.

Sonuç bölümünde ise ikinci ve üçüncü bölümde ele alınan görüş ve kararlar kapsamında, temel hakların ve bilhassa ifade özgürlüğünün yatay etkisi değerlendirilmektedir. Ayrıca bu kısımda, incelenen ülkelerde kabul gören kavramların Türk hukukunda uygulanabilirliği araştırılmaktadır. Böylece hukukumuzda temel hakların ve ifade özgürlüğünün yatay etkisi konusunda, incelenen hukuk sistemlerindeki farklı anayasal tercihlerin uygulanabilirliği belirlenmeye çalışılmıştır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### TEMEL HAKLARIN HUKUK DÜZENİNDEKİ ETKİSİ

#### § I. İNSAN HAKLARI KAVRAMI

“İnsan hakları” temel olarak, her bireyin yalnızca insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklardır.<sup>5</sup> Dolayısıyla bir hakkın, insan hakkı olarak nitelendirilmesi için, ulusal veya uluslararası hukuk metinlerinde düzenlenerek pozitif hukuk düzeni tarafından tanınmış olması zorunlu değildir.<sup>6</sup> İdeal insan hakları düşüncesinde, ırk, dil, cinsiyet, etnik köken, siyasi düşünce gibi ayrımlar gözetilmeksizin, tüm *insanların* bu haklardan

---

<sup>5</sup> DONNELLY, (2013), s. 7, 10.

<sup>6</sup> KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, (1993), s. 6-13; TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, (1994), s. 14; WELLMAN, Carl, **The Moral Dimensions of Human Rights**, Oxford University Press, New York, (2011), s. 7; MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, (2007), s. 17; ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 3. Baskı, Orion Yayınları, (2012), s. 105; GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 85-88; ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, (2007), s. 23; SUNAY, (2013), s. 30, 106. Bununla birlikte pozitivist görüşe göre, insan haklarının devletin varlığından ayrı biçimde düşünülmesi mümkün değildir. Bu haklar, devletin yetkili organları ve yasalar aracılığıyla tanınan ve sağlanan haklar olmaları nedeniyle, pozitif hukukun ürünüdür. CLAPHAM, Andrew, **İnsan Hakları**, Çev. Hakan GÜR, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, (2010), s. 25.

yararlanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>7</sup> Belirtmek gerekir ki, bu tanıma bağlı kalınarak, insan hakları kavramının yalnızca bireyler açısından geçerli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim insan haklarının taşıdığı geniş anlam ve önemi dikkate alındığında, bu hakların dernek, sendika gibi tüzel kişiler ve diğer gruplar açısından da geçerli olduğu kabul görmektedir.<sup>8</sup> Aksi halde, insan haklarının sağladığı korumanın kapsamı, oldukça dar şekilde yorumlanmış olacaktır.

İnsan hakları sorunları, insanlık tarihi kadar eski olmakla birlikte, kişilerin doğuştan gelen hakları olduğu fikrinin hukuken tanınıp güvence altına alınması daha yakın tarihtir.<sup>9</sup> Devletin sınırsız ve mutlak egemenliğe sahip olduğu anlayışı zamanla zayıflamış, kişi ve sınıflar arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi için adımlar atılmıştır. Rönesansla başlayan hümanizm akımı ile birey anlayışı güç kazanarak; devletin *bireyin gelişimini sağlamak ve güvence altına almakla* yükümlü bir kurum olduğu anlayışı

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert, “*Rights and Liberties as Concepts*”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Michel ROSENFELD, Andras SAJO, (ed.), (2012), s. 287; KUÇURADİ, Ioanna, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, (2009), s. 74; YAVUZ, Bülent, “*Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S, 1-2, (2009), s. 297; DONNELLY, (2013), s. 10

<sup>8</sup> AYBAY, Rona, **İnsan Hakları Seçilmiş Makaleler**, Pencere Yayınları, İstanbul, (2010), s. 9.

<sup>9</sup> KABOĞLU, (2013), s. 33.

güçlenmiştir.<sup>10</sup> Bu anlayışın yerleşmesi ve aydınlanma çağı<sup>11</sup> ile birlikte, devletin hükmeden ve mutlak egemen olan bir kurum değil, hizmet eden ve hakları korumakla yükümlü bir kurum olma özelliği ön plana çıkmaya başlamıştır.

---

<sup>10</sup> ÜNAL, Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, (1997), s. 27, 28. Bu anlayışa göre insanlar devleti kurarken tüm haklarını değil, yalnızca kaçınılmaz ve zorunlu bazı hakları devretmişlerdir. Nitekim kişi özgürlüğü, eşitlik ilkesi, mülkiyet gibi devletten önce ve bağımsız olarak varlığını sürdüren haklara devlet dokunamaz. Dolayısıyla devlet kendisinden bağımsız olarak varlık gösteren bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür. GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), (2017), s. 133.

<sup>11</sup> Aydınlanma felsefesi, liberalizmin de düşünsel temelini oluşturur. Liberal fikirler, Avrupa'da feodalizmin çöküşüyle yükselmiş ve mutlakiyetçiliğin yerine anayasal demokrasi ve daha sonra temsili demokrasiyi savunmuştur. Bu nedenle birey özgürlüğü ve liberalizm bir arada ele alınmaktadır. Belirtmek gerekir ki özgürlük fikri yalnızca liberalizm tarafından savunulan ve üzerine tartışılan bir konu değildir. Bununla birlikte liberal düşünce geleneği, bireylerin politik haklarına önem vermesiyle diğer düşünce akımlarından ayrılır. Bu akım, inanç, ifade, örgütlenme, meslek, cinsiyet özgürlüğü gibi devletin müdahale edemeyeceği temel bir kişisel özgürlük alanı oluşturarak, bu "*bireysel özerklik*" alanına diğer kişilerin de müdahalede bulunamaması gerektiğini savunmaktadır. Liberal düşünce bireyin özgürlüklerini savunarak güvence altına alan bir anayasal çerçeve öngörür ve böylelikle iktidarın sınırlandırılmasını sağlar. Liberalizm için bireysel özgürlük, üstün bir siyasal değerdir. Bireyin özgürlüğü, diğer değerlerin olduğu gibi, anayasacılık gibi kurumsal değerlerin de kaynağıdır. Özgürlükçü, çoğulcu olmayan, diğer görüşlere hoşgörülle yaklaşmayan toplumların anayasalarının bireyin özgürlüğünü savunacağını düşünmek mümkün değildir. Bu nedenlerle, liberal ve bireyin özgürlüklerine saygılı bir

Bu bakımdan insan hakları fikrinin ortaya çıkması, kişilerin baskıdan ve kötü muameleden korunması amacıyla paralellik gösterir. Bu hakların temelinde; “*insan onuru*” ve “*insanca muamele görme*” kavramları yer alır ve ancak tehdit, baskı ve kötü muamelenin olmadığı, bireyin zgr olduğu bir hayat, insan onuruna yakışır kabul edilebilir.<sup>12</sup> Klasik anlayışa göre, bu haklar kamu hukuku karakterlidir ve kişileri devlete karşı korumaktadır. Buna göre insan hakları, devlet-birey arasındaki ilişkileri düzenleyerek, bireyin devlet karşısındaki konumunu ve devletin sınırlarını belirlemektedir.

İnsan haklarının bu niteliği, bu hakların zamanla anayasal düzeyde tanınmasıyla değişim göstermiştir. Anayasal statüye kavuşarak “*anayasal haklar*” veya “*temel haklar*” olarak adlandırılan bu haklar, hukuk sistemi üzerinde genişleyen bir etki göstermeye başlamıştır. Nitekim aslı amacı kişileri korumak olan insan haklarının, artık yalnızca devlet ve kamu otoriteleri değil, diğer kişi ve kurumlar tarafından da baskı altına alınmasının mümkün olduğu tartışılmaktadır. Dolayısıyla birer anayasal norm olduğu dikkate alındığında, bu hakların yalnızca kamu hukuku alanında değil, tüm hukuk sistemi üzerinde etkisi bulunduğu ifade edilmektedir. Devletin özellikle sosyal ve ekonomik hizmetlerin görülmesini özel hukuk kişilerine bırakmasıyla temel hakların özel hukuk alanı üzerindeki etkisi daha çok ön plana çıkmıştır. Bu hakların genel olarak hukuki ve toplumsal düzen ile bilhassa özel hukuk alanındaki etkisinin anlaşılabilmesi için,

---

devletin arkasında liberal bir toplumun bulunduğu söylenebilir. AK, Gökhan, “*John Stuart Mill Düşününde Bireyin zgrlğ*”, **EUL Journal of Social Sciences**, LA Sosyal Bilimler Dergisi, S. VI-I, (2015), s. 41-46.

<sup>12</sup> DONNELLY, (2013), s. 28 vd.; SUNAY, (2013), s. 23; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 84; SUNAY, (2015), s. 10-11; BELLING, İNCE, (2014), s. 5.

öncelikle genel hatlarıyla *insan hakkı* ve *temel hak* kavramlarının ele alınması gerekmektedir.

## A. İNSAN HAKLARININ ÖZELLİKLERİ VE TASNİFİ

İnsan hakları düşüncesi, birtakım idealleri yansıtmaktadır. Buna göre insan hakları, zamana ve yere bağlı olmaksızın ve kültürel kimlik, din, dil, ırk, sosyal köken gibi etkenlerden bağımsız şekilde tüm insanların sahip olduğu haklardır. Dolayısıyla kişiler, bir devlet veya topluma mensup olmaktan ve toplumsal, dini veya sosyolojik aidiyetinden bağımsız olarak bu haklara sahiptir. Bu özellik, insan haklarının hem “*evrensel niteliğini*” hem de “*doğuştan*” ve “*toplum öncesi olduğu*” düşüncesini vurgulamaktadır.<sup>13</sup> Ayrıca bu hakların, “*vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte*” olduğu kabul edilmektedir. Bu özellik, kişinin haklarından rızasıyla dahi vazgeçemeyeceğini ve dolayısıyla bu hakların ortadan kaldırılamamasını ifade eder. Bu düşünceye göre kişiler haklarından feragat edemez veya haklarını başkalarına devredemezler.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> İnsan haklarının toplum öncesi olmasına ilişkin olarak tabii hukuk doktrininde farklı görüşler vardır. Ayrık görüşe göre, toplum dışında yaşayan insan, ahlaki yükümlülüklerini anlayabilecek seviyede ahlaki ve zihinsel gelişime ulaşamayacağından hak sahibi olamaz. Örneğin Aquinas insanın toplumsal ve siyasi bir varlık olduğunu, dolayısıyla toplum-öncesinde insan hakları kavramının bulunamayacağını savunmaktadır. ERDOĞAN, (2012), s. 107; WELLMAN, (2011), s. 3-4; SUNAY, (2013), s. 33 vd.

<sup>14</sup> ERDOĞAN, (2012), s.111-112; SUNAY, (2013), s. 106; GÖREN, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. Baskı, İzmir, (2000), s. 61.

Klasik anlayışa göre insan hakları “*bireysel*”dir, yani bu hakların öznesi bireydir. İnsan haklarının bireysel niteliği; bu hakların çoğunlukla siyasi otorite veya topluma karşı ileri sürülmesinden kaynaklanır.<sup>15</sup> Ayrıca bireysellik, bu hakların varlığı için belli bir toplum ya da devlete mensubiyet şartı olmamasının da bir sonucudur. Bununla birlikte modern anayasalarda bireyin hakları yanında toplum ve topluluklara ilişkin hakların tanındığı ve bunun gerekli olduğu da kabul edilmektedir.

“*Devlete karşı olma*” niteliği, insan haklarının temel niteliklerinden belki de en önemlisidir. Nitekim bu haklar başlangıçta asıl olarak iktidara ve devlete karşı ileri sürülmüştür. İnsan haklarının bu niteliği gereği devletin, haklara *saygı gösterme*, bunları *koruma* ve gereklerini yerine getirme gibi birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Bu görüşe göre ulusların, toplulukların hakları olabilir, ancak bunları insan hakları olarak adlandırmak doğru değildir; toplulukların hakları bireyin haklarına göre ikincil konumdadır. ERDOĞAN, (2012), s. 113-114.

<sup>16</sup> ALEXY, (2012), s. 288. DONNELLY, (2013), s. 36 vd. *Saygı gösterme yükümlülüğü*, devletin bireylerin hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalede bulunamamasını ifade eder. Bu yükümlülük aynı zamanda insan haklarının herkes için sağlanmasını ve uygulanması yükümlülüğünü de içermektedir. SUNAY, (2013), s. 50 vd., 81 vd.; AKANDJİ - KOMBE, Jean-François, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*”, Özgür Heval Çinar, Abdulcelil Kaya (çev.), **Avrupa İnsan Haklarının Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap No. 7**, Strasbourg, Avrupa Konseyi, (2008), s. 5-6. *Koruma yükümlülüğü*, insan haklarının üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korunması, *yerine getirme yükümlülüğü* ise insan haklarının uygulanması ve korunması için gerekli düzenlemelerin yapılması ve tedbirlerin alınmasını ifade eder. ERDOĞAN, (2012), s. 117.

İnsan hakları, Jellinek'in genelde benimsenen tasnifi ile “*negatif statü hakları*”, “*pozitif statü hakları*” ve “*aktif statü hakları*” şeklinde ayrıma tâbi tutulmaktadır.<sup>17</sup> Bu ayırım ise devletin ilgili hak karşısında yüklediği edimin niteliğine göre yapılmaktadır.<sup>18</sup> Negatif statü hakları, bireyin, devletin dokunamayacağı, müdahale edemeyeceği özel alanını çizmektedir. Bu haklar devlete, müdahale etmeme veya etkide bulunmama şeklinde *yapmama edimi* yüklemektedir. Pozitif statü hakları, devletin olumlu davranışını gerektirerek, *devlete yapma, verme, sağlama* gibi olumlu ödevler getirir. Aktif statü hakları ise, bireyin devlet yönetiminde söz sahibi olmasını ve siyasi hayata katılımını sağlayan ve devlete hem *sağlama* hem de *ihlal etmeme* şeklinde olumlu ve olumsuz edimler yükleyen haklardır.<sup>19</sup> Ancak, devletin yüklendiği edimin niteliğinin kesin çizgilerle belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle bu ayırım, çeşitli yönleriyle eleştirilmiş ve farklı sınıflandırmalar önerilmiştir. Bu ayrıma getirilen başlıca eleştiriler; devletin haklara yönelik yükümlülüklerinin hem *pozitif* hem de *negatif* özellik göstermesi karşısında, bu tasnifin toplumsal gelişmeyle birlikte ortaya çıkan hakları açıklayamaması; ayrıca pozitif ve negatif haklar arasında bir hiyerarşik durum yaratmasıdır. Söz konusu

---

<sup>17</sup> ALEXY, Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, Oxford University Press, (2010), s. 163 vd.; KAPANİ, (1993), s. 6; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 153. Ayrıca doktrinde insan haklarının birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar, üçüncü kuşak haklar; klasik haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, dayanışma hakları; fizik özgürlükleri, düşünce özgürlükleri ve kolektif özgürlükler; bireysel haklar ve kolektif haklar gibi farklı şekillerde ayrımlara tâbi tutulduğu da bilinmektedir.

<sup>18</sup> ALEXY, (2010), s. 164; ALGAN, (2007), s. 39.

<sup>19</sup> Bu hak grupları için sırası ile *koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları* kavramları da kullanılmaktadır. ALEXY, (2010), s. 167, 171, 172; KAPANİ, (1993), s. 6; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 154; KABOĞLU, (2013), s. 39 vd.; ALGAN, (2007), s. 38.

eleştiriler doğrultusunda ilk olarak, hakkın kullanılması veya taşıyıcısına göre yapılan *bireysel ve kolektif haklar ayrımı* önerilmiştir. Bu ayrıma göre, bireyin diğer kişilerle birlikte kullanma zorunluluğunun olmadığı haklar, *bireysel hak* olarak isimlendirilmektedir. Buna karşın birden çok kişinin bir araya gelmesinin zorunlu olduğu haklar ise *kolektif haklardır*. Örneğin, ifade özgürlüğü bireysel hak iken, toplantı ve gösteri hakkı kolektif hak niteliğindedir. Ancak bu sınıflandırma da hakların içeriği ve kullanımını bakımından tam bir belirleme sağlamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim bir hak bireysel olarak nitelendirilebilirken, içeriği itibariyle kolektif özellikler barındırabilir. Örneğin, din özgürlüğü bireysel bir özgürlük iken; ibadet hakkı toplulukları da ilgilendirdiğinden kolektif nitelik göstermektedir. Ayrıca yeni olarak nitelendirilebilecek ve süjesi belli olmayan çevre ve barış hakkı gibi birtakım haklar hem bireysel hem de kolektif özellik gösterebilmektedir.<sup>20</sup>

Hakların tasnifinde önerilen bir diğer ayırım ise hakların ortaya çıkış tarihi ve ulusal ve uluslararası koruma sağlanması bakımından kuşaklara göre ayrılmasıdır. Bu ayırım kapsamında *birinci kuşak haklar* olarak belirtilen *kişisel ve siyasi haklar*, Jellinek'in tasnifine göre negatif ve aktif statü haklarına denk gelmektedir. Dolayısıyla bu haklar, bireye negatif bir özgürlük alanı tanımakta ve devlete *kaçınma, yapmama, müdahale etmeme edimi* yüklemektedir. *İkinci kuşak haklar* ise, pozitif statü haklarına karşılık gelen *sosyal ve ekonomik hakları* belirtmektedir. Bu kuşak haklar devlete *olumlu* bir edim yüklemekte ve bireye *pozitif bir özgürlük alanı* oluşturmaktadır. *Dayanışma hakları* olarak belirtilen *üçüncü kuşak haklar* ise çevre hakkı, barış hakkı gibi hakları

---

<sup>20</sup> ALGAN, (2007), s. 38-42; KABOĞLU, (2002), s.40 vd.

kapsamaktadır. Bu hakların tanınması –genelde- öncelikle uluslararası metinler olmuş, daha sonra iç hukuk sistemlerine dahil olmaya başlamışlardır.<sup>21</sup>

İnsan hakları tasnife tâbi tutulsa da bu hak gruplarından birinin dahi tanınmaması, kullanımının sınırlandırılması veya engellenmesi durumunda kişi özgürlüğünün tamamlandığı söylenemez. Örneğin pozitif haklar, negatif haklarla birlikte sağlanmadığı takdirde, kişiler ekonomik ve sosyal haklara sahip olmasına rağmen tam olarak özgür sayılamaz. Yine aktif statü hakları ile desteklenmemiş bir hukuk sisteminde, negatif ve pozitif statü hakları ancak devlet tarafından bahşedilmiş veya bağışlanmış haklar olabilir. Nitekim kişilerin yasama ve dolayısıyla devlet yönetimi üzerinde etkili olmadığı bir toplumda, negatif ve pozitif statü hakları destekten yoksun ve güvencesiz kalmaktadır.<sup>22</sup> İnsan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınması, bu haklar için adeta bir *koruma kalkanı vazifesi*<sup>23</sup> görmekte ve ihlallere karşı güvence sağlamaktadır. Dolayısıyla aktif statü hakları tanınmadığında, bireyler bu güvence sisteminin oluşturulmasında hiçbir şekilde yer alamadığından; negatif ve pozitif statü haklarını “bahşeden” iktidar, bu hakların kullanılmasını keyfî şekilde engelleyebileceği gibi ortadan da kaldırabilir.

---

<sup>21</sup> ALEXY, (2010), s. 166 vd.; ALGAN, (2007), s. 48-51; KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Yayınevi, İstanbul, (2002), s. 41-47; SUNAY, (2013), s. 43; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 158.

<sup>22</sup> KAPANİ, (1993), s. 7.

<sup>23</sup> GARDBAUM, (2011), s. 388.

## B. İNSAN HAKLARININ POZİTİF HUKUK TARAFINDAN TANINMASI VE TEMEL HAK KAVRAMI

Bir hakkın hukuk düzeni tarafından tanınması, sınırlanması veya yasaklanması, onun insan hakkı niteliğini etkilememektedir.<sup>24</sup> Bir özgürlük, sınırlandırılmadıkça; hukuk düzeni tarafından ayrıca ve açıkça tanınmamış olsa dahi mevcuttur;<sup>25</sup> bir hakkın varlığı asıl, devlet tarafından askıya alınması veya sınırlandırılması istisnadır. Dolayısıyla her bireyin, anayasalarda sayılmış veya sayılmamış olsun, insan haklarına sahip olduğu ifade edilmektedir.

Ancak bir hak, anayasa veya başka bir pozitif hukuk metninde düzenlenmediği durumlarda “*isimsiz hak*” ya da diğer bir deyişle “*anayasada sayılmayan haklar (unenumerated rights)*” olarak adlandırılmaktadır. Özgürlükler, pozitif hukuk tarafından tanındığı ve güvence sağlandığı ölçüde ihlal ve sınırlamalara karşı korunabilir. Bu husus, isimsiz haklar ve pozitif hukuk tarafından tanınmış haklar arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır. Anayasalar ve diğer hukuk metinlerinde yer bulan özgürlükler bakımından yapılan saymanın bir “*sınırlandırarak sayma*” değil; “*örneklendirerek sayma*” olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bir özgürlüğün hukuk metinlerinde düzenlenmesi, devletin

---

<sup>24</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 97.

<sup>25</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 165-166; KONTACI, A. Ersoy, “*Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 66/2, (2017), s. 429-430.

yapabileceği sınırlamalar ve bireyin bu hak bakımından sahip olduğu güvenceler bakımından değer kazanmaktadır.<sup>26</sup>

İnsan hakları, özellikleri gereği doğal olarak “*temel*” nitelikte haklardır; ancak bu özelliğin “*temel haklar*” kavramı ile karıştırılmaması gerekir. Bu nitelik, insan haklarının ahlak hiyerarşisinin tepesinde buldukları anlamına gelir. “*Temel hak*” ise genelde insan hakları belgeleri veya anayasalarda tanınan hakları belirtmek için kullanılan bir kavramdır.<sup>27</sup> Haklar pozitif hukuk düzeninde birçok farklı yolla ve hukuki belgeyle tanınabilir; bununla birlikte bir hakkın tanındığı metnin niteliği ve hukuk düzenindeki etkisi; ilgili hakka sağlanan güvenceyi belirlemektedir. Anayasal güvenceye sahip olmayan bir belgenin, haklara ciddi bir koruma sağlayacağı şüphelidir. Anayasaların insan hakları için sağladığı güvence sistemi dikkate alındığında, devlete yönelik taleplerin niteliğinin, *hakkın değerini* belirlediği söylenebilir.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Örneğin, 1787 tarihli ABD Anayasasında bu husus “*the enumeration in the constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu anlayış, tabîî hukuk düşüncesine daha uygun düşmektedir; pozitivist görüşe göre anayasa ve diğer metinlerde yapılan, sınırlı saymadır. GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 172-173.

<sup>27</sup> DONNELLY, (2013), s. 11; WELLMAN, (2011), s. 17 vd.; ALEXY, (2010), s. 349; SUNAY, (2013), s. 17, 30 vd., 106; ERDOĞAN, (2012), s. 116; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 87.

<sup>28</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 168-170.

Temel haklar, anayasalar tarafından tanınarak, güvence altına alınan haklardır.<sup>29</sup> Dolayısıyla her temel hak, insan hakkı olmasına rağmen; her insan hakkı temel hak niteliğinde değildir. Nitekim bu temel nitelik, ilgili hakkın anayasal statüsünden gelir ve insan hakları kavramı, temel hakları kapsayıcı niteliktedir.<sup>30</sup> Bu bağlamda bir hak, anayasada düzenlendiğinde hem yürütme hem de yasamaya karşı anayasal bir güvenceye sahip olur ve temel hak haline gelerek *objektif üstün norm* niteliği kazanır.<sup>31</sup> “*Anayasal haklar*” ya da “*temel haklar*”, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alırlar ve anayasal seviyede korumaya sahiptirler. Bu koruma, öncelikle devlet iktidarını kullanan otoritelere karşı gerçekleşir; dolayısıyla anayasa, temel hakları hem yürütmenin eylemlerine hem de yasamanın işlemlerine karşı korur. Ayrıca bu anayasal statü, hakların yalnızca kamu gücü karşısında değil, özel hukuk kişilerinden gelecek tehditlere karşı da anayasal korumaya sahip olmasının temelini oluşturmaktadır.

---

<sup>29</sup> Bu nedenle temel haklar kavramı yerine “*anayasal haklar*” kavramı da kullanılmaktadır. ALEXY, (2012), s. 289; TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 15. Bası, (2015), s. 133; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 103; SUNAY, (2013), s. 45.

<sup>30</sup> Ancak günümüzde “*insan hakları*” ve “*temel haklar*” kavramlarının genelde birbiri yerine kullanıldığını ve aralarında bir ayırım gözetilmediğini söylemek mümkündür. ERDOĞAN, (2012), s. 106; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 101-102.

<sup>31</sup> SABUNCU, M. Yavuz, “*Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine*”, **İnsan Hakları Yılığ**, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C. 7-8, (1985-1986), s. 15; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 171.

Bu kapsamda bir metnin anayasa olarak görülmesi için hangi bileşenleri ihtiva etmesi gerektiğinin belirlenmesi önemlidir. Bu kapsamda, bir görüşe göre, bir metnin asıl olarak devletin işleyişi ve organlarına yer vermesi, anayasa olarak görülmesi için yeterlidir. Örneğin, Sartori'ye göre “*Haklar bildirisinden yoksun bir anayasa gene de bir anayasadır; oysa çekirdeği ve özü bir yönetim çerçevesi olmayan bir anayasa, anayasa değildir.*”<sup>32</sup> Ancak günümüzde insan haklarını tanıyıp güvence altına almayan bir hukuki belgenin, anayasa olarak kabul görmesi mümkün değildir.<sup>33</sup> Hatta günümüzde iktidarların meşru kabul edilmesinin temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasına bağlı olduğu ifade edilebilir.<sup>34</sup> Ayrıca kabul etmek gerekir ki bir anayasa temel haklara yer vermekle birlikte, bu hakların kullanılmasını sınırlayan, engelleyen; hakları ortadan kaldıran birtakım “açık kapılar” barındırıyor ise insan haklarını yalnızca görünüşte tanımaktadır.<sup>35</sup>

Anayasanın üstün ve bağlayıcı niteliği nedeniyle bir hakkın anayasada yer bulması, en başta kanun koyucunun yetkisini sınırlandırmakta ve yasama işlemleriyle

---

<sup>32</sup> SARTORI, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, (1997), s. 252.

<sup>33</sup> ERGÜL, Ozan, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine*”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Ankara Üniversitesi Yayınları, (2013), s. 435-436; SUNAY, (2013), s. 42, 109.

<sup>34</sup> FAGAN, Andrew, **Human Rights Confronting Myths and Misunderstandings**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, (2009), s. 102; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 168.

<sup>35</sup> ALEXY, (2012), s. 288; ERDOĞAN, (2012), s. 118; ERGÜL, (2013), s. 436.

hakkın ortadan kaldırılmasını engellemektedir. Anayasal norm niteliğindeki bu haklar, yasama ve yürütmenin yanında, yargı organı karşısında da korunur ve anayasa yargısının da konusu haline gelir.<sup>36</sup> Bu bakımdan temel haklar, insan haklarına göre daha sınırlı sayıda olmakla birlikte, yüksek dereceli güvenceye sahip hakları ifade etmektedir.

## § II. TEMEL HAKLARIN DİKEY ETKİSİ

İnsan haklarına ilişkin taleplerin amacı, “*mevcut kurum, hukuk kuralları ve uygulamalara karşı çıkararak veya bunları değiştirerek*”, bu hakların hukuki güvenceye kavuşturulmasıdır.<sup>37</sup> Bu bakımdan, modern ve politik bir kavram olan insan haklarının, kişilerin siyasi baskıdan korunması arayışının ürünü olduğu söylenebilir. Dolayısıyla temel hakların, devletten ayrı şekilde düşünülmesi mümkün olmayıp, devlet veya siyasi iktidar kavramıyla birlikte ele alınması gerekmektedir.<sup>38</sup>

Modern devletin ortaya çıkışıyla birlikte insan haklarına hem toplumsal hem de hukuki temelde yer verilmiştir. Bu hakların elde edilmesi ve devlet gücünün sınırlandırılmasının iki aşamalı olduğu söylenebilir. Öncelikle devletten bir takım hak ve özgürlükler talep edilmiş; bu hakların tanınmaması halinde halkın direnme ve karşı koyma hakkına sahip olduğu savunulmuştur. Sonraki dönemlerde ise anayasal devlet

---

<sup>36</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 99; KABOĞLU, (2002), s. 59; SUNAY, (2013), s. 40.

<sup>37</sup> DONNELLY, (2013), s. 12; SUNAY, (2013), s. 80.

<sup>38</sup> ERDOĞAN, (2012), s. 24, 117; MUMCU, KÜZECİ, (2007), s. 24; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 88; SUNAY, (2013), s. 49.

modelinin yaygınlaşmasıyla birlikte temel hak ve özgürlükler anayasal denetim mekanizmaları ile güvence altına alınmıştır.<sup>39</sup>

“*Dikey etki teorisi*”ne göre, temel hakların tek yükümlüsü devlettir ve bu haklar yalnızca birey-devlet arasındaki ilişkide geçerlidir. Dolayısıyla devletin birey üzerindeki iktidarının sınırlandırılmasına hizmet eden temel haklar, yalnızca *dikey etkiye* sahiptir.<sup>40</sup> Bu teori; aslında devlet iktidarının sınırlandırılması ve bireyin temel haklarının korunması amacını taşıyan “*anayasacılık anlayışı*”nın<sup>41</sup> da bir sonucudur.

Dikey etki kavramının açıklanabilmesi için temel hakların anayasal konumu ve bu hakların devletin sınırlandırılmasındaki etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

#### **A. TEMEL HAKLARIN ANAYASAL KONUMU**

Anayasacılık düşüncesine göre anayasalar, devletin görev ve yetkilerini düzenlemesinin yanında; temel haklara da yer vererek, bunları koruma altına

---

<sup>39</sup> ÜNAL, (1997), s. 29.

<sup>40</sup> GARDBAUM, (2011), s. 392; BELLING, İNCE, (2014), s. 5

<sup>41</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 189; KONTACI, (2017), s. 430.

almalıdır.<sup>42</sup> Aksine görüşler bulunmakla birlikte<sup>43</sup>, bir metnin anayasa sayılması için devletin kuruluşu, niteliği, yapısı, hükümet şekli ve temel organlarına ilişkin düzenlemelerin yanında temel haklara da yer vermesi ve hatta bu anayasal kurumların insan hakları anlayışı çerçevesinde şekillenmesi gerekir.<sup>44</sup>

Temel hakların anayasa metni içindeki konumu, o hukuk düzeni ve bireylerin sahip olduğu özgürlükler hakkında önemli ipuçları vermektedir. Hakların anayasal konumunun tespit edilmesi için birtakım sorulara cevap aranmalıdır: “*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler anayasa metninin hangi kısmında yer almaktadır? Hangi temel hak ve özgürlükler anayasa tarafından tanınarak düzenlenmiştir?*”<sup>45</sup> Bu temel hak ve özgürlükler hukukun diğer alanlarında nasıl bir etkiye sahiptir?”

---

<sup>42</sup> Anayasacılık; devlet iktidarının sınırlandırılması ve temel hakların devlet karşısında korunması amacıyla, kanunlardan daha zor değiştirilebilen, katı bir kanunun yapılmasını ifade eder. TURHAN, Mehmet, “*Anayasa ve Anayasacılık*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 3, (1994) s. 3. Bu tanım, bir görüş tarafından “*geleneksel anayasacılık*” olarak nitelendirilmektedir. “*Modern anayasacılık*” olarak adlandırılan diğer bir kavram ise anayasanın üstünlüğünün yalnızca kâğıt üstünde kalmaması ve bunun gerçekleştirilmesi için somut adımlar atılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu bakımdan anayasa mahkemelerinin kurulması modern anayasacılık düşüncesinin bir yansıması olarak kabul edilmektedir. GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı**, Ekin Yayınları, 9. Baskı, Bursa, (2017), s. 69-71; SUNAY, (2013), s. 41.

<sup>43</sup> SARTORI, (1997), s. 252.

<sup>44</sup> ERGÜL, (2013), s. 435-436.

<sup>45</sup> KABOĞLU, (2002), s. 52 vd.; KABOĞLU, (2013), s. 49 vd.

Modern anayasalarda, hak ve özgürlükler doğrudan anayasa metni içinde ve çoğunlukla ayrı bir kısım olarak sayılmaktadır. Ayrıca birçok anayasada temel haklara ilişkin hükümler anayasa metninin ilk kısmında, devletin işleyişi, organları ve bunların ilişkilerini düzenleyen bölümlerden önce yer almaktadır. Böylelikle insan haklarının hiyerarşik olarak daha üstün bir güvenceye kavuştuğu belirtilmektedir. Ayrıca bu hükümlerin anayasa metninde buldukları yerin dışında; yer verilen hakların sayıca fazlalığı da dikkat çekmektedir. Bu düzenleme tercihleri devletin temellerinin bu haklara dayandığının bir ifadesi olarak kabul edilmektedir.<sup>46</sup>

Temel hakların anayasal konumunun belirlenmesinde hangi özgürlüklere yer verildiği de önem taşır. Temel haklar bireysel yaşamı, özellikle iktidarın tehdidi altında görünen hakları güvence altına alan statü hakları niteliğindedir. Ancak bu bireysel alan dışında toplumsal açıdan önem taşıyan bazı haklar da vardır. Örneğin seçme ve seçilme hakkı, bir yandan bireysel bir hak iken, diğer yandan devletin işleyişi ve iktidar modelini belirlemektedir. Bu bakımdan temel hakların, toplumsal açıdan “*kurum güvencesi*” niteliği göstererek, anayasal düzenin kurucu unsurunu oluşturduğu belirtilmektedir.<sup>47</sup>

Anayasaların bütün kişi ve kurumları bağlayıcı normlar ihtiva etmesi nedeniyle toplumsal ve siyasi hayatı şekillendirdiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Nitekim anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi, temel haklara ilişkin düzenlemelerin de “*objektif üstün kurallar*” olarak ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla temel

---

<sup>46</sup> Başlangıçta temel hak ve özgürlükler doğrudan anayasalarda değil; bildiriler yoluyla tanınmış, ilerleyen dönemlerde ise anayasaların başlangıç bölümlerinde ayrı bir belge olarak yer almıştır. Günümüzde bu ayrı bildirmede yer alan ya da başlangıç kısmında tanınmış hak ve özgürlüklerin de anayasa metnine dahil olduğu kabul edilmektedir.

KABOĞLU, (2013), s. 50; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 168.

<sup>47</sup> SABUNCU, (1985-1986), s. 16.

haklar yalnızca devlet değil, diğer kişiler açısından da bağlayıcıdır ve tüm hukuk düzenini etkiler. Bu nedenle anayasal hükümler devlet-birey ve bireyler arasındaki hukuki ilişkilerde olması gerekeni, *ideali* gösteren normlardır. Anayasal hükümlerin bu niteliği gereği, kamu otoriteleri eylem ve işlemlerinde temel haklara saygılı olmalı ve hakları anlamsız kılacak sınırlandırmalardan kaçınmalıdır. Belirtmek gerekir ki temel hakların taşıdığı anayasal değer, bu hakların *tüm* hukuki işlem ve ilişkilerde göz önüne alınmasını gerektirir. Bu hakların yalnızca devlete yönelik yükümlülükler olarak anlaşılması halinde hak ve özgürlükler kamu hukuku alanı dışında etkili olamayacağından, bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanmasından söz edilemez.<sup>48</sup> Bu bağlamda temel haklar tüm hukuk düzeninde uygulanması gereken *anayasal üstün normlar niteliğindedir*. Temel hakların tüm hukuk alanında, dolayısıyla özel hukuk alanında da etkili olması gerekir. Dolayısıyla devletin bu hakların korunması bakımından *negatif yükümlülüklerinin* yanında *pozitif yükümlülükleri* de bulunduğu kabul edilmelidir.

## **B. TEMEL HAKLARIN DEVLETE KARŞI KORUNMASI**

Demokratik olduğunu iddia eden her devletin, görünüşte de olsa anayasalarında insan haklarına yer verdiği ve bu sayede yönetimlerini meşru temellere oturtmak amacıyla oldukları görülmektedir. Günümüzde siyasal kurumlar ve bireylere getirdikleri yükümlülükler ancak kişilerin özgürlüklerini sağlamayı amaçladıkları takdirde meşru kabul edilmektedir.<sup>49</sup> Anayasaların devlet organizasyonunun yanında temel haklara yer vermesi ve hatta devlet organlarını bu haklar temelinde yükseltmesi; devlete birtakım

---

<sup>48</sup> SABUNCU, (1985-1986), s. 17.

<sup>49</sup> DONNELLY, (2013), s. 12; AK, (2015), s. 46.

yükümlülükler getirerek iktidarın sınırlanmasını sağlamakta, “*anayasacılık anlayışını*” anlamlı hale getirmektedir.<sup>50</sup>

Hakların anayasal düzeyde tanınmasıyla hem devlet iktidarı sınırlandırılmakta, hem de diğer hukuk kurallarının temel haklar çerçevesinde değerlendirilip yorumlanması ile birey özgürlükleri tam olarak sağlanmaktadır. Bu kazanımların edinilmesi ve korunması ihtiyacı, devlete birtakım yükümlülükler getirmektedir. Nitekim özgürlükler, öncelikle devlet karşısında güvence altına alınmış, ilerleyen süreçte bu güvencenin sağlanması amacıyla yargısal denetim yolları öngörülmüştür.

Temel hakların anayasalarda yer almasının diğerlerine göre daha yeni tarihli bir kabule dayanan bir sonucu ise temel hakların özel hukuk düzenindeki etkisini ifade eden “*temel hakların yatay etkisi*” meselesidir. Bununla birlikte bu kısımda öncelikle “*dikey etki doktrini*” bağlamında temel hakların anayasal üstün norm niteliği ve devletin pozitif yükümlülükleri hususlarına değinilmiştir. Çalışmanın asıl konusunu oluşturan ve temel hakların özel hukuk üzerindeki etkisini belirten “*yatay etki*” kavramına ayrı bir başlıkta yer verilmiştir.<sup>51</sup>

## **1. TEMEL HAKLARIN ANAYASAL ÜSTÜN NORM NİTELİĞİ**

Anayasadaki ilke ve hükümler, ister ana hatlarıyla isterse ayrıntıları ile düzenlenmiş olsun, etki ve değer bakımından aynı nitelikte ve üstün temel hukuk kurallarıdır. Birbirini tamamlayan iki kavram olan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri, anayasal normların ve temel hakların, diğer hukuk kuralları, kamu gücünü kullananlar ve kişiler üzerinde bağlayıcı etkiye sahip olmasının dayanağını oluşturur.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (2017), s. 46.

<sup>51</sup> Bkz. “§3. *Temel hakların Yatay Etkisi*”

<sup>52</sup> GÖREN, (2000), s. 3.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde hiçbir hukuki düzenleme anayasal ilke ve kurallara aykırı olamaz. Aksi bir durumda ilgili hukuk normunun iptali -veya ihmali- gerekir. Bu ilke, yasalar ve diğer hukuk normlarının anayasaya uygun olmasını ve yargıçların, bir hukuki uyumsuzlukta anayasaya uygun şekilde hüküm kurmasını gerektirir.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Bu husus 1982 Anayasası'nın m. 138 hükmünde düzenlenmiştir. Ayrıca yasaların ve hukukun uygulayıcısı konumundaki yargıçların bir hukuki uyumsuzluğa uygulanacak normun anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirmesi üzerine, söz konusu aykırılığı Anayasa Mahkemesi önüne taşıması ve mahkeme bu hususta bir karar verene kadar davayı geri bırakması, anayasal bir yükümlülüktür. GÖREN, Zafer, “*Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi*”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 383, Ankara, (2001), s. 8. Belirtmek gerekir ki anayasanın üstünlüğü ilkesi kapsamında korunan yalnızca pozitif anayasa metni değildir. Anayasa mahkemeleri tarafından, özellikle hukukun genel ilkeleri ve yazılı olmayan haklara ilişkin hususları içeren bir anayasallık bloku inşa edilerek, pozitif metinleri aşan hukuki değerlerin de koruma ve güvence altında olduğu belirtilmiştir. GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 471; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 127. Örneğin Fransa, İtalya ve Almanya'da Anayasa Mahkemeleri; pozitif anayasa metinlerinin yanında hukukun genel ilkeleri ve yazılı olmayan bir anayasa hukukunun varlığını kabul etmektedir. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 495. Anayasa mahkemelerinin bu tutumu, anayasaların haklar konusunda sınırlandırıcı değil, örneklendirerek sayma yaptığına ilişkin değerlendirmenin de dayanaklarından biri olarak kabul edilebilir.

Anayasanın üstünlüğünün bir sonucu ve tamamlayıcısı olan anayasanın bağlayıcılığı ilkesi, *kamu gücünü kullananlar ve yönetilenler* açısından<sup>54</sup> olmak üzere ikili bir etkiye sahiptir. Anayasalar doğal olarak kamu gücünü kullananlar açısından bağlayıcıdır ve bu kapsama yalnızca yasama ve yürütme organları değil, tüm devlet organları girmektedir. Bu bağlamda anayasal normların, yargıçların yetkileri üzerinde de etkisi bulunmaktadır. Örneğin, Türk hukuku açısından yargıçlar, anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Yargıçlar, bu ödevi, *anayasaya uygun yorum, yasa hükümlerinin ihmaliyle anayasanın uygulanması* ve nihayet *anayasanın doğrudan uygulanması* şeklinde gerçekleştirmektedir. Bu saymada, sıralama olarak anayasaya öncelik tanınması anayasanın üstün ve bağlayıcı niteliğine işaret etmektedir.<sup>55</sup>

Anayasanın, *yönetilenler açısından* bağlayıcı etkisi ise iki şekilde görülebilir: *Birincisi*, kişiler anayasadan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle bağlıdır. Doğrudan

---

<sup>54</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 123; GÖREN, (2001), s. 4.

<sup>55</sup> *Anayasaya uygun yorum*, yasa ve diğer hukuk normları uygulanırken daima anayasa hükümlerinin göz önünde bulundurulmasıdır. Bu yöntem aşağıda detaylı şekilde incelenecek olan *dolaylı yatay etki* uygulamasının da bir görünüm biçimidir. *Yasa hükümlerinin ihmali*, Türk anayasa hukuku doktrini ve uygulamasında çokça tartışılan bir konu olmuştur. Bu yöntem, Anayasaya aykırı bir yasa hükmünün bulunması durumunda bu hüküm ihmal edilerek anayasanın doğrudan uygulanmasıdır. Son olarak yasada bir boşluk olması durumunda, anayasada doğrudan uygulanabilir ve somut bir hüküm bulunması halinde *anayasanın doğrudan uygulanması* söz konusu olacaktır. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 123, 126.

yatay etki olarak ifade edilen bu etkiye göre bireyler, hak tanıyan bu hükümlere doğrudan dayanarak, idari ve yargısal başvuruda bulunabilir. *İkinci olarak*, özel hukuk alanında anayasa kuralları da etkindir. Dolaylı yatay etki olarak adlandırılan bu uygulamaya göre Anayasa sadece devlet ve birey arasındaki ilişkileri düzenlememektedir. Anayasa ve temel haklar özel hukuk alanındaki hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde de etkili olmaktadır.<sup>56</sup> Temel hakların özel hukuk alanında etkili olarak, devlet dışındaki kişiler karşısında da korunması düşüncesi, bu hakları sağlama ve koruma ödevini de içeren devletin pozitif yükümlülükleriyle bağlantılı kabul edilmektedir.

## 2. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Temel hakların üstün ve bağlayıcı niteliği, bu hakların özel hukuk alanındaki etkisini de artırmıştır. Ayrıca yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi, bu yasalara dayanılarak yapılan özel hukuk ilişkilerinin de anayasaya uygunluğunu sağladığından, temel hakların üstün norm niteliğini pekiştirmektedir. Dolayısıyla anayasanın üstünlüğü ilkesi ve yargısal denetim, yalnızca iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesi değil, özel hukuk ilişkilerinin de denetlenmesi ve bu alanda çatışan temel hakların dengelenmesine hizmet etmektedir. Temel hakların özel hukuk alanında etkili olarak, tam ve etkin kullanımının sağlanması ise devlete birtakım yükümlülükler getirmektedir.

Devletin temel hakların sağlanması ve korunmasında *negatif* ve *pozitif yükümlülükler* olarak ayrılan ödevleri, genel itibariyle *tanıma, ihlal etmeme, temin etme*

---

<sup>56</sup> TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 124; GÖREN, (2001), s. 4.

ve *koruma* şeklinde tasnif edilebilir.<sup>57</sup> Negatif yükümlülükler devletin temel haklara hukuka aykırı şekilde müdahale etmekten kaçınması anlamına gelirken; pozitif yükümlülükler ise hakkın etkin kullanılması için tedbir alınmasına işaret eder.<sup>58</sup> Devletin temel haklar hususundaki pozitif yükümlülükleri arasında yer alan ve insan haklarına saygı yükümlülüğüne dayanan ***koruma yükümlülüğü***, insan haklarının herkes için sağlanması, uygulanması; bu hakların *hayata geçirilmesi, ihlal edilmemesi, koruyucu ve telafi edici mekanizmaların sağlanmasına* karşılık gelmektedir. Bu yükümlülük, hakların yalnızca devlet ve kamu gücüne karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin müdahale ve ihlallerine karşı korunmasını ifade eder.<sup>59</sup> Nitekim temel haklara yönelik tehdit ve baskılar devlet organlarından gelebileceği gibi, diğer kişilerden de gelebilir. Devlet-birey arasındaki *dike*y ilişkide ve kişiler arasındaki *yatay* ilişkilerde uyulması zorunlu kurallar bütünü olarak tanımlanan insan hakları, kişilere karşılıklı olarak haklara uyma ve saygı

---

<sup>57</sup> İnsan haklarının devlet tarafından gerçekten tanındığını ortaya koyan şartı hakların *ihlal edilmemesidir*. Bu bakımdan devlet, insan haklarını *tanımak* ve bir güvence sistemi öngörerek; bireyi kendi gücüne karşı “*korumakla*” yükümlüdür. Özellikle negatif statü hakları açısından bakıldığında devlet prensip olarak bu haklara müdahale etmemelidir. Devletin insan haklarına müdahalesi istisnai nitelikte olmalı ve hakkı ortadan kaldıracak, haktan yararlanılmasını fiilen ve hukuken tamamen engelleyecek önlemler almaktan kaçınması gerekmektedir. İnsan hakları devlete *temin etme ödevi* yüklemektedir. Bu istisnai ödev, devlete dezavantajlı gruplar için birtakım tedbirleri almak, sosyal güvenlik düzenlemeleri yapmak gibi yükümlülükler getirir. ERDOĞAN, (2012), s. 117 vd.

<sup>58</sup> SUNAY, (2015), s. 27; Ayrıntılı bilgi için Bkz. SUNAY, (2013), s. 51-54.

<sup>59</sup> ERDOĞAN, (2012), s. 119; SUNAY, (2015), s. 27; KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku** 1, s. 15; SUNAY, (2013), s. 82.

gösterme yükümlülüğü; devlete de önleyici ve düzeltici tedbirler sağlama ödevi yüklemektedir.<sup>60</sup> Bu bağlamda temel haklara yönelik “yatay ihlallerinin” engellenmesinde devletin sorumluluğunun doğacağı doktrinde kabul edilmektedir.<sup>61</sup> Dolayısıyla devletin yalnızca temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeme gibi bir negatif yükümlülüğü değil, aynı zamanda bu hak ve özgürlüklere diğer bireylerden gelebilecek tehditlere karşı korumak gibi bir pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu bağlamda; temel haklarının yatay etkisi ve özel hukuk kişilerinin ihlallerinden devletin sorumluluğu; asli olarak devletin insan haklarını koruma görevinden kaynaklanmaktadır.<sup>62</sup>

### § III. TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ

*Klasik anlayışa* göre anayasa hukuku ile özel hukuk birbirinden tamamen ayrı alanlar olup, anayasa yalnızca kişi ve devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu bakımdan temel haklar yalnızca birincil yükümlüsü olan devlete karşı ileri sürülebilir ve devlet karşısında korunabilir.<sup>63</sup> Belirtmek gerekir ki buradaki yükümlü sıfatı, yalnızca

---

<sup>60</sup> ERGÜL, (2013), s. 436-7; CLAPHAM, (2006), s. 546; AKANDJI-KOMBE, (2008), s. 14-15; SUNAY, (2013), s. 54.

<sup>61</sup> İnsan haklarının bireyler arasındaki ilişkilerden kaynaklanan hak ihlallerine “yatay ihlaller” denmektedir. KNOX, John H., “*Horizontal Human Rights*”, **The American Journal of International Law**, Vol. 102, No. 1, (2008), s. 1-2; SUNAY, (2015), s. 9, 15-16; SUNAY, (2013), s. 93; POROY, Mehmet Akif, “*Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, Sayı 3, (2006), s. 1006.

<sup>62</sup> ERDOĞAN, (2012), s. 119-120.

<sup>63</sup> GÖREN, (2001), s. 3; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 189.

devlet tüzel kişisini değil, aynı zamanda kamu gücünü kullanan diğer kişileri de içermektedir. Yani merkezi idare yanında belediyeler, üniversiteler, sosyal güvenlik kuruluşları gibi kamu kurumları da kamu gücünü kullandıkları ölçüde hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek ve ihlal etmemekle yükümlüdür.<sup>64</sup>

Dikey etki teorisi, kişileri iktidardan ve siyasi baskıdan korumayı amaçlamaktadır. Bu anlayış kapsamında, devlet ve kamu gücünü kullanan diğer kurumların sınırlanması ve bunların özgürlüklere müdahalesinin engellenmesi gerekir.<sup>65</sup> Temel hakların amacı, devlet iktidarını sınırlandırarak bireylerin devletle olan ilişkisini düzenlemektir.<sup>66</sup> Bu anlayışta temel hakların tek yükümlüsü devlettir, bütün hak ve özgürlükler dikey etkiye sahiptir ve yalnızca kişi ile devlet arasında etkilidir.<sup>67</sup>

Dikey ve yatay etki teorilerinin ve temel hakların yükümlülüklerinin daha net ortaya konulabilmesi açısından Jellinek'in tasnifine dayanılarak bir ayırım yapılması uygundur:

*Negatif statü hakları açısından, özel hukuk kişileri de yükümlü olmakla birlikte, devlet birincil derecede yükümlüdür. Örneğin konut dokunulmazlığı, ifade özgürlüğü, özel hayatının gizliliği gibi haklar asli olarak devlet tarafından ihlal edilmektedir. Dolayısıyla bu haklara ilişkin kurallar doğrudan devleti işaret eder ve bu hakların*

---

<sup>64</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 185-186.

<sup>65</sup> ERDOĞAN, (2012), s. 117.

<sup>66</sup> BELLING, W. Detlev, İNCE, Nurten, “*Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 12., ss. 3-59, (2014), s. 5.

<sup>67</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 189; BELLING, İNCE, (2014), s. 5

anayasalarda düzenlenmesiyle devlet iktidarı birey lehine sınırlandırılmış olur.<sup>68</sup> Ancak bu durum, negatif statü haklarının özel hukuk kişileri tarafından ihlal edilemeyeceği yanılığına yol açmamalıdır. Nitekim, bireyin özel hayatının gizliliği, kişisel verilerinin güvenliği<sup>69</sup> başka bir kişi tarafından ihlal edilebileceği gibi, ifade özgürlüğü de diğer kişilerden gelebilecek tehditlere açıktır. Bu bağlamda negatif statü hakları hususunda devletin hem ihlal etmeme ve koruma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir.<sup>70</sup>

*Pozitif statü hakları* açısından ise devlet ve özel hukuk kişileri birlikte yükümlüdür. Burada yükümlülük ölçüsü ve kapsamı değişkenlik gösterir. Pozitif statü hakları bakımından olumlu bir edimin gerçekleştirilmesi ve bazı tedbirler alınması gerektiğinden, bu hakların tek yükümlüsü devlet değildir. Devlet bu haklar bakımında birincil yükümlüdür ve özel kişilerin hakları gerçekleştirmek gibi bir anayasal ödevi bulunmamaktadır. Ancak özel hukuk kişilerinin de bu hakların ihlal edilmemesi bakımından yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca küreselleşme ve değişen ekonomik dinamikler sonucunda, özelleştirmelerle birlikte sağlık, eğitim, iletişim gibi pek çok alandaki hizmetler özel hukuk kişileri tarafından görülmektedir. Bu durum ise bu haklar bakımından yalnızca devletin sorumlu olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Devletin negatif statü hakları bakımından birincil yükümlü olması, özel kişilerin de ikincil yükümlü olduğuna işaret etmektedir.

<sup>69</sup> “Veri güvenliği; kişisel verilerin korunması amacıyla gerekli tüm idari ve teknik tedbirlerin alınmasını ve verinin kötü niyetli bir şekilde işlenmesinin önüne geçilmesini ifade eder.” Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞTAN, Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, Ankara, (2017), s. 74 vd.

<sup>70</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 185.

<sup>71</sup> SUNAY, (2015), s. 22.

*Aktif statü hakları* söz konusu olduğunda ise devlet *münhasıran* yükümlüdür. Devletin siyasi parti kurma, seçme ve seçilme, siyasi faaliyette bulunma gibi hakları tanınması ve bunların hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Bununla birlikte özellikle seçme ve seçilme hakkı ile bu hakkın etkin kullanımının sağlanmasında destekleyici kabul edilebilecek diğer haklar özel kişiler tarafından ihlal edilebilir. Örneğin basın yolu ile seçimlerin manipüle edilmesi ya da kişi veya grupların oy kullanmasının engellenmesi durumunda temel hakların özel hukuk kişileri tarafından ihlali ve yatay etki konusu gündeme gelmektedir.

Görüldüğü üzere, temel hakların yalnızca devlet tarafından ihlal edilebileceği özellikle modern dünyada bir varsayımdan ibarettir. Temel haklar yalnızca devlet ve kamu gücünü kullanan organlar tarafından değil, üçüncü kişiler tarafından da ihlal edilebilir. Ayrıca küreselleşme, iletişim ağlarının genişlemesi, sendikalaşma, ekonomik topluluklar gibi olgular ve çok uluslu şirketlerin devlete eş değer bir güce kavuşması ile birlikte temel hak ve özgürlükler özel kişilerden kaynaklanan tehdit ve ihlallere karşı açık hale gelmiştir.<sup>72</sup>

Özel hukuk kişilerinden temel haklara yönelen tehditlerin artış göstermesi, üstün ve bağlayıcı anayasal normların yalnızca kamu hukuku dalları değil, özel hukuk üzerinde de etkili olmasını zorunlu hale getirmektedir. Özellikle anayasaya uygunluk denetiminin yaygınlaşmasıyla, özel hukuk dalları ile anayasa hukuku arasındaki ilişki güçlenmiştir. Bu denetim, yasaların hem dizaynı hem de yorumlanmasının anayasaya uygun şekilde gerçekleştirilmesini zorunlu kılmakta ve birçok hak, anayasalarda yer almasının yanı sıra

---

<sup>72</sup> SUNAY, (2015), s. 20-22; BELLING, İNCE, (2014), s. 7-8.

özel hukuk yasalarında ayrıntılı şekilde düzenlenerek somutlaştırılmaktadır. Ayrıca özel hukuka ilişkin davalarda, temel haklar dayanak norm olarak kabul edilmekte ve uygulama yolu ile hukuk sistemine dahil olmaktadır. Böylelikle temel haklar, üstün hukukun bir parçası olarak hukukun tüm alanları üzerinde “*yayılm etkisi*” göstermektedir.<sup>73</sup> Bu etki, temel hakların yalnızca anayasa hukuku değil hukukun bütün alanlarında göz önünde tutulmasını zorunlu kılmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümü, temel hakların özel hukuk alanı ve ilişkilerindeki etkisinin belirlenmesi ve “*yatay etki teorisi*”nin ayrıntılı şekilde incelemesine ayrılmıştır. Dolayısıyla bu kısımda, ilerleyen bölümde kullanılan kavramların tanıtılması amacıyla öncelikle “*yatay etki*” ve “*özel hukukun anayasallaşması*” kavramları ile yatay etki teorisinde önemli olan “*doğrudanlık*” ve “*dolaylılık*” kavramları üzerinde durulmuştur.

## A. YATAY ETKİ KAVRAMI

*Dikey etki doktrini*, temel hak ve özgürlüklerin yükümlüsü olarak yalnızca devleti görmekte, özel hukuk kişilerini bu yükümlülük kapsamının dışında bırakmaktadır. Temel hakların öncelikle devlete ve iktidara karşı ileri sürüldüğü kabul edilmekle birlikte;

---

<sup>73</sup> *Yayılm etkisi* kavramı; *temel hakların dolaylı yatay etkisi* konusu kapsamında incelenecek olup, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1958 tarihli *Lüth* kararına dayanmaktadır. Bu anlayışa göre üstün norm niteliğindeki temel haklar, *yayılm etkisi* göstererek tüm hukuku etkilemektedir. ALEXY, (2010), s. 352 vd.; GARDBAUM, (2003), s. 405; BECKMANN, Philip, “Germany”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union**, BRÜGGEMEIER, Gert (ed.), Cambridge University Press, (2010), s. 266; ERGÜL, (2013), s. 451.

özellikle son yüzyılda, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde temel hakların etkisi doktrin ve yargı kararlarında gündeme gelmiştir.

Anayasal normların toplumsal ve siyasi hayatın çerçevesini çizmesi ve ideali gösteren niteliği<sup>74</sup>, yalnızca kamu gücünü kullananlar değil, yönetilenler açısından da etkili olmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasalar, devlet organizasyonunu göstermekle yetindiğinde; yalnızca iktidarın kullanılması ve sınırlandırılması gibi hususları düzenlemektedir. Ancak bir anayasada, temel haklar çerçevesinde bu düzenlemeler yapıldığında, iktidarın yetki ve sınırlarının belirlenmesi ile siyasi ve toplumsal düzenin temelinde bu haklar yer alacaktır. Birey ve devlet ilişkisinin eşitler arası bir düzlemde gerçekleşmemesi; özgürlüklerin öncelikle kamu gücünü kullananlar karşısında korunması gerektirir. Ancak temel hakların bu kapsamda ele alınarak yalnızca kamu gücünü kullananları bağladığının kabulü, bireyi modern dünyada karşı karşıya olduğu tehditlere karşı savunmasız bırakmaktadır.

Haklar anayasalarda yer alarak bağlayıcı ve üstün norm niteliğine kavuştuklarında yalnızca yasama, yürütme ve yargı organları ve kamu gücünü kullananlar açısından değil, özel hukuk kişileri açısından da bağlayıcı hale gelmektedir. Nitekim temel haklar; bireyi öncelikle devlet karşısında korumak amacıyla olsa da “*objektif değerler*” içeren ve hukukun her alanında etkili olan anayasal normlardır.<sup>75</sup> Bu bağlamda “*temel hakların yatay etkisi*” kavramı, bu hakların üçüncü kişilere karşı korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Kişilerin hakları; özel hukuk kişileri tarafından, her türlü hukuki

---

<sup>74</sup> SABUNCU, (1985-1986), s. 15.

<sup>75</sup> GÖREN, (2000), s. 41; BELLING, İNCE, (2014), s. 5, 54.

ilişkide ihlal edilme potansiyeline sahiptir. Bu ihlaller *işçi-işveren, kiracı-kiraya veren, hasta hakları, tüketici hakları gibi bir sözleşme ilişkisi* içinde bulunan kişiler arasında olabileceği gibi, aralarında *hukuki ilişki bulunmayan ancak toplumsal sebeplerle bir araya gelen insanlar* arasında da görülebilmektedir. Buna ek olarak *aile içi şiddet* yatay ihlalin tipik örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>76</sup> Görüldüğü gibi, haksız fiil gibi sözleşme dışı sorumluluk halleri veya sözleşmeler yoluyla; kişinin mülkiyet hakkı, özel hayatının gizliliği, çalışma özgürlüğü, düşünce, ifade ve toplanma özgürlükleri gibi pek çok temel hakkı ihlal edilebilir. Bu tehditlerin önlenmesi için temel hakların özel hukuk üzerindeki etkililiğinin sağlanması ve kişiler arasındaki her türlü özel hukuk ilişkisinin bu haklara uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>77</sup> Aşağıda bu hususlara

---

<sup>76</sup> SUNAY, (2013), s. 97-99.

<sup>77</sup> Türk hukuk doktrininde de TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU tarafından “yatay etki”, temel hakların özel hukuk alanına “sızması” şeklinde ifade edilmiştir. Yazarlara göre, temel hakların özel hukuk düzenine sızması, *yasalar aracılığıyla, doğrudan yatay etki* veya *dolaylı yatay etki* olmak üzere üç kanal aracılığıyla gerçekleşebilir. Bu hakların özel hukuka sızma yollarından ilki “yasalar”dır. Anayasaların her türlü hukuki kurumu en ince detaylarına kadar düzenlemesi ideale uygun değildir. Bu nedenle yasa koyucu özel hukuka ilişkin düzenlemelerde kişilerin temel haklarını da dikkate almalı ve uygulayıcı konumundaki yargıçlar bir uyuşmazlığın çözümünde ilk olarak yasanın kendisine başvurmalıdır. Bir anayasa oldukça detaylı ve yasa koyucuya alan bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olsa da hukuki kurumların detaylandırılması yasalarla olmaktadır. Nitekim, birçok hak ve ilkenin aynı zamanda yasalarla somutlaştırıldığı görülmektedir. Örneğin, kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, özel yaşamın korunması, din ve vicdan özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, miras hakkı,

---

dernek ve vakıf özgürlükleri gibi konular medeni kanunda; çalışma özgürlüğüne ilişkin meseleler borçlar kanunu ve iş ve ticaret kanunlarında; adil yargılanma hakkı ve buna dayalı ilkeler usul kanunlarında detaylı şekilde somutlaştırılmıştır. Yazarlara göre, temel hakların özel hukuka sızma yollarından ikincisi olan “*doğrudan etki*”de ise anayasa normları özel hukuk işlem ve ilişkilerine aracısız, yani doğrudan uygulanmaktadır. Bu uygulama, iki şekilde mümkün olabilir: (1) Uygulanacak yasa, anayasa veya temel haklara aykırı olduğu ya da yeterli korumayı sağlayamadığı takdirde, anayasa özel hukuk ilişkisine *doğrudan* uygulanır ve böylelikle bu işlem veya ilişkinin anayasaya aykırı şekilde düzenlenmesinin önüne geçilebilir. (2) Bazı durumlarda ise anayasal bir hüküm, özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmaya yönelik şekilde kaleme alınmış olabilir. Bu tip anayasal hükümlerin özel hukuk işlemleri üzerinde etkili olması ve doğrudan uygulanması mümkündür. Yazarlara göre, anayasal normların özel hukuka sızma yollarının sonuncusu ise “*dolaylı etki*”dir. Burada, özel hukuk kurallarının yorumlanması ve uyuşmazlıkların çözümünde, anayasal hükümler *ölçü norm* niteliğindedir. SUNAY, (2013), s. 77. Yasada boşluk bulunması ya da anayasaya aykırılık olması durumunda; anayasaya uygun yorum gündeme gelmektedir. BELLING, İNCE, (2014), s. 54. Dolayısıyla öncelikle yasanın anayasaya uygun şekilde yorumlanması; ancak buna imkân yoksa ve anayasaya aykırılık söz konusu ise yasanın iptal edilmesi gerekmektedir. TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 125 vd. Bununla birlikte, ERGÜL’ün de haklı şekilde belirttiği gibi, temel hakların özel hukuka sızması kavramı, öğretilerde ve uygulamada dolaylı yatay etki kavramının açıklanması bakımından kullanılan bir kavramdır. Ayrıca dolaylı yatay etki modeli kapsamında, temel hakların özel hukukta etkili olma yollarından birinin de yasalar olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla yazarların temel hakların özel hukuka “*sızma*” yolları açısından öngördükleri yollar ve kullandıkları kavramlar, karşılaştırmalı hukuk öğretisine ve uygulamaya uyum gösterememektedir. ERGÜL, (2013), s. 443.

özellikle karşılaştırmalı anayasa hukuku bağlamında detaylı şekilde yer verildiğinden<sup>78</sup>; bu noktada temel hakların özel kişilerden gelecek tehditlerden de etkileneceği ve bireyin sadece devlete karşı korunmasının yeterli olmadığı belirtilmekle yetinilmektedir.

## B. ÖZEL HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI

Anayasacılık anlayışının ve insan haklarının devlet iktidarının sınırlandırılmasına doğrudan hizmet ettiği düşünüldüğünde; bu hakların kamu hukuku dalları ve anayasa hukuku ile yakın ilişkisi olması şaşırtıcı değildir. Birey özgürlüklerinin öncelikle kamu gücünü kullananlar tarafından tehdit edilmesi ve sınırlandırılması nedeniyle insan hakları ve anayasa hukukunun, idare ve ceza hukuku gibi diğer kamu hukuku dalları ile yakın ilişkide olduğu kabul edilmektedir. Ancak günümüzde bireyin özgürlükleri; çoğu zaman devlete eşdeğer güce sahip başka kişiler tarafından tehdit edilmeye açık hale gelmiştir. Bu bağlamda insan hakları, yalnızca bir kamu hukuku meselesi değildir; aynı zamanda özel hukuk alanının da konusudur.<sup>79</sup> Bu hakların anayasalarda düzenlenerek birer anayasa normu haline gelmiş olması, anayasa hukuku ile hukukun diğer alanları arasındaki ilişkinin niteliğini gündeme getirmektedir.

Hukukun ilke ve kuralları, toplumsal düzene hizmet etmek üzere dizayn edilmektedir. Bu düzenin sağlanması ve korunması bakımından, hukuk normlarının anayasaya uygun olması ve anayasal temellere dayanması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Anayasa hukuku devletin işleyişi ve birey-devlet ilişkilerini düzenlemesi nedeniyle kamu hukuku dallarıyla yakın ilişki içindedir. Bu özelliğinin yanında üstün ve bağlayıcı niteliği, anayasa hukukunun diğer hukuk dallarıyla etkileşimini zorunlu kılmaktadır.

---

<sup>78</sup> Bkz. 2. Bölüm: “*Temel Hakların Yatay Etkisi: Modeller, Yaklaşımlar ve Sorunlar*”

<sup>79</sup> GÖZLER, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 31-38

Çağdaş dönem anayasalarında anayasal normların diğer hukuk kurallarına üstünlüğünün kabul edilmesi ve medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, iş hukuku gibi alanlara özgü temel ilke ve kuralların büyük ölçüde anayasalar tarafından da düzenlenmiş olması, diğer hukuk dallarının anayasal temeller üzerine yükselmesini sağlamıştır. Bu durum, “*hukukun anayasallaşması*”<sup>80</sup> olarak ifade edilmektedir. Hiyerarşik olarak üstte yer alan bir normun, daha aşağıda yer alan normları etkisi altına alması ve bu normların üst normlara uygun şekilde düzenlenmesi doğaldır.<sup>81</sup> “*Özel hukukun anayasallaşması*” kavramı ise, devlet ve bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemek üzere ortaya çıkan temel hakların, özel hukuk alanında da etkili olması anlamına gelmektedir.<sup>82</sup> Bu kavrama daha yakından bakmak *yatay etki* kavramını aydınlatmak açısından faydalı olacaktır.

Tarihi olarak anayasa hukuku ve özel hukuk arasında net bir ayrım öngörülmüştür. *Geleneksel* olarak nitelendirilebilecek bu anlayışa göre anayasa hukuku, kendi konusu ve sınırları içinde hukukun özel ve istisnai bir dalıdır. Her hukuk dalı farklı bir kanun yapıcı

---

<sup>80</sup> GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Yayınevi, Bursa, (2011), s. 79.

<sup>81</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 33.

<sup>82</sup> TRSTENJAK, Verica, “*General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*” **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Verica TRSTENJAK, Petra WEINGERL (ed.), Global Studies in Comparative Law, Vol. 15, Springer, (2016), s. 7; SMITS, Pan, “*Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View*”, **Constitutionalisation of Private Law**, Tom BARKHUYSEN, Siewert LINDENBERGH (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, (2006), s. 10; ERGÜL, (2013), s. 437.

otoriteden türemektedir ve doğal olarak uygulama alanları farklıdır. *Geleneksel anlayış*; anayasa hukukunu diğer hukuk dallarından ve bilhassa özel hukuktan kesin çizgilerle ayırmaktadır. Bu bakımdan özel hukuk normlarının anayasaya uygun olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, anayasa normlarının özel hukuk ilişkilerindeki etkisini reddetmektedir. Buna göre anayasa; yalnızca devlete yönelik, iktidarın kullanılması ve birey lehine sınırlandırılmasına ilişkin bir hukuk rejimidir; anayasa ve dolayısıyla anayasa hukuku özel olgularla değil yalnızca kamusal olgularla ilgilenmektedir.<sup>83</sup>

Anayasa hukukunun özel hukuktan kesin şekilde ayrı tutulması gerektiğini savunan yazarlara göre, hukuk sisteminin mantığı, anayasanın diğer hukuk normlarına göre üstün niteliğine dayanır. Bu nedenle kişilerin eylemlerinin doğrudan anayasaya konu olmasıyla gerçekleşen böyle bir genişleme ciddi sorunlar doğurabilir. Ayrıca anayasanın özel hukuka uygulanması; yasa koyucudan, anayasal karar verme yetkisine sahip mahkemelere ciddi bir güç transferi anlamına gelmektedir.<sup>84</sup>

Bununla birlikte günümüzde bireyler hem devlet hem de diğer kişilerden kaynaklı bir risk dünyasında yaşamaktadır. Özellikle eski tarihlere dayanan anayasaların yürürlüğe girdiği dönemlerde, devlet dışındaki güç odakları bilinmemektedir, ancak bireyler artık buradan gelen tehditlere daha çok maruz kalmaktadır. Dolayısıyla anayasa hukuku ve özel hukuk arasında kesin ve geçilemez bir çizgi çekilerek, geleneksel anlayışın devam ettirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle özel hukuk kişilerinden gelen tehditlere nasıl

---

<sup>83</sup> KAY, Richard S., “*The State Action Doctrine, The Public-Private Distinction, And The Independence Of Constitutional Law*”, **10. Constitutional Comment**, (1993), s. 337-338.

<sup>84</sup> KAY, (1993), s. 340.

karşı konulacağı ve bireyler arasındaki ilişkilerde anayasal normların hangi noktaya kadar etkili olacağı değişik hukuk sistemlerinde farklı görüşlerin doğmasına neden olmuştur. Örneğin; Alman anayasa hukukunda “*üçüncü taraf etkisi*” (*Drittwirkung*) doktrini daha çok taraftar bulurken; Amerikan anayasa hukuku uygulamasında, bu anlayışa temkinli yaklaşım ve “*devlet eylemi doktrini*” (*state action*) kapsamında devlet dışı aktörlerden kaynaklanan hasarların devlete yüklenmesi gerektiği kabul edilmiştir.<sup>85</sup> Buna ek olarak devletin özel hukuk yasalarının temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde kaleme alınması ve uygulamada özgürlüklerin gözetilmesi bakımından yükümlülüğü olduğu hem farklı ülkelerde hem de AİHS sisteminde kabul edilmektedir.<sup>86</sup> Devletin bu yükümlülüğü

---

<sup>85</sup> KAY, (1993), s. 350. Yazara göre devlet ve devlet dışı aktörlerden gelen tehlikeler bugün belirgin şekilde farklı olsa bile, anayasa yapıcılar tarafından öngörülen, kamu ve özel gücün orijinal ve eski vizyonuna bağlı olunması gerekmektedir.

<sup>86</sup> AİHS kapsamında temel hakların özel hukuk alanındaki etkisi ve devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak Bkz. SPIELMANN, Dean “*The European Court of Human Rights*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge- Cavendish, London-New York, (2007); BOYAR, Oya, “*Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)**, Sibel İnceoğlu (ed.), Avrupa Konseyi, (2013), ss. 53-80; AKANDJİ - KOMBE, Jean-François, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*”, Özgür Heval Çinar, Abdulcelil Kaya (çev.), **Avrupa İnsan Haklarının Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap No. 7**, Strasbourg, Avrupa Konseyi, (2008).

uygulamada öncelikle yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>87</sup>

Anayasa mahkemeleri, norm denetimi yolu ile yasaların anayasa uygunluğu denetlemekte ve bu mahkemenin verdiği kararlar anayasanın üstünlüğü ilkesinin de doğal bir sonucu olarak öncelikle devlet organları olmak üzere tüm hukuk sistemi ve kişiler açısından bağlayıcı olmaktadır.<sup>88</sup> Anayasal normların, hukukun diğer dallarındaki etkisi, yalnızca yasama organının norm koyma yetkisini değil, aynı zamanda ilk dereceden üst dereceye diğer mahkemelerdeki uygulamayı da etkilemektedir. Bu işlevin yanında *anayasa şikâyeti*<sup>89</sup> yolunun kabul edildiği sistemlerde, anayasa mahkemeleri temel hak ve özgürlükler konusuyla daha çok muhatap olmakta, verdiği kararlar sonucunda mahkemelerin “*hak koruyucu*” işlevi daha net bir şekilde gözlemlenmektedir. Böylece

---

<sup>87</sup> Bu denetim siyasi ve yargısal denetim olarak iki kısım halinde incelenmektedir. Siyasi denetimin doğası gereği sınırlı kalması ve daha çok norm denetimine hazırlık niteliği taşıması nedeniyle, burada yargısal denetim üzerinde durulmuştur. GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, (2017), s. 71.

<sup>88</sup> Örneğin, 1982 Anayasası'nın, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığına işaret eden 11. maddesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının düzenlendiği 153. maddesi bu duruma örnek gösterilebilir.

<sup>89</sup> Anayasa şikâyeti; “*Anayasal bir hak ve özgürlüğün, yasama yürütme veya yargı organları tarafından icraî veya ihmali nitelikteki bir eylem veya işlemle ihlal edildiği iddiasıyla; diğer olağan kanun yolları tüketildikten sonra başvurulabilecek olan ve bu eylem ve işlemlerin anayasal denetimini sağlayan usûlî bir haktır.*” ŞİRİN, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2013), s. 11.

anayasa mahkemeleri bu görev ve yetkilerini gerçekleştirirken, anayasal normları yorumlamakta ve somutlaştırmaktadır. Yasa koyucunun ise normların anayasaya uygunluğunu gözetirken anayasa mahkemeleri tarafından verilen kararları da göz önüne alması gerekmektedir.<sup>90</sup>

Görüldüğü gibi, birbirinden kesin olarak ayrı alanlar olduğu kabul edilen anayasa hukuku ve özel hukuk arasındaki bu çizgi günümüzde bulanıklaşmıştır.<sup>91</sup> Yasaların anayasayla uyumlaşması ve anayasaya uygunluk denetimi gibi kurumlar, anayasal ilke ve kuralların özel hukuk alanında etkili olmasını sağlamakta, anayasal normların bu alandaki etkisinin niteliği ölçüsünde, *özel hukuk anayasallaşmaktadır*.

---

<sup>90</sup> Bazı hukuk sistemlerinde anayasa mahkemeleri, uygulanacak normun anayasaya aykırılığını incelemenin yanında, yasama organının *ihmalini* de denetlemektedir. “*İhmal yoluyla anayasaya aykırılık*” veya “*anayasaya aykırı yasama ihmali*” olarak ifade edilebilecek bu durumlarda, anayasa mahkemesi yasama organına “*çağrıda bulunarak*” veya “*emir vererek*” söz konusu yasama ihmalinin yeni bir düzenlemeyle doldurulmasını ortadan kaldırılmasını talep edebilir ya da “*yasa önerisi*” hazırlayarak yasama meclisine sunabilir. Anayasa Mahkemelerinin bu yetkisinin, temel haklara yönelik ihmallerin denetlenmesine ve anayasal değerler sisteminin bilhassa özel hukuk bakımından geçerli olmasına hizmet ettiği savunulmaktadır. KABOĞLU, (2007), s. 112 vd.

<sup>91</sup> ONDREJEK, (2017), s. 281.

## C. YATAY ETKİ TEORİSİNDE KAVRAMLAR: DOĞRUDANLIK VE DOLAYLILIK

Yatay etki teorisi doktrinde, “*doğrudan yatay etki*” ve “*dolaylı yatay etki*” olmak üzere temelde iki ana başlık altında incelenmektedir.<sup>92</sup> Yatay etki modellerinin incelenebilmesi için, bu kavramların anlamlarının irdelenmesi gerekir; aksi halde, temel hakların uygulamadaki etkisi tam olarak belirlenememekte, doğrudan ve dolaylı etkinin ne olduğu ve özel hukukta nasıl geçerli olacağına anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, yatay etki modelleri ve uygulamadaki farklı yaklaşımlardan önce, “*doğrudanlık ve dolaylılık*” kavramlarının ifade ettiği anlamların incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> GARDBAUM, Stephen, “*Where The (State) Action Is*”, **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Vol. 4, No. 4, (2006), s. 764; BARAK, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (ed.), Hart Publishing, (2001); TUSHNET, Mark, “*The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol.1, Issue 1, (2003), ss. 79-98.

<sup>93</sup> Doktrinde genelde öncelikle yatay etki uygulamasının farklı uygulama biçimlerinin ardından “*dolaylılık*” kavramı incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. ERGÜL, Ozan, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine*”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Ankara Üniversitesi Yayınları, (2013). Ayrıca Bkz. GARDBAUM, Stephen, “*The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, December (2003); BARAK, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (ed.), Hart Publishing, (2001); BARAK, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”,

Saf dikey etki yaklaşımının altında yatan fikir; özel hukuku, kamu hukukundan kesin çizgilerle ayırarak özgür bırakmaktır. Bu sert ayrımının temelinde ise esasen bireylerin ve özel hukukun özerkliği, özgürlük ve gizlilik gibi değerlerin korunması amacı bulunmaktadır. Bu yaklaşımı savunan yazarlara göre anayasanın en kritik ve ayırıcı fonksiyonu, yasa koyucunun “sınırlandırılması”nı ve böylece hukukun üstünlüğünü sağlamaktır. Temel hakların kapsamının kamusal alanla sınırlandırılması, kişilerin özerkliğini genişletmektedir. Böylelikle “*özel hukuk alanı ve bu alana özgü ilişkiler, anayasal normlar tarafından oluşturulan tek tip ve zorunlu rejimden arınarak, heterojen bir özellik gösterebilir.*”<sup>94</sup>

Yatay etki teorisine göre ise özel hukuk, temel hakların etkisi altındadır. Dolayısıyla bu alan, anayasal normlarla çatışamaz ve anayasanın ruhuna uygun olarak yorumlanmalıdır. Tüm özel hukuk, temel hakların *doğrudan* öznesidir ve bu haklarla çatıştığında geçersizdir.<sup>95</sup> Bu noktada, hakların doğrudan etkili olduğu alanın ve birey davranışlarının anayasaya uygunluğu ve *kişilerin anayasal hak ve ödevleri* olup

---

**Yale Law School Legal Scholarship Repository, Review of Constitutional Studies,** Vol. 3, No. 2, (1996). Bununla birlikte “dolaylılık” kavramının çerçevesinin öncelikle tanıtılmasının, ilerleyen bölümlerde özellikle yüksek mahkeme kararlarının okunmasında okuyucuya fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Bu amaçla, yöntem olarak, yatay etki modellerinden önce bu temel kavramların incelenmesi tercih edilmiştir.

<sup>94</sup> GARBDAUM, (2003), s. 394.

<sup>95</sup> 7 BVerfGE 198 (1958); WEINRIB, Lorraine E., WEINRIB, Ernest J., “*Constitutional Values and Private Law in Canada*”, **Human Rights in Private Law**, Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (ed.), Hart Publishing, (2001), s. 44; GARBDAUM, (2003), s. 404.

olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu husus temel hakların doğrudan ve dolaylı olarak özel hukuk alanında uygulanması tartışmasında değer taşımaktadır. Nitekim temel hakların özel hukukta doğrudan ve dolaylı etkili olduğu alanların belirlenmesi, yatay etki modellerinin açıklanması bakımından da önemlidir.

Temel hakların ve anayasal değerlerin tüm hukuk üzerinde gösterdiği *yayılm etkisi* göz önüne alındığında, özel hukuk normları, anayasa ve temel haklarla uyumlu olmalı ve çatışmamalıdır. Ayrıca mahkemelerin yasa normlarını yorumlarken temel hakları da göz önüne alması gerekir. Bu bağlamda, bir özel hukuk normunun temel haklarla uyumlu şekilde yorumlanamaması halinde geçersiz kılınması gerekir. Çünkü anayasal normlar, doğrudan uygulanabilir yüksek hukuk normlarını oluşturur.<sup>96</sup>

Yatay etki teorisinde doğrudanlık ve dolaylılığının anlamının bulunması, bu temel haklara tâbi olan “*özne*”nin tespit edilmesini gerektirir. Temel hakların özel hukuka etkisi, *doğrudan* anayasal hükümlerin uygulanması ya da *dolaylı* (örneğin, *mahkemelerin hükümleri yorumlayıp ve uygularken anayasayı dikkate alması*) şeklinde olabilir.<sup>97</sup> Doğrudan yatay etki anlayışına göre, anayasal hükümler bireylere aracısız şekilde uygulanmalı ve temel haklar özel hukuk alanında tam olarak etkili olmalıdır.

---

<sup>96</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958). Gardbaum’a göre, “*objektif değerler düzeni*” kavramı; temel haklar kavramıyla bireyin devletin karşısındaki “*öznel*” ya da “*savunma*” haklarına ters düşmektedir. Bu karar ile aynı zamanda bu objektif değerleri korunması devlet üzerindeki olumlu görevlerin de temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte Temel Kanun’da yer alan anayasal “*görev ve ödevler*” yalnızca devlete yüklenirken, Temel Kanun’un getirdiği anayasal “*değerler*” tüm hukuk sistemini etkilemektedir. GARBDAAUM, (2003), s. 404-406.

<sup>97</sup> GARBDAAUM, (2006), s. 764; ERGÜL, (2013), s. 466 vd.

Buna karşılık özel hukuk hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında mahkemelerin anayasal kural ve değerleri dikkate aldığı hallerde bu etki *dolaylıdır*. Dolaylı yatay etki anlayışında, anayasal hükümler kişiler üzerinde doğrudan etki doğurmaz; temel haklar, *özel hukuk normları üzerinde doğrudan etkilidir*. Yani, dolaylı etki, özel hukuk yasaları üzerinden; bireye olan etkiyi işaret eder. Bu bakımdan, özel hukuk *normlarının veya common law'un* temel haklara bağlı olması ve bunlara uygun şekilde düzenlenmesi halinde, temel hakların özel hukuk alanındaki etkisi dolaylı olmaktadır. Buna karşılık, *bireyler* temel haklarla bağlı olduğunda bu hak ve özgürlüklerin etkisi *doğrudan* gerçekleşmektedir. Yani temel hakların bireyin eylemleri üzerindeki etkisi, anayasanın kişilere uygulandığı durumlarda *doğrudan*; yasalar temel haklara tâbi sayıldığında *dolaylı* şekilde olmaktadır.<sup>98</sup> Bu hakların yasalar üzerindeki etkisi ise doğrudan anayasanın uygulanması ya da mahkemelerin yasaları uygularken anayasayı göz önünde tutarak yorum yapması şeklinde olabilir. Bununla birlikte anayasanın, yasalar üzerinde doğrudan etkili olduğu haller ile *doğrudan yatay etki* düşüncesi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Nitekim, temel hakların yasalar üzerinde doğrudan etkili olması ya da mahkemelerin hukuk kurallarını anayasayı göz önünde tutarak uygulaması, temel hakların “*birey*” üzerindeki etkisini değiştirmemektedir. Bu hallerde *yasalar* anayasa ve temel hakların etkisi altındadır. Buna karşılık, özel hukuk kişilerine ve bunlar arasındaki ilişkilere hala *yasalar* uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu hallerde, anayasa ve temel hakların birey üzerindeki etkisi yine “*dolaylı*” olmaktadır.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> CHEADLE, (2005), s. 59.

<sup>99</sup> GARBDUM, (2003), s. 404; GARBDUM, (2006), s. 764-765; ERGÜL, (2013), s. 466-467.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ:

#### MODELLER, YAKLAŞIMLAR VE SORUNLAR

##### § I. TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

İstisnai bazı örnekler dışında, anayasalar, temel hakların devlet organları ve kamu otoritelerini bağladığını belirtir.<sup>100</sup> Nitekim bu anlayışı yansıtan dikey etki teorisi de anayasaların temel işlevini devletin sınırlandırılması olarak görür ve temel hakların yalnızca kamu hukuku karakterli ilişkilerde uygulandığını kabul eder. Bununla birlikte günümüzde devletin insan haklarının korunmasına ilişkin sorumluluk alanı genişlemiş ve insan haklarının, devletin yanı sıra özel hukuk alanında da korunması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır. Temel hakların özel hukuk ilişkilerinde sahip olacağı *etkinin*

---

<sup>100</sup> Örneğin İrlanda Anayasası hakların kişileri doğrudan bağladığını belirtirken; ABD Anayasası, Alman Temel Kanunu ve Güney Afrika Geçici Anayasası, anayasal normlar ve temel hakların devlet organları açısından bağlayıcı olduğunu düzenlemektedir. KUMM, Mattias ve FERRERES COMELLA, Victor, “*What Is So Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, Andras SAJO, Renata UITZ (ed.), Eleven International Publishing, (2005), s. 242.

*sınırlarının belirlenmesi ve bu etkinin nasıl gerçekleşeceği, yatay etki teorisi kapsamında cevap aranan önemli bir sorundur.*<sup>101</sup>

Temel hakların hukuk sistemindeki etkisine ilişkin modeller yelpazesinin bir ucunda “*dikey etki*”, diğerindeyse “*doğrudan yatay etki*” bulunmaktadır. Bu iki zıt kutbun arasında ise “*dolaylı yatay etki modeli*” ile diğer potansiyel yaklaşımların<sup>102</sup> konumlandırılması mümkündür. Bu kapsamda, bazı hukuk sistemlerinde temel hakların özel hukuk kişi ve ilişkilerine *doğrudan* etkili olduğu kabul edilirken, diğer bir kısım ülkede ise hakların *dolaylı yatay etkisi* benimsenmiştir. Bu model ve yaklaşımların, karşılaştırmalı bir bakış açısıyla incelenmesi gerekmektedir. Böylelikle özel hukuk ilişkilerindeki temel hak ihlallerinin ve uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesinde bu yaklaşımların değeri ölçülebilir. Yatay etkiye ilişkin yaklaşımlar<sup>103</sup>, öncelikle temel hakların özel hukuk alanında bir etkisinin olup olmadığını; eğer bir etkisi

---

<sup>101</sup> CHEADLE, Halton, “*Third Party Effect in the South African Constitution*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, SAJO, Andras, UITZ, Renata (ed.), Eleven International Publishing, (2005), s. 58; ERGÜL, (2013), s. 438; SUNAY, (2013), s. 94, 97; POROY, (2006), s. 1005-1006; ALEXU, (2010), s. 354-355.

<sup>102</sup> İlerleyen kısımlarda inceleneceği üzere, zayıf dolaylı yatay etki ve güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımları, bu iki kutuplu sistem içinde dikey ve doğrudan yatay etki arasında bulunmaktadır. Bkz. §2. “*Dolaylı Yatay Etki Modelinde Yaklaşımlar*”

<sup>103</sup> Farklı hukuk sistemlerinde temel hakların özel hukuka etkisi modellerine ilişkin olarak, özellikle içtihat yoluyla farklı yöntemler tercih edilmiştir. Güney Afrika’da 1996 Anayasası’nın kabulüne kadar uygulama ve doktrinde birlik sağlanamamıştır. ABD’de ise yatay etki teorisi reddedilerek; devlet eylemi doktrini yerleşmiştir.

varsa bu etkinin nasıl olması gerektiğini ve nihayet devletin özel hukuk ilişkilerindeki rolünü açıklamayı amaçlamaktadır. Çalışmamızda “*temel hakların yatay etkisi*” modellerine ilişkin olarak, doktrindeki genel eğilim doğrultusunda “*doğrudan yatay etki*” ve “*dolaylı yatay etki*”<sup>104</sup> olmak üzere iki ana başlık altında inceleme yapılacaktır.<sup>105</sup> Bu

---

<sup>104</sup> Dolaylı yatay etki modeli, *zayıf* ve *güçlü dolaylı yatay etki* olmak üzere, genel olarak iki alt başlığa ayrılarak incelenmektedir. Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi’nin geliştirdiği *devlet eylemi doktrini*; doktrinde bazı yazarlar tarafından *dikey etki* kavramının bir izdüşümü olarak görülmekteyken, bir kısım yazarsa, bu teorinin *yatay etkinin* bir görünümü olduğunu belirtmektedir. Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilen *hükümet eylemi teorisi* de sıklıkla devlet eylemi doktrini ile karşılaştırılmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş bu teorinin de dikey etki görüşünün yansıması olduğu savunmaktadır. İlerleyen bölümde doktrindeki farklı yaklaşımlar üzerinde durularak *devlet eylemi* ve *hükümet eylemi* teorilerinin yukarıda belirtilen iki kutuplu diyagramdaki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır. Şimdilik, çalışma kapsamında incelenen ve özel hukuk alanında temel hakların nasıl bir etkisi olması gerektiği konusunda farklı yaklaşımlar tercih edilen Almanya, ABD ve Kanada örneklerinde genel olarak kişilerin, uyuşmazlıklarda anayasal haklara dayanamaması ve bu hakların kişiler üzerinde doğrudan etkide bulunamayacağı kabul edildiğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir. KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 243.

<sup>105</sup> Doktrinde yatay etki modellerini oldukça detaylandırılmış şekilde yapan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Young, bu sınıflandırmayı alt başlıklar hariç olmak üzere, altı ayrı başlıkta ele almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. YOUNG, Alison L., “*Mapping Horizontal Effect*”, **The Impact of the UK Human Right Act on Private Law**, David HOFFMAN (ed.), Cambridge, (2011).

inceleme sonucunda, bir hukuk sisteminde bireyin özgürlüklerinin korunmasına hizmet edecek en uygun olan model tespit edilmeye çalışılacaktır.

## A. DOĞRUDAN YATAY ETKİ MODELİ

Temel hakların özel hukukta da etkili olduğunu savunan *yatay etki* düşüncesi, Alman hukukundan doğmuş; diğer hukuk sistemlerindeki tartışmalara da çoğunlukla Alman doktrini yön vermiştir.<sup>106</sup> Temel hakların özel hukuk düzenindeki etkisinin açıklanması amacıyla ortaya atılan ilk görüş; *doğrudan yatay etki (direct horizontal effect) (Drittwirkung<sup>107</sup>-third party effect) modelidir*. Doğrudan yatay etki modeli, ilk olarak Alman hukukunda ortaya çıktığından, bu başlık altında öncelikle ve ağırlıklı olarak

---

<sup>106</sup> Almanya’da temel hakların yatay uygulamasının nasıl olacağı konusunda Federal İş Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi arasındaki ihtilaf, Anayasa Mahkemesi tarafından 1950’lerin sonlarında kesin olarak çözülmüştür. Yatay etki konusu; Kanada’da 1982 Hak ve Özgürlükler Şartı; Güney Afrika’da 1993 ve 1996 Anayasaları döneminde tartışılmıştır. Orta ve Doğu Avrupa’nın komünizm sonrası anayasalarında, dikey ya da yatay etki konusu, hükümetin toplumsal ve ekonomik hakların geliştirilmesi yönündeki pozitif ödevlerinden çok daha az ön plana çıkmasına rağmen yine de gündeme gelmiştir. GARBDAAUM, Stephen, “The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, December (2003), s. 393.

<sup>107</sup> *Drittwirkung* kavramı, ilk kez Ipsen tarafından 1954 yılında yayımlanan bir makalede kullanılmıştır. IPSEN, H.P., “Die Freiheitsrechte im Deutschland”, **Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Vol. II**, BETTERMANN, K.A., F.L. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY (ed.), Duncker & Humboldt, Berlin, (1954); Aktaran, ERGÜL, (2013), s. 439.

Alman doktrin ve uygulamasına yer verilmiştir. Bununla birlikte bu modelin kabul edildiği başka hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Örneğin, İrlanda Anayasası ve 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası, doğrudan yatay etki modelinin benimsendiği anayasalara örnek olarak gösterilmektedir. Bu nedenle esas itibarıyla Alman hukuku odak alınmakla birlikte, bu modelin uygulandığı kabul edilen Güney Afrika ve İrlanda örnekleri de incelenmiştir.

Bu modelin ortaya çıktığı *Alman hukukunda*<sup>108</sup>; 1949 Alman Temel Kanunu'nun<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Alman doktrininde temel hakların özel hukuk alanında uygulanmasına ilişkin ilk fikirlerin ortaya çıkma dönemi ve nedenleri rastlantı değildir. 1949 tarihli Alman Temel Kanunu 2. Dünya Savaşı ve nasyonal sosyalizme olan tepkiyi yansıtmıştır. Nitekim anayasanın başlangıcında bulunan temel haklar kataloğu, insan onuru ve insan haklarını vurgulamaktadır. Bu nedenle Almanya'nın özellikle 2. Dünya Savaşı dönemini içine alan tarihsel arka planını göz önüne almak gerekmektedir. BRÜGGREMEIER, Gert, "Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective", **Constitutionalisation of Private Law**, BARKHUYSEN, Tom, Siewert LINDENBERGH (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, (2006); FEDKTE, s. 125-126, 128-131; LOOSCHELDERS, Dirk ve MAKOWSKY, Mark, "The Impact of Human Rights and Basic Rights in German Private Law", **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Verica TRSTENJAK, Petra WEINGERL (ed.), Global Studies in Comparative Law, Vol. 15, Springer, (2016), s. 295-296; BELLING, İNCE, (2014), s. 4.

<sup>109</sup> Almanca'da aslında "anayasa" kavramının karşılığı olarak Verfassung kelimesi olmasına rağmen; 1949 yılında kabul edilen Anayasa, *Grundgesetz* olarak adlandırılmaktadır. Bu kavramın tam karşılığı olması ve literatürde de bu şekilde kullanılması nedeniyle,

kabulüyle temel hakların<sup>110</sup> özel hukuktaki etkisi üzerinde durulmaya başlanmıştır. Ancak, bu teoriyi destekleyen açık bir anayasal hüküm bulunmaması nedeniyle, konu doktrin ve uygulamadaki tartışmalarla şekillenmiştir.

Temel Kanun'un kabul edildiği döneme kadar özel hukuk, yasal düzenin asli ve özerk bir parçası ve anayasal düşüncelerden bağımsız olarak kabul ediliyordu. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'na ciddi bir değer verilmekte ve bu kanun hukuk alanında elde edilen en önemli başarı olarak görülmekteydi.<sup>111</sup> Anayasal hükümler ise, doğrudan uygulanabilir hukuk normu değil; genel rehber ilkeler olarak değerlendirilmekteydi. Bununla birlikte Temel Kanun'da, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, kamu hukuku veya özel hukuk alanını düzenlemesinden bağımsız şekilde her bir yasayı yargısal incelemeye tâbi tutarak, insan haklarını ihlal ettiği belirlendiği takdirde iptal edebileceği

---

çalışmada “Alman Temel Kanunu” kavramı kullanılmaktadır. LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 296.

<sup>110</sup> Bu çalışma kapsamında ve özellikle Alman hukukuna ilişkin açıklamalarımızda “temel hak” kavramının kullanılması, bu ülkede anayasaya “Temel Kanun” isminin verilmesinden kaynaklanmaktadır. Alman hukuk sisteminde temel hakların hukuki kaynağı olarak Temel Kanun, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve eyalet anayasaları görülmektedir. LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 296.

<sup>111</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 250.

düzenlenmiştir.<sup>112</sup> İşte, Temel Kanunu'nun *üstün* anayasa düzenine vurgu yapmasıyla birlikte tüm hukuk sistemi derinden etkilenmiş ve anayasaya bakış değişmiştir.<sup>113</sup>

Alman hukuk sistemi, üstün bir anayasanın varlığı, ihtisaslaşmış mahkeme sisteminin olması, temel haklarının ihlal edilmesi halinde kişilere anayasa şikâyeti yoluna başvurma imkânı tanınması gibi karakteristik özellikler taşımaktadır.<sup>114</sup> Anayasa şikâyetinin tanınmış olması, Anayasa Mahkemesi'nin hak koruyucu işlevini etkili hale getirmiş; özel hukuk uyuşmazlıklarının anayasal alana taşınmasını sağlayarak dikey etki

---

<sup>112</sup> FEDTKE, Jörg, “*Drittwirkung in Germany*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), s. 131; 1949 Alman Temel Kanunu m.100 - “*Norm Denetimi - ... geçerli olup olmaması hükme tesir edecek bir yasa ... Federal Anayasaya aykırılık halinde Federal Anayasa Mahkemesine, ilgili konuda karar vermek üzere başvurulur. Bu hüküm, eyalet hukukunun bu Anayasaya aykırı olması veya bir eyalet yasasının federal bir yasayla bağdaştırılmaması halinde de uygulanır.*”

<sup>113</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 132.

<sup>114</sup> Temel Kanun'un 20. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi gereğince, kişilerin kamu otoritelerinin eylem ve işlemlerine karşı yargıya başvuru hakkı bulunmaktadır. Temel Kanun'un 93/1-4.a hükmü ise kamu eylemi nedeniyle bir temel hakkı ihlal edilen kişiye Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyeti başvurusunda bulunma hakkı tanımaktadır. FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 136. Detaylı bilgi için bkz. KOMMERS, Donald P. ve MILLER, Russel A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press, Third Edition, (2012).

anlayışını zayıflatmıştır.<sup>115</sup> Ayrıca, yatay etki teorisinin esas olarak anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kavramına dayanması nedeniyle Alman hukuk sisteminin bu özellikleri yatay etki görüşünün filizlenmesine uygun ortamı hazırlamıştır.

“*Drittwirkung*” teorisine göre, özel hukuk uyumsuzluklarında, anayasada düzenlenen bir temel hakka *doğrudan* dayanılarak normatif sonuçlar elde edilebilir.<sup>116</sup> Dolayısıyla bu modele göre kişiler, diğer bireylerin hakları karşısında, anayasal haklarla doğrudan bağlıdır.<sup>117</sup> Bu kapsamda doğrudan yatay etki; “*kişilerin özel hukuk ilişki ve uyumsuzluklarında, yasalara ve yorum gerektiren diğer basamaklara bağlı kalmaksızın doğrudan temel haklara dayanabilmeleri*”<sup>118</sup> şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda, temel haklar devlete olduğu kadar kişilere de anayasal ödev ve yükümlülükler getirir. Temel haklar özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulandığında, kişiler bu haklara *saygı gösterme yükümlülüğü* altına girer. Hatta bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde, özel hukuk kişileri, haklara saygı gösterme yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle birbirlerini dava edebilirler. Bu halde, diğer kişiler tarafından temel hakların ihlal edildiğine ilişkin iddialar, özel hukuk alanındaki yasal düzenlemelere gerek duyulmaksızın ileri

---

<sup>115</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 134-5

<sup>116</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 242-243; TRSTENJAK, (2016), s. 8; ENGLE, Eric, “*Third Party Effect of Fundamental Rights*”, **Hanse Law Review**, Vol. 5, No. 2, (2009), s. 166-165; ŞİRİN, (2013), s. 352.

<sup>117</sup> PREUSS, Ulrich, “*The German Drittwirkung Doctrine*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, Andras SAJO, Renata UITZ (ed.), Eleven International Publishing, (2005), s. 25.

<sup>118</sup> GÖREN, (2001), s. 9; BELLING, İNCE, (2014), s. 5.

sürülebilir.<sup>119</sup> Böylece, doğrudan yatay etki modeli, anayasal ilke ve kuralların *özel hukuk alanına nüfuz ederek*, temel hakların tüm hukuk düzenini etkilemesine neden olmaktadır. Bir görüşe göre doğrudan yatay etki modeli, özel hukuk ve kamu hukuku ayırımını, anayasa hukuku kapsamında tamamen ortadan kaldırmaktadır.<sup>120</sup>

Doğrudan yatay etki görüşünün ilk savunucularından *Nipperdey*<sup>121</sup>, temel hakların, yalnızca anayasal yorum yoluyla değil, yasalara bağlı kalmadan ve direkt olarak özel hukuka uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşımda, temel haklara ilişkin normlar, yasalar ve diğer hukuk kurallarına başvurulmaksızın *doğrudan* uygulanmalıdır. Bu görüş, bir hukuki uyumsuzluk halinde, temel haklara aykırı sözleşme hükümlerinin de tıpkı anayasaya aykırı yasalar gibi geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmasını öngörmektedir. Yazara göre, temel haklar, anayasal normatif etkiye sahiptir; dolayısıyla bu haklara aykırı olan her türlü işlem “*yok hükmünde*” sayılmalıdır. Bir diğer

---

<sup>119</sup> ERGÜL, (2013), s. 441-442; CHEREDNYCHENKO, Olha O., “*Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementary?*”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, December (2007), s. 5, 22.

<sup>120</sup> GARBDALUM, (2003), s. 395.

<sup>121</sup> Yazar, temel hakların doğrudan etkisi teorisini eşit ücret konusunu ele aldığı bir makalesinde dile getirmiş ve Temel Kanunun birinci maddesinin dar yorumlanması ve bu hükümdeki “*insan onurunu koruma*” ifadesinin yalnızca devlete yönelik ele alınarak, temel hakların sadece yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı ileri sürülebileceği yönündeki görüşü eleştirmiştir. NIPPERDEY, Hans, “*Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*”, **Recht der Arbeit**, (1950), s. 121-28; Akt., ERGÜL, (2013), s. 444; BECKMANN, (2010), s. 268; ŞİRİN, (2013), s. 351; BRÜGGREMEIER, (2006), s. 65; BOYAR, (2013), s. 56.

görüŖ ise temel haklara aykırı olan işlemlerin, Alman Medeni Kanunu'nun 134. maddesi gereğince “*kesin hükümsüz*” olacağını belirtmiştir.<sup>122</sup> Uygulamada ise, örneğın Alman Federal İş Mahkemesi çeŖitli kararlarında, işçinin evlenme veya çalışma özgürlüğü gibi temel haklarını kullanmasını engelleyen sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağına işaret etmiştir.<sup>123</sup> Yaklaşım sal farklılıklarına rağmen bu görüşler, temel haklara aykırı işlemlerin *geçersiz* olması gerektiğı noktasında birleşmektedir.

Doğrudan yatay etki modelinde, uyumsuzluklarda kişilerin temel haklara doğrudan dayanması mümkündür. Ancak bu durum, temel hakların kişilerin davranışları ve işlemleri üzerinde *doğrudan* etkide bulunması ve nihayetinde bir hukuki ilişkide tarafların haklarının karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurur. Tarafların çatışan bu haklarının dengelenmesi ve kaçınılmaz olarak haklardan birine ağırlık verilmesi gerekir. Bu durumda söz konusu haklardan birinin mahkeme tarafından sınırlandırılması gerektiğinden, bu dengeleme faaliyeti belirli ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Örneğın genel itibariyle kabul edildiğı üzere, hakların dengelenmesi bakımından *ölçülülük ilkesi* oldukça önemlidir. Bu bağlamda, bir hakkın dengelenmesi ve sınırlandırılmasının ölçülü olması için *uygunluk, gereklilik ve orantılılık* gibi ilkelerin dikkate alınması gerekir.<sup>124</sup> Buna göre; temel hakların ihlal edilme derecesi; taraflardan

---

<sup>122</sup> BELLING, İNCE, (2014), s. 8.

<sup>123</sup> QUINT, Peter, “*Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*”, **Maryland Law Review**, Vol. 48, Issue 2, (1989), s. 259.

<sup>124</sup> ALEXY, Robert, “*Balancing, Constitutional Review, and Representation*”, **I-Con**, Vol. 3, S. 4, Oxford University Press and New York University School of Law, (2005), s. 572; ALEXY, (2012), s. 291-292.

birinin hakkına ağırlık verilmesi durumunda diğer hakkın sınırlandırılması gibi hususlar, kişilerin doğrudan temel haklara dayandıkları uyuşmazlıklarda göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>125</sup> Nitekim, temel hakların kişiler üzerindeki doğrudan etkisi, aynı zamanda bir hakkın sınırlandırılması sonucunu doğurabildiğine göre; bu sınırlandırmanın anayasa ve kanunlarda öngörülen sınırlar çerçevesinde olması, *hakkın özü* ve *insan onuru* gibi ilkeleri zedelememesi gerekmektedir.

Doğrudan etki modeli ilk olarak, Nipperdey'in mahkeme başkanı olmasının da etkisiyle, Alman Federal İş Mahkemesi tarafından benimsenmiştir.<sup>126</sup> Bu model, siyasi görüşü nedeniyle işten atılan bir işçinin başvurusu sonucunda, Federal İş Mahkemesi'nin 1954 tarihli bir kararına<sup>127</sup> dayanmaktadır. Mahkeme'ye göre temel haklar, taraflar arasında güç dengesini sağlayarak, bir tarafın üstünlüğü karşısında zayıf olanı korur. Bu bağlamda Mahkeme, Temel Kanun'un yasa önünde *eşitlik ilkesi* ve *ayrımcılık yasağını* düzenleyen 3. maddesi ve *düşünce özgürlüğünü* koruma altına alan 5. maddesi kapsamında, işverenin işten çıkarma hakkının sınırlandırılabilceği yönünde yorum

---

<sup>125</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 248.

<sup>126</sup> PREUSS, (2005), s. 23; FEDTKE, “Germany”, (2007), s. 139; GÖREN, (2001), s. 8; ALEXY, (2010), s. 356; ERGÜL, (2013), s. 444. Bununla birlikte, Nipperdey ve Federal İş Mahkemesi doğrudan etki modelini benimserken, Dürig ve Anayasa Mahkemesi dolaylı etki modelini savunmuştur. BARAK, Aharon, “Constitutional Human Rights and Private Law”, **Yale Law School Legal Scholarship Repository, Review of Constitutional Studies**, Vol. 3, No. 2, (1996), s. 244; BECKMANN, (2010), s. 270-271.

<sup>127</sup> BAGE 1, 185; FEDTKE, “Drittwirkung in Germany”, (2007), s. 139; BECKMANN, (2010), s. 268.

yapmıştır.<sup>128</sup> Bu kararın başta ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı bakımından olmak üzere özel hukuk alanında önemli sonuçları vardır: *Birincisi*, insan hakları, devlet-birey arasındaki dikey ilişkiye uygulanmasının yanında; özel hukuk alanına da *nüfuz ederek*, bu alandaki hukuki işlemler üzerinde etkili olmaktadır. *İkincisi*; temel haklar, sözleşmelerin yorumlanmasını ve geçerliliğini etkilemektedir. *Üçüncüsü*, doğrudan yatay etki, *özel hukuk kişilerinin sahip olduğu iktidar gücünün* makul olmayan biçimde kullanıldığı durumlarda bu gücün sınırlandırılmasına hizmet etmektedir.<sup>129</sup>

Nipperdey'e göre; temel haklar, tüm hukuk sistemini etkileyen, üstün, objektif, bağlayıcı anayasal hukuk kurallarıdır ve “*mutlak bir etkiye*” sahiptirler.<sup>130</sup> Dolayısıyla özel hukuk kişilerinin, bu haklara uygun davranma ve hakları ihlal etmeme yükümlülüğü

---

<sup>128</sup> Temel Kanun'un 3/3 maddesine göre “...*Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınmaz.*”; 5/1 maddesine göreyse “...*Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engelle uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır.*”; Dava sonucunda işverenin haklı olduğuna ve davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemenin bu yorumu doğrudan yatay etki anlayışının temellerini oluşturmaktadır. PREUSS, (2005), s. 24.

<sup>129</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, Mahkeme bu kararında yalnızca eşitlik ilkesi ve ifade özgürlüğü kapsamında inceleme yapmış ve diğer hakların etkisini değerlendirirken seçici bir yaklaşımın gerekli olabileceğini ifade etmiştir. FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 140-141.

<sup>130</sup> NIPPERDEY, Hans C., **Grundrechte und Privatrecht**, (1961), s. 24; Aktaran, ALEXY, (2010), s. 356; GÖREN, (2001), s. 9.

bulunmaktadır. Federal İş Mahkemesinin de yaklaşımı doğrultusunda, bireylerin bir hukuki ilişkide temel haklarına dayalı talepleri öne sürmeleri için, bu hakların yasalarda tanınmasına veya yasa hükümlerinin anayasaya uygun şekilde yorumlanmasına ihtiyaç duyulmaması gerekir. Anayasadaki temel haklar, “*yorum gerektiren ara basamaklara gerek duyulmaksızın*” özel hukuk ilişkilerine *doğrudan* uygulanmalıdır.<sup>131</sup>

Federal İş Mahkemesi, 1954 tarihli bu kararında temel hakların doğrudan yatay etkisini oldukça sınırlı şekilde anlamış ve yetkisini aşmamaya özen göstermiştir. Nitekim *her temel hakkın doğrudan yatay etkisi bulunmadığına* işaret eden Mahkeme’ye göre, bir hakkın özel hukuk kişileri üzerindeki etkisinin niteliğini anlamak için, her somut olay açısından ayrı değerlendirme yapılması gerekir.<sup>132</sup> Bu karardan itibaren, özellikle doğrudan yatay etkinin geniş bir çevrede eleştirilmesi nedeniyle<sup>133</sup>, Alman hukukundaki tartışmalar uzun süre devam etmiştir. Temel hakların özel hukuk alanında dolaylı yatay etkisini savunanların da etkisiyle, yüksek mahkemeler arasında uygulama birliği de bir süre sağlanamamıştır. Nihayet, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu konudaki ihtilafa 1958 tarihli *Lüth* kararıyla son vererek *temel hakların dolaylı yatay etkisini* kabul etmiştir.<sup>134</sup> İlerleyen kısımda ayrıntılı şekilde incelendiği üzere, bu modelin aksine, *dolaylı yatay etki modeli* kapsamında, temel haklar kişiler üzerinde doğrudan etkili değildir ve anayasal ödev ve yükümlülükler doğurmamaktadır. Aksine bu modelde temel hakların özel hukuk alanındaki etkisi, yasalar ve mahkeme kararları gibi yollarla *dolaylı*

---

<sup>131</sup> GÖREN, (2001), s. 9-10; ERGÜL, (2013), s. 442; BELLING, İNCE, (2014), s. 7.

<sup>132</sup> NIPPERDEY, (1950), s. 121-124; Akt., ŞİRİN, (2013), s. 354.

<sup>133</sup> Doğrudan yatay etki modeline getirilen eleştiriler için bkz. §1, A, 2. “*Doğrudan Yatay Etki Modeline Yöneltilen Eleştiriler*”

<sup>134</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958). Kararın incelemesi için bkz. §1, B, “*Dolaylı Yatay Etki Modeli*”; bkz. 3. Bölüm §2, B, 1 “*Ekonomik Haklar*”.

şekilde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin *Lüth* kararıyla benimsediği dolaylı yatay etki modelinde, temel hakların özel hukuk alanındaki etkisinin, doğrudan yatay etki görüşünün aksine *daha sınırlı* olduğu ifade edilebilir.

Temel hakların özel hukuka doğrudan etkisine örnek olarak gösterilebilecek **Güney Afrika**; 1983 Anayasası, 1993 tarihli “*Geçici (Interim)*” Anayasa ve 1996 tarihli “*Son (Final)*” Anayasa olmak üzere, ciddi anayasal değişiklikler içeren bir dönem geçirmiştir. Bu ülkede temel hakların yatay etkisi meselesi ilginç bir seyir izlemiş ve yeni anayasa arayışları, ülkede çok yönlü tartışmalara yol açmıştır. Özellikle 1993 Anayasası döneminde en çok tartışılan meselelerden biri, temel hakların özel hukukta nasıl ve ne derecede etkili olması gerektiğidir. Bu tartışmaların sonucunda *1993 Geçici Anayasası*'nda temel hakların “*dolaylı yatay etkisi*” kabul edilmiş, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de bu yönde yorum yaparak, hakların özel hukukta *dolaylı* şekilde etkili olması gerektiğine karar vermiştir. Ancak 1993 Anayasası'ndaki düzenleme ve Anayasa Mahkemesi'nin kararına rağmen tartışmalar sona ermemiştir. Yapım sürecinde Alman Temel Kanunu başta olmak üzere birçok ülkedeki anayasal gelişmelerin etkili olduğu<sup>135</sup> *1996 Anayasası*'nda ise doktrin ve uygulamada çoğunluğu oluşturan görüşün de etkisiyle, “*doğrudan yatay etki modeli*” benimsenmiştir. Bu nedenle Güney Afrika örneği bu kısımda doğrudan yatay etki modelinin bir örneği olarak incelenmişken, ilerleyen kısımda ise dolaylı yatay etki modelini kapsamında değerlendirilmektedir.

Güney Afrika'da *doğrudan yatay etki modelini* savunan görüşün dayandığı üç önemli temel bulunmaktadır: *Birincisi*, bu ülkede geçmiş dönemlere dayanan ayrımcılık

---

<sup>135</sup> Ülke hukuku üzerindeki Birleşik Krallık izleri bu anayasanın yapımıyla silinmeye başlamış ve parlamentonun üstünlüğünden anayasanın üstünlüğü anlayışına geçilmiştir. FEDKTE, s. 353.

sorunudur. Ayrımcılığa karşı anayasal düzeyde güvence sağlanmadığı takdirde, temel hakların yeterli şekilde korunamayacağı ve bu durumda ayrımcılık sorununun özel hukukun koruma alanında devam edeceği düşünülmektedir. Buna karşın temel hakların anayasal güvence çerçevesinde özel hukuk ilişkilerine *doğrudan* uygulanması, kişilere yasalarla gerçekleştirilemeyen korumayı sağlamaktadır. *İkinci dayanak*, doğrudan yatay etki anlayışının kamu hukuku-özel hukuk arasında ayırım yapma gereğini ortadan kaldırmasıdır. Böylece temel hakların anayasal düzeyde korunmasının, tüm hukuk alanı üzerinde mümkün olabileceği düşünülmektedir. Temel hakların tüm hukuk düzeninde ve her türlü hukuki ilişkide doğrudan uygulama alanı bulması sayesinde, bu hakların uygulanması bakımından hukuki kesinlik sağlanabilecektir. Doğrudan yatay etki modelini savunan görüşün dayandığı *bir diğer argüman ise*, temel hakların özel hukukta doğrudan etkili *olmamasının* hukuki güvenlik açısından çelişkili bir durum yaratmasıdır. Bu düşünceye göre temel hakların, yasama organını tam olarak bağlamasına rağmen, özel hukuk alanını düzenleyen *common law* kuralları üzerinde sınırlı şekilde etkili olması çelişkili bir durum yaratmaktadır. Bu durumda, *common law* kurallarının temel haklara uygunluğu sağlanamamaktadır. Dolayısıyla hakların *tüm hukukta ve her düzeyde* etkili olması gerekir. Tüm bu olgular göz önüne alındığında, temel hakların *doğrudan yatay etkisi* olduğu kabul edilmelidir.<sup>136</sup>

Bu sebeplerle 1996 Anayasası'nda *doğrudan yatay etki modeli* kabul edilmiştir. Ancak Anayasa'nın bu tercihi yansıtan "*Haklar Bildirgesi*" (*Bill of Rights*) (*Bildirge*) bölümündeki bazı hükümler doktrinde eleştirilmekte ve hangi yatay etki modelinin

---

<sup>136</sup> FEDKTE, s. 362.

uygulanması gerektiği konusunda çelişkili yorumlara neden olmaktadır. Bildirge'nin temel hakların hukuk düzenindeki etkisine ilişkin bu hükümlerinin, *doğrudan mı yoksa dolaylı yatay etki modelini mi yansıttığı konusunda* doktrinde bir görüş birliği oluşmamıştır.<sup>137</sup>

Öncelikle; Anayasa'nın "*Anayasa'nın Üstünlüğü*" başlıklı 2. maddesinde, "*anayasaya aykırı yasa ve eylemlerin geçersiz olduğu*" düzenlenerek, *temel hakların üstünlüğüne* vurgu yapılmıştır. Ayrıca 7. madde kapsamında, Bildirge'de yer alan haklar, devletin "*saygı duyması, koruması, teşvik etmesi ve yerine getirmesi*" gereken (7/2) "*demokrasinin temel taşı*" (7/1) olarak nitelendirilmiştir.

Anayasanın üstünlüğü ve temel hakların niteliğine ilişkin bu hükümlere ek olarak, 8. maddenin doğrudan yatay etki modelini yansıttığı kabul edilmektedir. Bu madde kapsamında, "*...Anayasa'nın, tüm hukuka uygulandığı ve tüm devlet organlarını (8/1); ... hakkın niteliği ve getirdiği yükümlülükler göz önünde bulundurularak ... gerçek ve tüzel kişileri bağladığı ... (8/2)*" belirtilerek, temel hakların *doğrudan yatay etkisi* düzenlenmiştir. Bu maddenin devamında ayrıca, "*mahkemelerin common law'u anayasa bağlamında geliştirmekle yükümlü olduğu... (8/3)*" belirtilmiştir.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> TUSHNET, (2003), s. 80.

<sup>138</sup> FEDKTE, s. 354; CHIRWA, Danwood Mzikenge, "The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective", **Law, Democracy & Development**, (2006), s. 37; FUTCH, Delisa, "*Du Plessis v. De Klerk: South Africa's Bill of Rights and The Issue of Horizontal Application*", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 22, N. 3, (1997), s. 1034.

Görüldüğü gibi Bildirge'nin 8/2 hükmü, ancak ilgili hakkın niteliği ve somut olaya uygulanabilirliği ölçüsünde özel hukuk kişilerinin bu haklarla bağlı olduğuna vurgu yapmaktadır. Aslında bu düzenleme, Bildirge'nin, özel hukuk kişileri arasındaki *yatay ilişkilerde uygulanmaya elverişli hakların dışında*, yalnızca birey-devlet ilişkisinde uygulanabilecek nitelikteki hakları içermesinden kaynaklanır.<sup>139</sup> Bu bağlamda, 8/2 hükmü temel alındığında, *bir özel hukuk kişinin anayasal haklarla bağlı olması için belli şartların oluşması gerekir*; Mahkemeler öncelikle varsa ilgili haklara ilişkin yasaları uygulamalıdır. Bir yasal düzenleme bulunmadığı ve ilgili hakkın özel hukuk kişilerini bağladığına karar verildiği takdirde, bu hakkın niteliğine göre, Anayasa uygulanmalıdır.<sup>140</sup> Bu bağlamda mahkemeler Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında

---

<sup>139</sup> Örneğin 9. maddeye göre, *hiç kimsenin doğrudan veya dolaylı şekilde bir başkasına karşı ayrımcılık yapması mümkün değildir*.<sup>139</sup> Bu hükmün kaleme alınış biçimi değerlendirildiğinde hem devleti hem de özel hukuk kişilerini bağladığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, gözaltı, tutuklama gibi işlemlerden kaynaklanan hak ihlallerine ilişkin başvurularda doğal olarak dikey etki anlayışı geçerli olacaktır. Güney Afrika Anayasası, madde 9/4; *“No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.”*; FEDKTE, s. 374; CLAPHAM, (2006), s. 458-459.

<sup>140</sup> Temel haklar, özel hukuk kişilerini de bağlayacak şekilde kaleme alınmış olabileceği gibi, belirsiz bir şekilde düzenlenmiş olabilir. Bu durumda 8/2 hükmü kapsamında ilgili hakkın niteliği de göz önünde bulundurularak, özel hukuk kişilerine uygulanabilirliği konusunda inceleme yapılması gerekmektedir. CHEADLE, (2005), s. 70-71.

öngörülen hakların sınırlandırılması rejimine uygun şekilde *common law*'u geliştirmelidir.<sup>141</sup>

Bununla birlikte, Anayasa'nın 39. maddesi ele alındığında, 8. madde kapsamında temel hakların özel hukuk alanına doğrudan etkisinin düzenlendiğine ilişkin bu argüman zayıflamaktadır. Nitekim Anayasa'nın "*Haklar Bildirgesi'nin Yorumlanması*" başlıklı 39. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Her mahkeme, bir yasa'yı yorumlarken, common law veya teamül hukukunu geliştirirken Haklar Bildirgesi'nin ruhunu, anlamını ve amacını desteklemelidir.*" Bu hüküm, bir hakkın özel hukuk kişilerine uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesi için özellikle yargı organları tarafından ilgili yasanın yorumlanmasını gerektirir. Bir görüşe göre, 8/2 hükmünün hakların *doğrudan yatay etkisine* atıf yapmasına karşın; m. 39/2, **anayasal değerlerin** göz önünde tutulmasına işaret ederek, *common law* bakımından *dolaylı yatay etki modelini* destekleyecek şekilde kaleme alınmıştır.<sup>142</sup> *Doğrudan yatay etki*, mahkemelere anayasaya aykırı yasa hükümlerini "*geçersiz kılma*" ve haklara karşı tehdit içeren her eylem ve işleme karşı anayasal bir çare bulma yetkisi vermektedir. Buna karşılık, *dolaylı yatay etki*, genel mahkemelere yasaları geçersiz sayma yetkisi vermediği gibi, hak ihlalleri karşısında kendi çözümlerini üretmemektedir. Dolaylı yatay etki modeli bunun yerine, yasaların Anayasa ile kurulan "*objektif değer sistemi*"ne uygun olarak yorumlanmasını

---

<sup>141</sup> CHEADLE, (2005), s. 73-77.

<sup>142</sup> CHIRWA, (2006), s. 38. Bir görüşe göre 8. madde hükmü, Anayasa ve Bildirge'nin dolaylı yatay etkisinin kabul edilmesine zemin hazırlamaktadır. FUTCH, (1997), s. 1036.

sağlamaktadır.<sup>143</sup> Bu bağlamda, 8 ve 39. maddeler birlikte düşünüldüğünde Anayasa'nın özel hukuka *dolaylı* şekilde uygulanması gerekir.<sup>144</sup>

Bir diğer görüş ise, aynı yönde yorum yaparak, 8. maddenin *doğrudan*, 39. maddenin ise *dolaylı yatay etki modeline* izin verdiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemeler yorumlandığında, bu görüş, ülkenin anayasal sisteminin hem doğrudan hem de dolaylı yatay etki modeline uyum sağladığını savunmaktadır.<sup>145</sup> Farklı görüşler nedeniyle, ilgili maddelerin yorumlanmasında birlik oluşmamış ve Güney Afrika hukuk sisteminde hangi yatay etki modelinin geçerli olduğu netlik kazanamamıştır.

Anayasal hakların özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemlerini *doğrudan* etkilediği

---

<sup>143</sup> “*Objektif değerler sistemi*” kavramı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1958 tarihli Lüth kararında geliştirilmiş olup Güney Afrika'da dolaylı yatay etki modelini destekleyen yazarlar tarafından da benimsenmiştir. CHIRWA, (2006), s. 39. Ayrıntılı bilgi için bkz. §1, B, “*Dolaylı Yatay Etki Modeli*”

<sup>144</sup> SAUNDERS, Cheryl, “*Constitutional Rights and The Common Law*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, Andras SAJO, Renata UITZ (ed.), Eleven International Publishing, (2005), s. 207.

<sup>145</sup> Örneğin Currie ve De Waal, 8. Maddenin doğrudan, 39. Maddenin ise dolaylı uygulamaya izin verdiğini savunmaktadır. CURRIE I., J. De WAAL, **The Bill of Rights Handbook**, 5th ed., (2005), s. 50; Aktaranlar, CHIRWA, (2006), s. 39; RISHWORTH, Paul, “*Taking Human Rights into the Private Sphere*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge- Cavendish, London-New York, (2007), s. 340-341; CLAPHAM, (2006), s. 459-460.

düşüncesinin benimsendiği bir diğer örnek ise **İrlanda** hukuk sistemidir. İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne göre; “*İrlanda Anayasası, devlet ve kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından anayasal hakları ihlal edilen kişilere dava hakkı tanımaktadır.*” Bu yorum bağlamında Yüksek Mahkeme, anayasal hakların *doğrudan yatay etkisini* açıklamak amacıyla “*anayasal haksız fiil*”<sup>146</sup> kuramını geliştirmiştir. Bu kurama göre, anayasal bir hakkı ihlal edilen ve bu ihlalden dolayı zarara uğrayan kişi, karşı taraftan tazminat talep edebilir.<sup>147</sup> Ayrıca Mahkeme'ye göre, “*Devlet, vatandaşın kişisel haklarını korumak, hakların kullanılmasına saygı göstermek ve bu hakları mümkün olduğu kadar yasalar ve mahkeme kararlarıyla güvence altına almakla yükümlüdür.*” Bu yorumun, özel hukuk kişisi tarafından anayasal hakkı ihlal edilen kişilere, karşı taraf aleyhine anayasal mekanizmaları işletme hakkı getirdiği belirtilmektedir.<sup>148</sup> Örneğin, *Crowley vs. Irish National Teachers Organisation* davasında; öğretmenler, grev haklarını kullanarak eğitim vermeyi reddetmiştir. Ancak öğrencilerin diğer bir okula nakli de sağlanamamıştır. İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne göre, eğitim verilmesinin reddedilmesi ve naklin sağlanamaması öğrencilerin eğitim hakkını ihlal etmektedir.<sup>149</sup> Yüksek Mahkeme

---

<sup>146</sup> O’CINNEIDE, Colm, “*Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect – A Successful Experiment?*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), s. 214.

<sup>147</sup> [1973] IR 121, 133.

<sup>148</sup> *Hosford v. John Murphy & Sons*, [1987] I.R. 621, 626. Bu hukuk sisteminde, örgütlenme özgürlüğü, cinsiyete bağlı ayrımcılığının önlenmesi gibi hak ve ilkelerin *yatay etkisi* olduğu kabul edilmektedir. GARBDAM, (2003), s. 396.

<sup>149</sup> 1980, I.R. 102; Akt., CHIRWA, (2006), s. 36.

*Educational Company of Ireland Ltd v Fitzpatrick* kararında da bireylerin karşı tarafın haklarına saygı gösterme yükümlülüğü açıkça belirtmiştir: “... kişinin anayasada tanınmış bir hakkı var ise bunu sağlamak, korumak ve desteklemek mahkemelerin görevidir. Bu bağlamda her vatandaşın kurallara uyması ve anayasada tanınmış bir hak söz konusu ise diğer kişilerin bu hakka saygı göstermesi ve müdahale etmemesi gerekmektedir. Aksinin iddia edilmesi, bir kişinin anayasayı yok sayabileceği ve temel yasanın değersiz olduğu anlamına gelecektir.”<sup>150</sup>

Doğrudan yatay etki modeli, farklı hukuk sistemlerinin doktrin ve uygulamasında, destekleyici görüşlerle geliştirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu modele getirilen birtakım eleştiriler ise *dolaylı yatay etki modelinin* öne çıkmasında etkili olmuştur. Özellikle özel hukukun özerk niteliğini kaybederek anayasa hukukunun alt dalı haline geleceğine ve bireyin özerkliğinin zedeleneceğine dair endişeler doğrudan yatay etki modelinin kabul edilmesini güçleştirmiştir.

Doğrudan yatay etki modelinin kabulündeki etkenlerin ve bu modele yöneltelen eleştirilerin bir arada incelenmesi, modelin uygulamadaki elverişliliğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Çalışmanın bu kısmında, öncelikle doğrudan yatay etki modelinin dayanaklarına ve ardından bu modele getirilen eleştirilere yer verilmektedir.

## **1. DOĞRUDAN YATAY ETKİNİN DAYANAK NOKTALARI**

Doğrudan yatay etki, doktrinde ve yüksek mahkeme içtihatlarında farklı açılardan savunulmuştur. Bu kısımda doğrudan yatay etki uygulaması hakkında, genel anlamıyla benzerlik gösteren argümanlar bir araya getirilerek, modelin detaylı bir haritasının çıkarılması amaçlanmaktadır.

---

<sup>150</sup> 1961, I.R. 368; Akt., CHIRWA, (2006), s. 35.

Bu modeli destekleyen görüşlerden *ilkine* göre, temel haklar yalnızca devlete karşı ileri sürülen *savunma hakkı* niteliğinde değildir. İnsan onurunun korunması gereği karşısında, temel hakların sadece devlet karşısında korunması, bu hakların gerçek amacına hizmet etmemektedir. Bu bakımdan, kişilerin davranışları, anayasal denetime konu edilerek, temel haklar özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etkili olmalıdır.<sup>151</sup> *İkinci olarak*; anayasal hükümlerin geniş ve soyut ifadelerle düzenlenmiş olması, temel hakların yükümlüsünün belirlenmesini güçleştirmektedir. Soyut şekilde kaleme alınmış anayasal hükümlerin yalnızca devletin eylem ve işlemleri üzerinde etkili olması, bireyleri diğer kişilerden gelebilecek tehditlere karşı savunmasız bırakmaktadır. Ancak niteliğine göre bu haklar devletin yanında kişileri de bağlayabilir. *Üçüncüsü*; temel hakların aslen devlet iktidarına yönelik olduğu kabul edilse dahi, toplumsal hayatı düzenleyen farklı iktidar tipleri<sup>152</sup> olduğuna göre bu hakların devlet dışındaki iktidarlara karşı da korunması gerekmektedir.<sup>153</sup> *Son olarak*, doğrudan yatay etkinin kabulüyle, mahkeme kararlarının yeknesak hale geleceği ve böylelikle hukuki güvenlik ve belirliliğin sağlanacağı düşünülmektedir.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> CHEADLE, (2005), s. 62; ŞİRİN, (2013), s. 353; BELLING, İNCE, (2014), s. 9.

<sup>152</sup> Siyasi iktidar ve iktidar kavramları hakkında kapsamlı bilgi için, bkz., KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 56. Baskı, BB101 Yayınları, (2017), s. 55 vd.; bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, (2017), s. 78 vd.

<sup>153</sup> ŞİRİN, (2013), s. 353.

<sup>154</sup> BARAK, (1996), s. 228-229.

## a. İnsan Haklarının Niteliği Gereği Korunması

İnsan hakları, bütün insan topluluklarının temelini oluşturan, bireyin iradesi ve bütünlüğüne ilişkin özerkliğinden ve insan onurundan kaynaklanan özgürlüklerdir.<sup>155</sup> Özgürlüğün vazgeçilmez unsurları olan bireysellik ve irade özerkliğinin devletin teminatı altında olması ve devlet tarafından korunması gerekir.

Daha çok özel hukuk işlemlerinde karşımıza çıkan bir kavram olan *irade özerkliği*, tarafların serbest iradelerine göre hareket etmelerine işaret eder. İrade özerkliğinin, insan hakları bağlamında ifade ettiği değerin anlaşılması için, bu kavram insan hakları teorisinde de yer bulan “*irade teorisi*”yle açıklanabilir. İrade teorisi; insan haklarını açıklamak için toplum sözleşmesi gibi kavramlara başvurmaksızın doğrudan insanın varlığını ele alır. Her siyasi topluluğun amacı insandır; dolayısıyla devletin varlık amacı da insanların ortak menfaatlerini sağlamaktır. Bir kişinin en önemli menfaatlerinden olan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, başkalarının haklarını zedelememek ve her türlü sorumluluğu yüklenmek kaydıyla arzu edildiği gibi kullanılabilir.<sup>156</sup> Bu kapsamda irade teorisi, “*Bir hakka sahip olma; başkalarının ne yapabileceğinin ve yapamayacağını*

---

<sup>155</sup> Alman Temel Kanunu, m. 1 hükmüne göre, “... *dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.*” **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, RUMPF, Christian, UZAR, Gökçe (Çev.), (2012); CLAPHAM, (2006), s. 533; GÖREN, (2001), s. 9.

<sup>156</sup> KAPANİ, (1993), s. 39.

*belirleme ve böylece belli bir alanda otorite uygulama iktidarı*” şeklinde ifade edilebilir.

Bu teoriye göre, bireyin iradesi, hukuken korunan tercihleridir.<sup>157</sup>

İrade teorisi, bireye, diğer bir kişinin ödev veya yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda *talep hakkı* sağlamaktadır. Dolayısıyla, bu teorinin özel hukuk alanındaki ilişkilerde daha uygulanabilir olduğu söylenebilir. Çünkü yalnızca özel hukuk ilişkilerinde bireyler, diğer kişilerin ödevlerini yerine getirmemesi durumunda kontrol ve talep hakkına sahip olabilirler. Örneğin, Hart’a göre; hak sahipleri, diğer kişilerin kendilerine borçlu olduğu haklardan vazgeçebileceği gibi, ilgili ödevin cebren yerine getirilmesini sağlayabilirler. Ayrıca kişiler, ihlalin yol açtığı zararın giderilmesini talep edebileceği gibi tazminat hakkından vazgeçebilirler.<sup>158</sup> Bu özellikleri bağlamında irade teorisi, aslen tazminat hukuku kapsamında değerlendirilebilirse de, niteliğine uygun düştüğü ölçüde temel haklar için de uygulanabilir.

Özel hukuk ilişkilerinde tarafların eşit olmaması halinde, zayıf olan tarafa birtakım hükümlerin dayatılması ihtimali, bireyin haysiyet ve onurunun korunmasını

---

<sup>157</sup> ALEXY, (2012), s. 284; ERDOĞAN, (2012), s. 17-18; SUNAY, (2013), s. 17.

<sup>158</sup> HART, H. L. A., “*Legal Rights*”, **Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory**, HART, H. L. A., Oxford Clarendon Press, (1982), s.183-184; HAREL, Alon, “*Theories of Rights*”, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, GOLDING, Martin P., William A. EDMUNDSON (ed.), Blackwell Publishing, (2005), s. 194; ERDOĞAN, (2012), s. 19.

zorunlu hale getirmektedir.<sup>159</sup> İrade özerkliğinin sağlanması bakımından, devletin öncelikle bireyi yasalar yoluyla koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Daha kapsayıcı olan görüşe göre ise devlet, özel hukuk alanında yasa koyucu, uygulayıcı veya yargıç olarak hareket ederken temel haklara saygı göstermekle yükümlüdür. Böyle bir savunma; devletin, bireyleri, kamu gücünü kullananlar dışındaki kişilere karşı da koruması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Dolayısıyla devlet; özel hukuk alanına ilişkin düzenlemeler yaparken veya uyuşmazlıkları çözerken, temel hakları dayanak almalıdır.<sup>160</sup>

## **b. Anayasal Hükümlerin Muhatabı ve Yükümlüsünün Belirsiz Şekilde**

### **Kaleme Alınması**

Doğrudan yatay etki modeli, temel hakların anayasalarda düzenleniş biçimlerinden; bir diğer deyişle anayasanın lafzından yola çıkılarak oluşturulmuştur. Dolayısıyla, bir hakkın etkisinin ölçülmesi için, ilgili hak anayasada düzenlenirken tercih edilen dilin, hakkın muhatabı veya yükümlüsü olarak kimi işaret ettiği önem kazanmaktadır.<sup>161</sup> Birçok anayasal hüküm kapsamlı bir dille hazırlandığından; bu hükümlerin yalnızca devlete yöneltildiğini savunmak oldukça güçtür. Kime yöneltildiği, muhatabının kim olduğu açık şekilde belirtilmeyen hükümlerle, doğrudan devleti muhatap alan anayasal hükümler arasında farklılık olduğu kabul edilmelidir. Bir anayasal

---

<sup>159</sup> ONDREJEK, Pavel, “A Structural Approach to The Effect of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 13, Issue 2, (2017), s. 295.

<sup>160</sup> STARCK, Christian, “Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court”, **Human Rights in Private Law**, Daniel FRIEDMANN ve Daphne BARAK-EREZ (ed.), Hart Publishing, (2001), s. 97-98; ERGÜL, (2013), s. 444.

<sup>161</sup> ERGÜL, (2013), s. 440.

normun lafzından hakkın muhatabının belirlenememesi; bir kısım yazar ve uygulayıcı tarafından, bu hakların özel hukuk kişilerini de kapsayıcı şekilde değerlendirilmesi ve doğrudan uygulanması gerektiği şeklinde yorum yapılmasına neden olmuştur.

Anayasal düzenlemelerde tercih edilen dil, farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. *Öncelikle*, bir temel hak, *yalnızca* devleti muhatap alarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumda, bu hakkın özel hukuk alanında etkili olmadığı kabul edilmektedir. Bir diğer deyişle bu hak, özel hukuk kişilerine ödev yüklememekte, yalnızca devlet-birey arasındaki dikey ilişkide uygulanmaktadır. *İkinci olarak*, açıkça belirtilmemekle birlikte ilgili hakkın devlet dışındaki kişileri de etkilediği düşünülen kapsayıcı bir dil tercih edilebilir. Bu durumda anayasal hüküm, hakkın yükümlüsünü doğrudan işaret etmediğinden, uygulamada tartışmalara neden olmaktadır. Bir görüşe göre, bu halde hak ancak dikey şekilde etkili olabilir, özel hukuk alanına yansıtılamaz. Karşıt görüş ise daha genişletici bir yorum yapmakta ve hakkın niteliği göz önüne alınarak, özel hukuk kişilerine de doğrudan uygulanmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, kişiler anayasanın oluşturduğu sınırlar içinde hareket etmekle yükümlüdürler; dolayısıyla temel haklara saygı göstermeleri gerekir. Yalnızca devlet değil, diğer kişiler de temel haklarla bağlıdır ve bu durum hakların özel hukuk kişileri üzerinde doğrudan etkili olması sonucunu doğurur. *Son olarak* anayasa, bir hakkın muhatabı olarak, “*doğrudan*” kişileri de gösterebilir.<sup>162</sup> Bu halde özel hukuk alanındaki ilişki ve

---

<sup>162</sup> Örneğin, Alman Temel Kanunu’na göre dernek kurma özgürlüğünü engelleyen sözleşmeler geçersizdir. İsviçre Anayasası ise *eşit işe eşit ücret ilkesini* anayasal bir hüküm haline getirmiş ve kadın-erkek arasındaki ücret eşitsizliğini anayasal düzeyde çözmeyi amaçlamıştır. Bu tip anayasal hükümlerin özel hukuk işlemleri üzerinde etkili olması ve

uyuşmazlıklarda, kişiler doğrudan temel haklarına dayanarak bunları talep konusu edebilirler.<sup>163</sup>

### c. Özel Hukuk Kişilerinin İktidar Kullanımından Kaynaklanan Hak İhlalleri

İnsan haklarının anayasalarda yer bulduğu ilk dönemlerde, hakların devlet dışındaki kişiler tarafından ihlal edilmesi ihtimali düşünülmemiştir. Ancak günümüzde, bu düşüncenin arkasına saklanmamak gerekir. Zira toplumda alternatif güç ve iktidar odakları vardır. Temel haklar anayasalarda düzenlenmekle *objektif üstün norm* niteliği kazanır, dolayısıyla bu hakların tüm hukuk düzeni ve organlar bakımından bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan temel haklar, yalnızca devlete değil, *herkese* karşı ileri sürülebilen “*savunma haklarıdır*”. İnsan haklarının anayasalarda düzenlenmesinin sebebi, bu haklara en üstün hukuki güvenceyi sağlamak olduğuna göre, özel hukuk ilişkilerinde de bu hakların korunması ve “*doğrudan*” etkili olması bir gerekliliktir.<sup>164</sup>

---

doğrudan uygulanması mümkündür. FEDTKE, (2007), s. 128; GÖREN, (2001), s. 16; ERGÜL, (2013), s. 443; SUNAY, (2013), s. 77;

<sup>163</sup> BARAK, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (ed.), Hart Publishing, (2001), s. 14; ERGÜL, (2013), s. 441. Örneğin İHAS kapsamında düzenlenen hakların muhataplarının da bazı istisnalar dışında “*herkes*”, “*hiç kimse*” gibi belirsiz şekilde düzenlendiği görülmektedir. Doktrinde bu hakların da doğrudan etkisinin olduğuna yönelik görüşler bulunmaktadır. ŞİRİN, (2013), s. 354.

<sup>164</sup> GÖREN, (2001), s. 11; BELLING, İNCE, (2014), s. 9; ERGÜL, (2013), s. 446-447.

Bununla birlikte, doğrudan yatay etki modelinin uygulanması gerektiğini savunan Nipperdey ve kararlarında Federal İş Mahkemesi de *her temel hakkın doğrudan yatay etkisi bulunmadığına* işaret etmektedir. Buna göre bir hakkın özel hukuk kişileri üzerindeki etkisinin niteliğini anlamak için, her somut olay açısından ayrı değerlendirme yapılması gerekir.<sup>165</sup> Nitekim Alman hukukunda temel haklara ilişkin hükümler, hakkın muhatabı bakımından genelde belirsiz şekilde kaleme alınmıştır.<sup>166</sup> Bu nedenle *Drittwirkung* kavramı, Temel Kanun'un "*İnsan Onur ve Haysiyetinin Korunması*" başlıklı m. 1 hükmü bağlamında geliştirilmiştir. Bu hükme bağlı kalınarak; devletin temel haklarla bağlı olması karşısında, özel kişilerin de evleviyetle bağlı olması gerektiği yorumu yapılmıştır.<sup>167</sup> Bu görüşe göre, temel haklar, anayasal üstün normlar olmaları nedeniyle tüm hukuk sistemi üzerinde etkilidir ve özel hukuk kişilerine aracısız ve doğrudan uygulanmalıdırlar. Geçmişte haklara yönelik tehditler devletten gelmekteyken, devletin birçok hizmetin gerçekleştirilmesini özel hukuk alanında faaliyet gösteren kişi ve şirketlere bırakmasıyla, artık güç odakları değişkenlik göstermektedir. Temel hakların amacı bireyi iktidara karşı korumak olduğuna göre; bu *iktidarın kim olduğu* önemsizdir.

---

<sup>165</sup> NIPPERDEY, Hans, "*Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*", **Recht der Arbeit**, (1950), s. 121-124; Akt., ŞİRİN, (2013), s. 354.

<sup>166</sup> GARBDAM, (2003), s. 402.

<sup>167</sup> Alman Temel Kanunu m. 1; "*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.*" Bu görüşe göre, anayasa koyucu tüm hukukun; anayasa ve özellikle temel haklarla uyumlu olmasını istediğini, bu hükümle yasa koyucuyu temel haklarla bağlı kılarak göstermişlerdir. FEDTKE, "*Drittwirkung in Germany*", (2007), s. 131; BELLING, İNCE, (2014), s. 7.

Bu haklar, günlük yaşamda bireye bir “*yetki genişliği*” tanıyarak onu bu güç odaklarından korurlar.<sup>168</sup>

İnsan onurunun amacının, bireyi yalnızca devlete karşı korumakla sınırlı olduğunu düşünmek, kişileri diğer tehditlere karşı savunmasız bırakmaktadır. Temel haklar hem devlete hem de özel hukuk kişilerine karşı bireylerin korunmasını amaçlar. Dolayısıyla bu görüşü savunanlara göre doğrudan yatay etki modeli, anayasaların lafzından çıkan anlamı ve insan onurunun korunması kavramını birlikte ele almaktadır. Buna göre; “*insanın değerinin, hayatının ve özgürlüklerinin kutsallığı, insan haklarının özel hukukta uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.*”<sup>169</sup> Çünkü kişi özgürlüklerine karşı tehditlerin yalnızca devletten gelmeyeceği açıktır. Hatta, özel kişilerden gelebilecek tehlikenin, devletten kaynaklanan tehditlerden daha büyük olduğu durumlar dahi görülmektedir. İnsana ve insan onuruna saygı ifadesi, yalnızca devlete yönelik değildir. Bu kavramlar, özgürlüklerin devlete karşı olduğu kadar, özel hukuk kişilerinden gelecek tehditlere karşı da korunmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, insan haklarının uygun şekilde korunması, kamu sektöründen özel sektöre uzanan geniş kapsamlı bir denetim gerektirmektedir.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> BARAK, (1996), s. 244.

<sup>169</sup> BARAK, (1996), s. 227-228.

<sup>170</sup> STARCK, (2001), s. 98-99. Örneğin, Güney Afrika mahkemeleri, devlet dışı aktörlerin ihlallerinden devletin de sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Devletin, temel haklara saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduğuna işaret eden, Anayasa'nın 7(2) hükmünden yola çıkan bu yaklaşım, bazı durumlarda devletin bireylerin haklarını ihlal

#### d. Yargıçların Farklı Modeller Ortaya Çıkarmasının Önüne Geçilerek Yeknesak Uygulamanın Sağlanması

Yatay etki teorisinin ortaya atıldığı ilk dönemlerde, temel hakların özel hukuk düzenindeki etkisinin ancak doğrudan olabileceği düşünülmekteydi. Bu görüşe göre, bir temel hak, özel hukuka doğrudan uygulanamıyorsa; bu durumda özel hukuk düzeninde herhangi bir şekilde etkili olamaz ve yalnızca birey-devlet arasındaki dikey ilişkide söz konusu olabilir.<sup>171</sup> Bu savunmaya göre, temel hakların doğrudan yatay etkisinin açıkça kabul edilmemesi durumunda yargıçların, dikey etki anlayışını tercih etmesi gerekir.

Ancak hakların yalnızca dikey etkisinin olması durumunda, genel mahkemelerin ve özellikle anayasa mahkemesi yargıçlarının temel hakları ve insan onurunu korumak amacıyla yeni çözüm yolları tercih etmesi muhtemeldir. Nitekim temel hakların yalnızca devlet-birey arasındaki ilişkide etkili olduğunun kabulü, kişi hak ve özgürlüklerinin

---

etmemekle birlikte pozitif yükümlülüğü sebebi ile ihmalden sorumlu olabileceği durumunu işaret etmektedir. *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another* davasında da Anayasa Mahkemesi devletin ihlalin önlenmesi için makul ve ciddi tedbirler almadığı durumlarda söz konusu ihlalden sorumlu olacağını kabul etmiştir. Doktrindeki bazı yazarlara göre hakların yatay etkisi konusunda Güney Afrika hukuku, Alman anayasa hukuku ve *Drittwirkung* doktrininin ötesine geçmiştir. *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another*, 2001 (10) BCLR 995 (CC) CHIRWA, (2006), s. 44-45.

<sup>171</sup> Bu anlayış yukarıda bahsi geçen iki kutuplu sistem anlayışını yansıtmaktadır. Bununla birlikte ilerleyen süreçte bu iki kutup arasında bulunan temel hakların dolaylı yatay etkisi birçok hukuk sisteminde kabul edilmiştir. GARBDAUM, (2003), s.

yeterli derecede korunmasını engelleyerek ve bireyi özel hukuk alanında korunmasız bırakmaktadır.

Bu durum ise, yargıçların yeni çözüm yollarını takip etmesi gibi zorlama ve istenmeyen sonuçlara da yol açabilir. Yargıçlar aktivist bir tutum sergileyerek, temel hakları koruma görevini yüklenebilir. Bu halde yargılamada, bir tarafın hakkına ağırlık verilmesi uyuşmazlığın diğer tarafı açısından daha ağır hak ihlallerine yol açabilir. Bu nedenle uygulamada oluşabilecek farklılıkların önüne geçilmesi ve kişilerin özgürlüklerinin korunmasında *nesnel bir uygulama yerleştirilmesi* gerekir. Bu görüşe göre, temel hakların korunmasında objektif bir uygulama yerleştirilmesi, ancak temel hakların doğrudan yatay etkisinin kabulüyle mümkün olabilir. Yargısal aktivizm endişesi taşıyan bu düşünce, açık bir biçimde temel hakların doğrudan yatay etkisi tercih edilerek hukuki belirlilik ve güvenliğin sağlanmasını amaçlamaktadır.<sup>172</sup>

## **2. DOĞRUDAN YATAY ETKİ MODELİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER**

Doğrudan yatay etki modeli birçok eleştiriye uğramıştır. Bu eleştiriler, hem temel hakların özel hukuk alanında uygulanmasına şiddetle karşı çıkan *dikey etki taraftarlarından*; hem de doğrudan yatay etki uygulamasını çok katı bularak, *dolaylı yatay etki görüşünü savunan* yazarlardan gelmiştir. Modele yöneltilen eleştiriler genel olarak şu şekilde sıralanabilir: *Öncelikle* anayasa normları özel hukuk alanında doğrudan uygulanmaya elverişsiz şekilde kaleme alınmıştır. *İkincisi*; özel hukuk uyuşmazlığında tarafların çatışan hakların dengelemesi gerekir. Ancak bu durumda da haklardan birine ağırlık verilerek diğer tarafın temel hakkının anayasada öngörülmeven şekilde sınırlandırılması sorunu ortaya çıkmaktadır. *Son olarak*, doğrudan yatay etki modelinin

---

<sup>172</sup> ERGÜL, (2013), s. 447; BARAK, (2001), s. 15.

kabul edilmesi halinde yargı organı yasama karşısında ciddi bir anayasal güç elde etmektedir. Yasama organından yargı organına gerçekleşen bu anayasal güç transferinin ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçlar da göz önünde tutulmalıdır.

#### **a. Anayasal Normların Özel Hukuka Doğrudan Uygulanmaya Elverişsizliği**

Doğrudan yatay etki modeline yönelik ilk eleştiri, temel hakların yalnızca dikey etkiye sahip olması gerektiği iddiasına dayanmaktadır. Bu eleştiriye göre, anayasalar, çoğunlukla devlete yönelik, onun yetki ve yükümlülüklerini gösteren hükümler içermektedir. Dolayısıyla temel haklar sadece devlet tarafından ihlal edilebilir ve ona karşı ileri sürülebilir.<sup>173</sup> Bu hakların anayasalarda düzenlenme nedeni, devleti sınırlandırarak, özgür bir toplum düzeni sağlamak ve bunu yaparken devleti belirlenen sınırlar içerisinde tutmaktır.<sup>174</sup>

Ayrıca birçok anayasa temel haklara yer verirken, aynı zamanda bu hakların nasıl sınırlandırılacağını da göstermektedir. Bu bakımdan; anayasal normların iki yönlü olduğu söylenebilir. Bir yönüyle bireyin özgürlükleri karşısında devletin nasıl sınırlandırılacağını gösteren bu normlar; diğer yandan, birey özgürlüklerinin nasıl ve hangi şartlar altında kullanılacağını ve sınırlandırılacağını düzenlemektedir. Bir diğer deyişle bu hükümler, bireyin devletle ilişkilerinde temel haklara ne ölçüde ve nasıl dayanılabileceğini göstermekte ve bu bakımdan kamu hukuku karakteri taşımaktadır. Buna karşın; özel hukuk alanındaki ilişkilerde temel hakların nasıl sınırlandırılacağı anayasalarda düzenlenmemektedir. Özel hukuk kişileri bakımından sınırlama hükmü içermeyen normların, özel hukuk alanında doğrudan uygulanması mümkün değildir.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 242.

<sup>174</sup> PREUSS, (2005), s. 24; CHEADLE, (2005), s. 58; ERGÜL, (2013), s. 448.

<sup>175</sup> PREUSS, (2005), s. 25.

Birçok anayasada bulunan “*insan haklarına saygılı olmak*”, “*insan onurunu korumak*” gibi hükümler, doğrudan devlete yöneliktir. İnsan haklarının temelini oluşturan bu kavramlar bireylere karşı ileri sürülemez ve temel haklar yalnızca devletin eylem ve işlemleri hakkında uygulanabilir.

Bu görüşe göre insan haklarının anayasalarda tanınmasına neden olan asıl duygu; devletin insan haklarını ihlal edeceği “*korkusudur.*” Özellikle hükümetler değiştikçe, birey ve devlet arasındaki anayasal ilişkilerin ve özgürlüklere ilişkin uygulamaların da değiştiği görülmüştür. Bu değişkenliğin yarattığı tehdit ve ihlallerin üstesinden gelmenin tek yolunun, insan haklarına “*süper*” normatif statü vermek olduğu görülmüştür. Ayrıca anayasalarda düzenlenen temel haklar, çoğunlukla özel hukuk yasalarında somutlaştırılmaktadır. Dolayısıyla özel hukuk ilişkilerinde temel hakların koruma altına alınması, yasalar yoluyla zaten gerçekleştirilmektedir. Temel haklara bu korumanın sağlanması için ayrıca anayasal hükümlerin uygulanmasına gerek yoktur. Bu nedenle, insan haklarının anayasal düzeyde ele alınması sadece devlet ve birey arasındaki ilişkilerde kabul edilmelidir.<sup>176</sup>

#### **b. Temel Hakların Anayasaya Aykırı Şekilde Sınırlandırılması Sorunu**

Bir temel hakkın sınırlandırılması ancak belli şartlarla olabilir. Bununla birlikte, doğrudan yatay etki modeli uygulandığı takdirde temel hakların anayasada ve yasalarda öngörülme­yen şekilde, yargı organları tarafından sınırlandırıldığı savunulmaktadır.

Nitekim, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, çoğunlukla tarafların hak ve menfaatlerinin çatıştığı görülmektedir. Bu alanda temel hakların doğrudan etkili olduğunun kabul edilmesi halinde, hukuki ilişkinin tarafları karşılıklı

---

<sup>176</sup> BARAK, (1996), s. 229-230.

olarak birbirinin temel haklarına saygı yükümlülüğü altında olacaktır. Çünkü doğrudan yatay etki modeli, hukuki uyuşmazlıklarda tarafların temel haklarına dayanmasına imkân sağlamaktadır. Bu durumda, uyuşmazlık konusu hakların, uygun bir düzlemde ve doğal olarak yargısal yollarla dengelenmesi gerekir. Halbuki bu dengeleme faaliyetinin özellikle sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun olmadığı ve kişilerin irade özerkliğini zedeleyeceği düşünülmüştür.<sup>177</sup> Doğrudan yatay etki modelinin amaçlarından birinin *bireyin özerkliğinin korunması* olduğu düşünüldüğünde, bu modele yöneltilen eleştirinin de aynı noktadan hareket etmesi şaşırtıcıdır.

Bu model, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğüne getirilebilecek bu sınırlamaların yanında, hakların dengelenmesinin de birtakım olumsuz sonuçları olabileceği düşüncesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre, tarafların karşılıklı olarak temel haklarına dayandıkları uyuşmazlıklarda, söz konusu haklardan birine öncelik verilmesi sonucu doğmaktadır.<sup>178</sup> Hakların çatışması durumunda bir kişi lehine hak

---

<sup>177</sup> GÖREN, (2001), s. 13; LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 301.

<sup>178</sup> Örneğin, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, *Khumalo v Others* kararında ifade özgürlüğü hakkının, tazminat talebinde bulunan kişiye söylemin yanlışlığını ispatlama yükü getirdiği belirtilerek, 8. madde kapsamında bu uyuşmazlıkta doğrudan uygulanması gerektiğine karar verilmiştir. Mahkeme ayrıca ifade özgürlüğü hakkının, ortak hukuk üzerinde de etkili olduğuna işaret etmiştir. Söz konusu kararda, medyada ifade özgürlüğü ve kişinin onuru arasında denge kurulmuştur. *Khumalo v Holomisa*, 2002 (5) SA 401 (CC), s. 33; Akt., SAUNDERS, (2005), s. 205; CHEADLE, (2005), s. 57.

tanınırken, diğler taraf aleyhine bir anayasal yükümlölük doğması veya bu kişinin temel hakkının sınırlanması kaçınılmazdır.<sup>179</sup>

Anayasaların esas amacı, bireylerin temel haklarına en üstün hukuki güvenceyi sağlamaktır. Buna karşılık temel haklar özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulandığı takdirde, bir kişinin hakkı başka bir kişinin yükümlölüğü haline dönüşmektedir. Hukuki ilişkinin taraflarının anayasadan kaynaklanan hakları arasında bir denge kurulurken, tarafların hakları yargı organı eliyle sınırlanarak; güçsüz ve korumasız bırakılmaktadır. Bu görüşe göre kişilere yüklenen anayasal ödevler nedeniyle; hakların sınırlandırılması ve hatta reddedilmesi “*anayasal düzeyde*” gerçekleşmektedir. Hakların bu şekilde sınırlandırılmasının, anayasaların bu haklara üstün güvence sağlamak amacıyla bağdaştığının kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>180</sup>

### **c. Yargıçların Yasama Erki Karşısında Geniş Anayasal Yetkiler Elde Etmesi**

Aslında bu eleştiri, hakların dengelenmesi halinde taraflardan birinin hakkının anayasal düzeyde sınırlandırılacağı endişesinin bir uzantısıdır. Temel hakların özel hukuk alanına doğrudan uygulanması ve çatışan hakların dengelenmesi, çoğunlukla yargısal faaliyetler kapsamında gerçekleşmektedir.

Anayasalarda, çatışan hakların, taraflardan birinin lehine sınırlandırılmasına ilişkin “*sınırlama maddeleri*” bulunmadığı takdirde; bariz sonuç, hâkimin “*yargısal sınırlama maddeleri*” yaratmasıdır. Anayasalarda bu tip sınırlama maddelerine yer

---

<sup>179</sup> ERGÜL, (2013), s. 448-449.

<sup>180</sup> BARAK, (1996), s. 230.

verilmediğinde, çatışan temel hakların dengelenmesi sorunlu hale gelmektedir. Bu eleştiriye göre, doğrudan yatay etki modeli, genel mahkemelere anayasayı yorumlama ve doğrudan uygulama yetkisi verir. Dolayısıyla bu model, anayasayı somutlaştıran yasaların uygulanabilirliğini ortadan kaldırırken, yasaların kaynağı olan yasama organını da zayıflatmaktadır.<sup>181</sup> Bu durum ise, yasama organından mahkemelere olağanüstü bir anayasal güç transferi anlamına gelmektedir.<sup>182</sup> Anayasa mahkemelerinin kararları dahi yargısal aktivizm kapsamında eleştirilirken, genel mahkemelerin, anayasada öngörülmemiş şekilde, yasaları göz ardı ederek doğrudan anayasayı uygulamasının, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine zarar vereceği düşünülmektedir.<sup>183</sup>

Her ne kadar doğrudan yatay etki modeli, çeşitli argümanlarla desteklense de kişilerin irade serbestisi ile özel hukukun anayasa hukuku karşısındaki özerk niteliğinin ortadan kalkacağı endişesi bu modelin kabulünü güçleştirmiştir. Ayrıca kişilerin birtakım anayasal yükümlülüklerle tâbi olmasının hakları korumak yerine sınırlandıracağı düşüncesi de bireylerin anayasa ve temel haklarla doğrudan bağlı kabul edilmesini büyük ölçüde engellemiştir. Bununla birlikte temel hakların sağlanması ve korunması ihtiyacı da bu hakların tüm hukuk alanında etkili olmasını ve doğal olarak özel hukuk ilişkilerinde de uygulama alanı bulmasını gerektirmiştir. Bu gereklilik ve doğrudan yatay etki modeline yöneltilen eleştiriler; temel hakların kişilerin davranışları üzerinde doğrudan etkili olması anlayışını reddetmekle birlikte bu hakların özel hukuk alanında belli bir

---

<sup>181</sup> ŞİRİN, (2013), s. 358.

<sup>182</sup> BARAK, s. (1996), 230; KAY, (1993), s. 340; ERGÜL, (2013), s. 445; BOYAR, (2013), s. 57.

<sup>183</sup> BECKMANN, (2010), s. 270.

dereceye kadar etkililiğini savunan *dolaylı yatay etki modelinin* geliştirilmesini sağlamıştır.

## B. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİ

“*Dolaylı yatay etki modeli*” (*indirect horizontal effect*) (*Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), temel hakların kişiler üzerinde doğrudan etkili olması düşüncesini reddeder. Bu modele göre özel hukuk ve kamu hukuku, iki farklı alan olarak korunmalıdır.<sup>184</sup> Aslında hem doğrudan hem dolaylı yatay etki modeli temel hakların devlet dışındaki diğer iktidarlar tarafından tehdit edilebileceğini ve özel hukuk ilişkilerinde bu hakların göz önüne alınması gerektiğini kabul eder.<sup>185</sup> Ancak dolaylı yatay etki modelini savunan görüşe göre temel haklar, devlet ve kamu otoritelerine yönelik olarak düzenlenmiştir, bu nedenle kişilere ve özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, yatay etki tartışmalarına yön veren Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre temel haklar üçüncü kişiler tarafından da ihlal edilebilir. Mahkeme’nin bu yorumunun temelinde, aslında her özel hukuk ilişkisinin doğması ve yürütülmesinde devletin rolünün bulunduğu anlayışı vardır. Nitekim, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen yasalar yasama organının elinden çıktığı gibi, özel hukuk uyumsuzlukları da yargı organları tarafından çözülmektedir. Bu durum, özel hukuk ilişkilerinde devleti bir taraf haline getirmekte ve kişilerin temel haklarının bu alanda da

---

<sup>184</sup> DÜRIG, G., ‘*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*’, in T. Maunz (ed.), **Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung**, (1956), s. 157, 164, 173; Akt., BELLING, İNCE, (2014), s. 10.

<sup>185</sup> ŞİRİN, (2013), s. 358.

korunmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>186</sup> Dolayısıyla hukukun genel ilkeleri ve özel hukuk alanındaki soyut kavramlar yorumlanırken anayasa ve temel haklar göz önünde tutulmalıdır. Bu kapsamda dolaylı yatay etki modelinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde, kişiler özel hukuk alanında haklara doğrudan dayanmamaktadır. Bu model kapsamında temel haklar, özel hukuk kişilerine aracısız şekilde değil, yasal düzenlemeler ve yargı kararları aracılığıyla uygulanır.<sup>187</sup> Mahkemeler ise özel hukuk normlarını bazı açılardan anayasal denetime tâbi tutabilir.<sup>188</sup>

Dolaylı yatay etki modeli, doğrudan yatay etki görüşüne yöneltile eleştirilerden de beslenmiştir.<sup>189</sup> Bu modelde *ilk olarak* anayasanın lafzı dikkate alınmakta ve bazı istisnai hükümler dışında anayasalarda düzenlenen hakların genel olarak devleti işaret ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle, temel hakların kişiler üzerinde doğrudan etkide bulunması mümkün değildir. Temel hakların, özel hukuk düzenindeki etkisi kabul edilebilirse de, bu etki ancak *dolaylı* şekilde gerçekleşebilir. Ortaya çıktığı Almanya’da,

---

<sup>186</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 256.

<sup>187</sup> ENGLE, (2009), s. 166; GÖREN, (2001), s. 13.

<sup>188</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 243, 254.

<sup>189</sup> Yukarıda doğrudan etki modeline getirilen eleştiriler geniş bir perspektiften ele alınmış; hem dikey etki hem de dolaylı yatay etki savunucularının, farklı ülkelerdeki uygulamalar kapsamındaki düşünceler aktarılmıştır. Bu noktada özellikle dolaylı etkinin orijinini oluşturması nedeniyle Alman hukukunda dolaylı yatay etkiyi savunan hukukçuların görüşlerinin ele alınması, dolaylı yatay etki modelinin çerçevesinin çizilmesini sağlamaktadır.

bu modelin hem kişilerin irade ve sözleşme serbestilerinin, hem de özel hukukun özerk niteliğinin korunması bakımından daha uygun olduğu savunulmuştur.<sup>190</sup>

*Son olarak*, doğrudan yatay etki modelinde mahkemeler, anayasa hükümlerini yorumlayarak, bu hükümleri eldeki özel hukuk davalarında doğrudan uygular. Ancak, genel ve yoruma açık ifadeler içeren anayasa hükümlerinin her mahkeme tarafından farklı şekilde yorumlanması nedeniyle çelişkili kararlar ortaya çıkabilir. Dolaylı yatay etki modelinde ise, özel hukuk normlarının *anayasaya uygunluğu yorumlanır*.<sup>191</sup> Böylece, yasaların değeri korunarak, hukuki güvenlik ve belirlilik sağlanabilir. Doğrudan yatay etkiye karşı yöneltilen bu eleştirilerde başı çeken *Dürig*'e göre, doğrudan yatay etki, kamu ve özel hukuk ayrımını tamamen ortadan kaldırarak kişilere anayasal yükümlülük getirir.<sup>192</sup> Anayasal üstün norm niteliğindeki temel haklar, objektif değere sahip olmaları nedeniyle tüm hukuk düzeninde etkili olmalıdır, ancak bunların kişilere doğrudan ve aracısız şekilde uygulanması doğru değildir. Bu haklar, devleti sınırlandırılmak için getirilen kamu hukuku normlarıdır, kişiler lehine özel hak değildir.<sup>193</sup> Nitekim, Temel Kanun'un m. 1/3 hükmüne göre, temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan bağlamaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi, bu hakların subjektif nitelikte,

---

<sup>190</sup> BECKMANN, (2010), s. 270.

<sup>191</sup> TRSTENJAK, (2016), s. 8.

<sup>192</sup> DÜRİG, (1956), s. 183; Akt., CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 5; Aynı görüşte, GARBDAUM, (2003), s. 395.

<sup>193</sup> BELLING, İNCE, (2014), s. 10.

öncelikle devlete karşı negatif haklar olduğunu ve birey özgürlük ve gizliliğini devlet karşısında koruduğunu belirtmiştir.<sup>194</sup>

Bu başlığın kapsamı, dolaylı yatay etki modelinin ortaya çıktığı ve geliştirildiği hukuk sistemi olması nedeniyle *Alman* doktrin ve uygulaması çerçevesinde şekillendirilmiştir. Ayrıca bu modelin bir süre uygulandığı ve Anayasa Mahkemesi tarafından içtihat yoluyla kabul edildiği *Güney Afrika* hukuk sistemine destekleyici bir örnek olması nedeniyle yer verilmiştir.

Temel hakların dolaylı yatay etkisinin olduğunu kabul edilmesi *Almanya Federal Anayasa Mahkemesi*'nin 1958 tarihli *Lüth* kararına dayanmaktadır.<sup>195</sup> Somut olayda, yapımcı Veit Harlan'ın *Unsterbliche Geliebt (Immortal Lover)* isimli filminin Alman ulusunun itibarını zedelediğini iddia eden aktivist Erich Lüth, tarafından boykot çağrısı yapılmıştır. Bu boykot çağrısının temelinde yine, yapımcı Harlan'ın, Nazi döneminde çektiği *Jud Süß* isimli film nedeniyle yargılanmasının da etkisi olmuştur. Filmin yapımcısı ve dağıtıcısı boykota son verilmesi amacıyla Hamburg Bölge Mahkemesi'nden yasaklama kararı talep etmiştir. Mahkeme, Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesinin "*Kasten veya iyi niyet kurallarına aykırı şekilde zarara neden olan kişi, bu zararı tazminle yükümlüdür.*" hükmüne dayanarak, davayı kabul etmiştir. Bu karar üzerine Lüth, hak ihlali iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, yerel mahkeme kararı sonucunda Lüth'ün Temel Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

---

<sup>194</sup> 7 BVerGE 198; LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 297.

<sup>195</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958); Kararın İngilizce metni için, KOMMERS, Donald P. ve MILLER, Russel A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press, Third Edition, (2012), s. 442 vd.

Federal Anayasa Mahkemesi, *Lüth* kararıyla birlikte dolaylı yatay etki teorisinin prensiplerini ortaya koymuştur. Mahkeme'nin bu kararı aldığı dönemde, Alman doktrininde kabul edilen başlıca iki görüş vardır. *Bir görüşe göre*, kamu hukuku ve özel hukuk, iki ayrı alandır ve anayasa hukukunun özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisi bulunmamaktadır. *İkinci görüş ise*, anayasa ve temel hakların devlet ve kamu gücünü kullananlar ve özel hukuk kişilerini *tam olarak* ve *doğrudan* bağladığını kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, her iki görüşü de dikkate almış, ancak anayasanın kişileri doğrudan bağlamadığını; özel hukuk ilişkileri üzerinde belli bir dereceye kadar etkisi olduğunu kabul etmiştir.<sup>196</sup> Mahkeme'ye göre, insanın özgürce gelişme hakkı ve insan onuru, Anayasanın temelidir. Temel haklar, hem yasa koyucunun özel hukuka ilişkin yasama işlemlerinde, hem de yargı organının özel hukuk davalarında göz önüne alması gereken “*objektif değerler sistemi*” (*objective value system*) oluşturur. Dolayısıyla bu haklar, hukuk düzeninde yayılım etkisi (*radiating effect*) gösterir.<sup>197</sup>

Özel hukuk uyuşmazlıklarında, hukuk kurallarının yorumlanması ve uyuşmazlıkların çözümünde anayasal hükümler *ölçü norm* niteliğinde görülerek;<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> CORRADO, Micheal Louis, **Comparative Constitutional Review – Cases and Materials**, Carolina Academic Press, Comparative Law Series, (2005), s. 136; BRÜGGEMEIER, (2006), s. 71; CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 5.

<sup>197</sup> 7 BVerfGE 198, s. 206-207; FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 141; PREUSS, (2005), s. 26; ALEXY, **A Theory of Constitutional Rights**, s. 352 vd.

<sup>198</sup> SUNAY, (2013), s. 77.

yasalar anayasaya uygun şekilde yorumlanarak uygulanmalıdır.<sup>199</sup> Bu kapsamda dolaylı yatay etki, devlet organlarının eylemleri *aracılığ*ıyla gerçekleşir. Yasama organı, yasaların anayasayla uyumlu olmasına ve temel hakları ihlal etmemesine özenle; yargıçlar da temel haklara saygı göstermekle yükümlüdür. Mahkemelerin yargılama esnasında temel hakları göz önüne almaması, anayasanın getirdiği bu objektif değerler sisteminin ihlaline yol açmaktadır.<sup>200</sup>

Dolaylı yatay etki teorisinde, özel hukuk alanında temel haklara sağlanan koruma düzeyi, kamu gücünü kullananlara karşı olan korumadan daha düşük seviyededir.<sup>201</sup> Bu yorumun temelinde, bir hakka sağlanan korumanın, bu hakla çatışma halindeki diğer bir hakkı sınırlandıracağı düşüncesi yatar. Buna karşın özel hukuk ilişkilerinde hakların sınırlandırılması ancak anayasada belirtilen ölçütlere uygun şekilde olabilir. Ayrıca çatışan haklar arasında bir *orantılılık ölçümü* yapılmalı ve böylece hakların anayasada öngörülme derecede sınırlandırılmasının önüne geçilmelidir. Bu ölçütleri *Lüth* kararında uygulayan Federal Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını anayasaya aykırı bulmuştur.<sup>202</sup> Anayasal normlar; sadece yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan bağlamaktadır; ancak bu durum temel hakların özel hukukta hiç uygulama alanı bulamayacağı anlamına gelmez. Aksine, özel hukukta hiçbir norm, anayasaya aykırı bir şekilde yorumlanıp uygulanmamalıdır. Temel haklar da objektif

---

<sup>199</sup> 7 BVerfGE 198, s. 205-206; CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 5; ALEXU, (2010), s. 358-359.

<sup>200</sup> GÖREN, (2001), s. 12; BECKMANN, (2010), s. 270.

<sup>201</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 143-144; CORRADO, (2005), s. 137.

<sup>202</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 144-145.

değere sahip anayasal normlar olduğundan; özel hukuk kuralları, *temel haklar ışığında* yorumlanmalıdır.<sup>203</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararında sadece temel hakların özel hukuka olan etkisine değinmemiş, ayrıca bunların doğrudan değil, *dolaylı* şekilde uygulanabileceğinin de altını çizmiştir. Zira Mahkeme'ye göre temel haklar, *dürüstlük kuralı, iyi niyet, ahlaka aykırılık* gibi soyut kavramlar ve genel hükümler vasıtasıyla özel hukuka taşınacaktır. Bu nedenle genel hükümler uygulanırken temel hakların ve anayasal değerlerin dikkate alınması gerekir. Genel hükümler temel hakların özel hukuka *sızma* yerleridir ve bu hükümlerin amacı, anayasal normların doğrudan uygulanmasının önüne geçerek, temel hakların özel hukuk alanına uygulanmasına aracılık etmektir.<sup>204</sup> Mahkeme dolaylı yatay etkiyi, "*mahkemeler tarafından, genel ve özel hükümlerin temel haklar göz önüne alınarak yorumlanması ve böylelikle "değiştirilen" hukuk kurallarının, eldeki davaya uygulanmasını içeren bir anayasal görev*" olarak nitelendirilmiştir.<sup>205</sup>

**Güney Afrika** örneği, yukarıda doğrudan yatay etki modeli kapsamında incelenmiş ve 1996 Anayasası'yla temel hakların doğrudan yatay etkisinin oldukça tartışmalı düzenlemeler mevcut olsa da kabul edildiği belirtilmişti.<sup>206</sup> Ancak bu ülkede,

---

<sup>203</sup> PREUSS, (2005), s. 27.

<sup>204</sup> CORRADO, (2005), s. 138; BARAK, (2001), s. 33; BECKMANN, (2010), s. 271; KANETİ, (1989), s. 34; ERGÜL, (2013), s. 451; BELLING, İNCE, (2014), s. 10.

<sup>205</sup> Lüth, 7 BVerfGE 198 (1958); KOMMERS / MILLER, (2012), s. 444; FEDTKE, "Drittwirkung in Germany", (2007), s. 142; PREUSS, (2005), s. 27; BRÜGGEMEIER, (2006), s. 71.

<sup>206</sup> Bkz. §1, A, "Doğrudan Yatay Etki Modeli".

yatay etki tartışmaları 1996 Anayasası'nın kabulünden önce yürürlükte olan 1993 tarihli *Geçici Anayasa*'nın hazırlık çalışmaları dönemine dayanmaktadır.

1993 Anayasası'nın hazırlık sürecinde, yatay etki modellerinden hangisinin tercih edileceği konusunda parlamento içinde bir fikir birliği sağlanamamıştır. Akademik çevrelerde de doğrudan ve dolaylı yatay etkiyi savunanlar arasında bir bölünmüşlük vardır. Doğrudan yatay etkinin savunulmasında en önemli dayanak, özel hukuk kişileri arasında ayrımcılığın engellenmesi amacıdır. Buna karşılık, diğer bir kısım yazar tarafından ise, temel hakların doğrudan etkisinin, bireysel özerkliği olumsuz etkileyeceği düşünülmektedir.<sup>207</sup> Bu nedenle temel hakların özel hukuk ilişkilerine “sızması” ve özel hukuk üzerinde “yayılan bir etki”sinin olması gerektiği savunulmaktadır. İşte bu fikir ayrılıkları arasında, **1993 Geçici Anayasası**'nın 7. maddesinde anayasanın tüm hukuka uygulanacağını düzenlenerek **temel hakların dolaylı yatay etkisi** kabul edilmiştir. Ayrıca, özel hukuk alanında ayrımcılığın engellenmesi için yasal düzenleme yapılması gerektiğine işaret edilmiş ve orantılı olmadıkça yasalar yoluyla temel hakların sınırlandırılması özellikle yasaklanmıştır.<sup>208</sup> Bununla birlikte, dolaylı ve doğrudan yatay

---

<sup>207</sup> FEDTKE, Jörg, “*From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition*”,

**Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), s. 360-361.

<sup>208</sup> 1993 Anayasası, 33(1); FEDTKE, “*From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition*”, (2007), s. 359; SAUNDERS, (2005), s. 201; CHEADLE, Halton, “*Third Party Effect in the South African Constitution*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, SAJO, Andras, UITZ, Renata (ed.), Eleven International Publishing, 2005, s. 55.

etki savunucuları arasındaki tartışmada bir sonuca varılamaması üzerine, konu nihai kararı vermek üzere Anayasa Mahkemesi'ne devredilmiştir.<sup>209</sup>

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, 1996 tarihli *Du Plessis v De Klerk*<sup>210</sup> davasında, 1993 Anayasası'yla da uyumlu şekilde, “hakların dolaylı etkisi” olduğu yönünde karar vermiştir. Mahkeme bu kararında; karşılaştırmalı bir yargılama modeli tercih ederek, Alman Anayasa Mahkemesi ve Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarından faydalanmıştır.<sup>211</sup> Özellikle Alman hukuk doktrinindeki tartışmalardan etkilenen Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın özel hukuk alanında doğrudan değil<sup>212</sup>, “dolaylı etkisi” olduğunu belirtmiştir.<sup>213</sup> Ancak, Özellikle Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Dolphin*

---

<sup>209</sup> FEDTKE, “*From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition*”, (2007), s. 351-352. Mahkemeler arasındaki fikir ayrılıklarına ilişkin açıklamalar ve temel hakların yatay etkisine ilişkin diğer mahkemelerin kararları için, Bkz. FUTCH, (1997), s. 1011, 1020 vd.

<sup>210</sup> *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC).

<sup>211</sup> 1993 tarihli Anayasa'nın, temel hakların yorumlanmasına ilişkin 35. maddesi, mahkemeler tarafından temel haklara ilişkin anayasal hükümlerin yorumlanmasında yabancı mahkeme kararlarından yararlanılmasını da öngörmektedir. *Article 35; Interpretation: “In interpreting the provisions of this Chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality and shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this Chapter, and may have regard to comparable foreign case law.”* FUTCH, (1997), s. 1016; ANDREW, (2006), s. 452.

<sup>212</sup> *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC); CHIRWA, (2006), s. 38.

<sup>213</sup> FEDKTE, s. 352; SAUNDERS, (2005), s. 202.

*Delivery*<sup>214</sup> kararındaki yorumunu tercih eden Mahkeme, 7. maddenin “*anayasanın tüm hukuka uygulanacağı*”na ilişkin açık hükmünü dar yorumlayarak, *common law*’u bu kapsamın *dışında* bırakmıştır. Bununla birlikte kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen *common law*’un geliştirilmesinde *anayasa göz önüne alınmalıdır*. Bu kararda azınlık görüş, Haklar Bildirgesi’nin, özel veya kamu hukuku alanını düzenlemesinden bağımsız şekilde yasalar ve *common law* kurallarına uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşın çoğunluk görüşüne göre, ancak bir *devlet eylemi* söz konusuysa veya devlet davanın taraflarından biriye, Bildirge *common law*’u da içine alarak “*tüm hukuka*” uygulanabilir.<sup>215</sup> Nihayetinde bu kararlar, bireylerin diğer kişilerin temel haklarıyla doğrudan bağlı olmadığı, ancak mahkemelerin *common law*’u Haklar Bildirgesi kapsamında *geliştirmek ve yorumlamakla* yükümlü olduğu belirtilmiştir.<sup>216</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, doktrinde ciddi eleştiri almış ve temel hakların özel hukukta dolaylı şekilde etkili olmasının ayrımcılığı önlemede yetersiz kalacağı endişesi dile getirilmiştir. Ayrıca anayasa yargılamasında, farklı ülkelerin mahkeme kararlarından faydalanılması da eleştirilmiştir. Dolayısıyla bu karar da tartışmaları giderememiş; doğrudan ve dolaylı yatay etki modellerinden hangisinin seçilmesi gerektiği hususunda uyuşmazlıklar devam etmiştir.

---

<sup>214</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. §2, D: “*Kanada ve Hükümet Eylemi Teorisi (Governmental Action Theory)*”

<sup>215</sup> CHEADLE, (2005), s. 56. Mahkeme’nin bu yorumunda Kanada Yüksek Mahkemesi’nin içtihadının etkileri görülmektedir. §2, D: “*Kanada ve Hükümet Eylemi Teorisi (Governmental Action Theory)*”

<sup>216</sup> FEDKTE, s. 367.

1993 Geçici Anayasası'ndaki düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin kararına rağmen, bilindiği gibi, 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası'nda *doğrudan yatay etki modeli* tercih edilmiştir. Bununla birlikte 1996 Anayasası'nda yapılan bu düzenleme de tartışmaları dindirememiştir. Nitekim yukarıda incelendiği üzere, 1996 Anayasası'nın 8 ve 39. maddelerinin hangi yatay etki modelinin kabul edildiği hususunda çelişkili ifadeler içerdiği ileri sürülmüştür. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, 8. madde temel hakların doğrudan etkisine atıf yaparken, 39. maddenin dolaylı yatay etkiye zemin hazırladığı yorumu genel kabul görmektedir. Ancak her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, hangi yatay etki modelinin uygulanması gerektiği konusunda fikir ayrılıkları yaşanmaktadır. Söz konusu tartışmalar ve 1996 Anayasası'nın ilgili düzenlemeleri dikkate alındığında, 1996 Anayasası'nın her iki yatay etki modeline de uyum gösterdiği söylenebilir. Bu bağlamda, her somut olay ve ilgili hakkın niteliğine göre ayrıca değerlendirme yapılarak, uygulanacak modelin belirlenmesi gerekir.

Dolaylı yatay etki modeli, doğrudan yatay etki modeline göre daha geniş çevrelerde kabul görmüştür. Bununla birlikte temel hakların dolaylı etkisi de birtakım eleştirilerle karşılanmış ve bu eleştirilere karşı argümanlar geliştirilmiştir. Çalışmanın bu kısmında, öncelikle dolaylı yatay etki modelinin dayanaklarına ve ardından bu modele getirilen eleştirilere yer verilmektedir.

## **1. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİNİN DAYANAK NOKTALARI**

Doğrudan yatay etki modeline dayanak olarak gösterilen argümanların bir kısmı, dolaylı yatay etki için de ileri sürülmüştür. Ancak hakların dolaylı etkisini savunanlara göre, bu modelin avantajı, doğrudan yatay etkiye getirilen bazı eleştirilere cevap verebilmesidir.<sup>217</sup> *Doğrudan yatay etki modeli*, mahkemelere ve özellikle anayasal

---

<sup>217</sup> BARAK, (1996), s. 236.

denetim yetkisine sahip yüksek mahkemelere ciddi bir denetim yetkisi vermesi nedeniyle eleştirilmiştir. *Dolaylı yatay etki modeli* ise hem yasama hem de yargı organlarına temel hakların sağlanması ve korunması ödevi yükleyerek, bir organdan diğerine olabilecek anayasal güç transferinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu modelin, temel hakların özel hukuka doğrudan etkili olması hususunda duyulan endişeleri giderdiği ve kuvvetler ayrılığı ilkesine hizmet ettiği savunulmaktadır.

Temel hakların kişiler üzerinde doğrudan etkili olması, *irade özerkliği* gibi temel özel hukuk ilkeleriyle uyumsuzluk gösterdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. *Dolaylı yatay etki modelinde* ise temel haklar, kişiler üzerinde yasal düzenlemeler ve yargı kararları *aracılığıyla* etkili olmaktadır. Dolayısıyla bu modelde, hakların kişiler üzerindeki etkisi *dolaylıdır*. Buna karşılık, anayasal normlar ve temel haklar, özel hukuk düzenlemeleri üzerinde *doğrudan* etkilidir. Bu özelliği sayesinde dolaylı yatay etki yaklaşımının, özel hukuk ilişkilerinde bireyin irade özerkliği ile özel hukukun hukuk düzeninde ayrı ve özerk bir alan olma niteliğini koruduğu savunulmaktadır.

#### **a. Yargı ve Yasama Yetkisinin Ayrılığı**

Anayasal hükümler bazı istisnalar dışında<sup>218</sup>, muğlak ifadelerle kaleme alınmıştır. Bu niteliği nedeniyle, temel hakların *özel hukuk kişileri üzerinde* doğrudan etkiye sahip

---

<sup>218</sup> Anayasalarda, bazı temel hakların doğrudan kişilere yönelik şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Örneğin, Alman Temel Kanunu'nun dernek kurma hakkını düzenleyen 9. maddesi; İsviçre Federal Anayasası'nın eşit değerdeki işte kadın ve erkek için eşit ücreti düzenleyen 8/3. maddesi gibi. GÖREN, (2001), s. 16; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 125; ERGÜL, (2013), s. 443.

olması mümkün değildir; bu hakların özel hukuk düzenine etkisi devlet aracılığıyla gerçekleşmelidir. Dolayısıyla öncelikle yasama organı temel haklarla doğrudan bağlıdır. Bu bağlamda temel hakların muhatap veya yükümlülerinin belirlenmesi için bu anayasal hükümlerin öncelikle yasalarla somutlaştırılması gerekir. Bu modele göre devlet, yasal düzenlemeler yoluyla hem temel hakları somutlaştırmalı, hem de bu hakların zedelememeye ve anayasaya aykırı şekilde sınırlandırmamaya özen göstermelidir.<sup>219</sup> Dolayısıyla yasama organının temel hakların uygulanması konusunda ikili bir ödevi olduğu söylenebilir: Temel haklar yasama işlemleri yoluyla anayasaya aykırı şekilde sınırlandırılmamalı, hakların kullanılmasının imkânsız hale getirilmesinden kaçınılmalıdır. Ayrıca temel haklar yasal düzenlemelerle somutlaştırılarak, bu hakların özel hukuk alanına özgü ilişki ve işlemlerde etkili olması sağlanmalıdır.

Yasaların uygulayıcısı konumundaki yargı organı da temel haklara saygı yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda mahkemelerin yargılamada anayasal düzenlemeleri göz önüne alarak; tarafların temel haklarının anayasaya aykırı olarak veya orantısız şekilde sınırlandırılmamasına özen göstermesi gerekir. Özellikle anayasa şikâyetinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde, mahkemelerin, temel haklara uyma yükümlülüğü belirgin şekilde gözlemlenmektedir. Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında yargıçların bu yükümlülüğüne vurgu yapmıştır; “*Yargıç, yargılama esnasında yargılamaya katılanlar karşısında şekli olarak devlet iktidarının doğrudan uygulayıcısı konumundadır. Bu bakımdan bir uyuşmazlık hakkında karar*

---

<sup>219</sup> BECKMANN, (2010), s. 270.

verirken hukuk devleti ilkesi ve temel haklarla bağlıdır.”<sup>220</sup> Anayasa Mahkemesi ayrıca yargıcın, özel hukuktaki genel hükümleri uygularken ve yorumlarken, temel hakların özünü korumakla yükümlü olduğuna karar vermiştir. Buna göre, “genel hukuk normları, temel hakların özel hukuk alanına uygulanmasında *sızma* yerleridir.”<sup>221</sup>

Dolaylı yatay etki modelinin temelinde, çatışan hak ve menfaatlerin yargıç tarafından dengelenmesi sorunu olduğu söylenebilir. Bu husus, anayasanın üstün ve bağlayıcı niteliği ile temel haklar arasındaki hiyerarşik ilişkiyle de ilgilidir.<sup>222</sup> Özel hukuk alanındaki bir uyumsuzlukta, mahkeme tarafından uygulanacak normların, temel haklar ışığında yorumlanması gerekir.<sup>223</sup> Doğrudan yatay etkinin aksine, dolaylı yatay etki modeli, yalnızca özel hukuk alanında geçerli olacak yeni bir insan hakları sistemi yaratmamaktadır. İnsan hakları sistemi hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanları için geçerlidir.

Dolaylı yatay etki modelinin avantajı, özel hukuk sistemindeki *iyi niyet, dürüstlük kuralı* gibi genel ilkeleri yeni içeriklere kavuşturması ya da bunları kullanarak yeni hukuk araçları yaratmasıdır. Bu bakımdan, dolaylı yatay etki modelinin başvurduğu hukuki çözümler özel hukuk karakterlidir. Bir görüşe göre bunun en önemli nedeni, birbirinden çok ayrı sistemler olarak görülse de, aslında insan haklarının geçmişten beri özel hukuk

---

<sup>220</sup> Akt., GÖREN, (2001), s. 14.

<sup>221</sup> CORRADO, (2005), s. 138; BARAK, (2001), s. 33; BELLING, İNCE, (2014), s. 10; ERGÜL, (2013), s. 451; GÖREN, (2001), s. 15.

<sup>222</sup> KANETİ, (1989), s. 20; ERGÜL, (2013), s. 453.

<sup>223</sup> GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, (2017), s. 190.

alanına sızması ve hatta özel hukukun da temelinde insan haklarının bulunmasıdır. Dolayısıyla özel hukuk alanında temel hakların uygulanmasına ilişkin tartışmalar, bu hakların günümüzde kavuştuğu anayasal statüden kaynaklanmaktadır.<sup>224</sup>

Anayasalar, yasama organına, *hukuk devleti, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik* gibi ilkelerin özel hukuk alanında uygulanması ödevi yükler. Her ne kadar yargıçlar yasa normunun doğrudan uygulayıcısı konumunda olsa da, yasa koyucunun ilk elden düzenleme yapma yetkisi olduğu unutulmamalıdır. Bu bakımdan temel hakların özel hukuk düzeninde etkili olması ve kişilerin haklarının korunması, öncelikle yasa koyucu tarafından yasalar yoluyla gerçekleştirilmelidir.<sup>225</sup> Bu sayede, özel hukukun özerk niteliğinin zedeleneceği ve yasama organının etkinliğinin ortadan kalkacağına yönelik eleştirilerin önüne geçilmesi bakımından, dolaylı yatay etki oldukça iyi sonuçlar vermektedir. Nitekim bu modele göre, yasaların temel haklarla uyumlaştırılmış olması yeterlidir, çünkü bir özel hukuk uyuşmazlığına öncelikle ve münhasıran yasa normu uygulanmalıdır.<sup>226</sup>

*Doğrudan yatay etki modeline getirilen eleştirilerden biri*, bu modelde yargıçların anayasaya ve temel haklara aykırı olduğu düşüncesiyle, yasa normlarını ihmal ederek doğrudan anayasayı uygulamasının, yasamanın iradesiyle çatışma doğurmasıdır. Özellikle hukuki uyuşmazlık hallerinde haklar arasında bir dengeleme yapılması

---

<sup>224</sup> BARAK, (2001), s. 21, 22; BARAK, (1996), s. 237.

<sup>225</sup> GÖREN, (2001), s. 19.

<sup>226</sup> Örneğin, Gören'e göre, Türk hukukunda temel hakların önemli bir bölümü Medeni Kanun'da ve başka özel yasalarda somutlaştırılmış olduğundan temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması sorunu pratikte büyük bir sorun yaratmamıştır. GÖREN, (2001), s. 29.

gerektiğinde yargıcın, yasama organı yerine geçerek, temel hakları doğrudan uygulaması ve her somut olayda farklı bir sonucun ortaya çıkması ihtimali, kişilerin hukuka duydukları güveni azaltmaktadır. *Dolaylı yatay etki modelinde* ise takdir yetkisini kullanan yargıçların, yasaları yorumlayıp, uygularken; hakları dengelerken, yargısal sınırları aşmaması, yasama organının iradesini değiştirmemesi düşüncesi etkili olmuştur. Bu modelde, ilgili hukuk sistemi ve anayasanın sunduğu çözüm yolları kapsamında, anayasaya aykırılık tespit edilmelidir. Ayrıca, yalnızca yasa boşluklarını doldururken ve yorum yaparken yardımcı kaynak olarak temel haklardan faydalanılmalıdır.<sup>227</sup>

### **b. Özel Hukukun Özerk Niteliğinin ve Bireyin İrade Serbestisinin Korunması**

*Doğrudan yatay etki modeline* yöneltilen eleştiriler esas itibariyle iki noktada toplanmaktadır: Bu model, özel hukuku, anayasa hukukunun bir alt alanı haline getirdiği ve özellikle anayasaya uygunluk denetimi yetkisine sahip mahkemelerin yetki alanını genişlettiği iddiasıyla eleştirilmiştir.<sup>228</sup> Nitekim bu modelin Alman hukukunda geniş çevrelerde kabul edilmeyerek eleştirilmesinde de Medeni Kanun'un hukuk sistemi içinde sahip olduğu yüksek değer etkili olmuştur. Buna karşın, *dolaylı yatay etki modeline* göre, temel haklar, *basamaklı* veya *dolaylı bir etkiye* sahip olarak nitelendirilmektedir. Bu

---

<sup>227</sup> GÖREN, (2001), s. 16, 17.

<sup>228</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 249-250. Bu eleştiri, ilk olarak; Nipperdey'in temel hakların özel hukukta doğrudan etkili olmasına ilişkin önerisine karşı Dürig tarafından getirilmiştir. DÜRİG, G., “*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*”, (ed.), **Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung**, MAUNZ, T. (ed.), (1956), s. 157, 183; Akt., CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 5; BRÜGGEMEIER, (2006), s. 71.

haklar devlete yöneliktir, kişi lehine özel hak doğurmazlar. Özel hukuk ve Medeni Kanun, kişinin anayasa kapsamında güvence altına alınan maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından, Temel Kanun karşısında bağımsızdır.<sup>229</sup>

Dolaylı yatay etki görüşünün dayandığı ilk nokta, özel hukukun temelinde, insan haklarının bulunduğu düşüncesidir. Buna göre, *bireysellik, kendini gerçekleştirme ve insan onuru* gibi insan hakları idealleri zaten özel hukuk alanında da mevcuttur; *mülkiyet hakkı veya ismin korunması* gibi birçok özel hukuk kuralı; devlete veya diğer kişilere karşı korunan insan haklarını yansıtır. Bireyler arasındaki çatışmalar, anayasal değerlerin özel hukuka sızdığı kanallar olan *iyi niyet, kamu düzeni* gibi ilkeler çerçevesinde çözülmüştür.<sup>230</sup>

Bu modeli savunan görüşe göre, temel hakların kişiler üzerinde doğrudan etkisinin olduğunun kabul edilmesi halinde, kişilerin irade özerkliği ciddi şekilde sınırlandırılarak zedelenebilir. Temel haklar, objektif değerler düzenini ifade ettiğine göre, nesnel özelliğe sahiptir. Yani, bu hakların kişileri doğrudan bağladığı kabul edilirse, her bir uyuşmazlıkta somut olaya göre değerlendirme yapılması da mümkün olmayacaktır. Temel hakların kişilerin eylemleri üzerinde doğrudan etkili olması, kişileri nesnel ölçütlere uygun şekilde davranmaya zorlayabilir. Doğrudan yatay etkinin neden olacağı bu olumsuzlukların önüne geçmek için, bu hakların özel hukuk düzenindeki etkisi kabul edilmeli, ancak bu etki hukuk normları üzerinde ve dolaylı olmalıdır. Temel hakların kişilere etkisi ise yasal düzenlemeler ve yargı kararları kanalıyla gerçekleşmelidir. Bilhassa, özel hukuktaki genel ilkelerin ve soyut kavramların yorumlanmasında, anayasa yol gösterici olmalıdır.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> GÖREN, (2001), s. 12.

<sup>230</sup> BARAK, (2001), s. 21; LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 301.

<sup>231</sup> GÖREN, (2001), s. 13; ERGÜL, (2013), s. 446; BOYAR, (2013), s. 57.

## 2. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Dolaylı yatay etki modeline getirilen eleştiriler genel itibariyle doğrudan etkiye yöneltilen eleştirilerle benzerlik göstermiştir. Öncelikle anayasal normların devlete yönelik ve kamu hukuku karakterli olduğunu; bu nedenle özel hukuk alanında uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmuştur. Bu eleştiri kapsamında anayasaların, temel hakların muhatabı olarak çoğunlukla ve yalnızca devleti gösterdiği, dolayısıyla hakların özel hukuk alanında doğrudan veya dolaylı etkisinin olmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Bu eleştiri bağlamında özel hukuk alanında kişiler arasındaki ilişkiler ve toplumsal düzen, *kamu düzeni ilkesi* çerçevesinde zaten korunduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca özellikle insan onuru, bireysel özgürlükler ve mülkiyet gibi haklar, doğrudan devlete yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu hak ve ilkelerin, kamu düzenine ilişkin değerler üzerinde etkili olmasının uygun olmadığı savunulmuştur.<sup>232</sup>

## § II. DOLAYLI YATAY ETKİ MODELİNDE YAKLAŞIMLAR

Dolaylı yatay etki modeline yöneltilen eleştirilerin devam etmesi sonucunda ve modelin uygulanabilirliğinin artırılması amacıyla, çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu kısımda, öncelikle, *zayıf dolaylı yatay etki* ve *güçlü dolaylı yatay etki* yaklaşımları ve *devletin koruma yükümlülüğü doktrini* incelenmiştir. Ardından temel hakların özel hukuk alanına uygulanmasında farklı yöntem ve yaklaşımlara sahip olması nedeniyle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği *devlet eylemi doktrini* ile Kanada Yüksek Mahkemesi'nin benimsediği *hükümet eylemi teorisi* incelenerek bu yaklaşımların yatay etki teorisinde işgal ettiği yer tespit edilmeye çalışılmıştır.

---

<sup>232</sup> BARAK, (2001), s. 25.

## A. DOLAYLI YATAY ETKİNİN BAŞLICA GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Temel hakların hukuk düzenindeki etkisinin açıklanmasında iki kutuplu bir sistem düşünmek yatay etki modellerinin anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır. Bu sistemin bir kutbunda, temel hakların, yalnızca birey-devlet ilişkilerinde geçerli olan ve devlete karşı ileri sürülebilen haklar olduğu görüşüne dayanan “*saf dikey etki modeli*” bulunmaktadır. Kutbun diğer ucundaysa, bu hakların bireyler üzerinde doğrudan etkili ve onlara anayasal yükümlülükler getirebilen haklar olduğunun savunulduğu “*doğrudan yatay etki modeli*” vardır.

Doğrudan yatay etki görüşü, bireye anayasal ödevler yüklemesi; bir özel hukuk uyuşmazlığında taraflardan birinin temel hakkını anayasada öngörülmediği halde sınırlandırması; yargıçlara yasama organı karşısında anayasal güç vermesi gibi nedenlerle eleştirilmiştir. Günümüzde, bu anlayışın büyük ölçüde terkedilerek, temel hakların özel hukuk alanında “*dolaylı yatay etkisi*” değerlendirilmektedir. Ancak dolaylı yatay etki modelinin kabul edilmesi de tartışmaları sonlandırmamış, özel hukuk alanındaki bu etkinin seviyesi ve uyuşmazlık halinde başvurulacak hukuki araçlar üzerinden görüş ayrılıkları devam etmiştir. Bu bağlamda, söz konusu ihtilafları çözerek eleştirileri sonlandırmak ve birey özgürlüklerinin korunmasına en iyi şekilde hizmet edecek çözümün bulunması amacıyla üretilen “*zayıf dolaylı yatay etki*” ve “*güçlü dolaylı yatay etki*” yaklaşımlarının incelenmesi gerekmektedir.

**Tablo-1:** İki kutuplu sistem düşüncesi, Stephen Gardbaum'un çalışmalarından alıntılanmıştır. Yazar, iki kutuplu spektrumun bir kutbuna **saf dikey etki**, diğer kutbuna ise **saf doğrudan yatay etkiyi** yerleştirmektedir. Dolaylı yatay etki ve bu modelin farklı görünüş şekilleriyse bu spektrum içinde farklı noktalarda bulunmakta ve uygulandığı hukuk sistemini dikey etki veya doğrudan yatay etki modeline yaklaştırmaktadır.<sup>233</sup>

<b>Saf dikey etki</b> (Pure vertical effect)	<b>Dolaylı yatay etki</b>		<b>Doğrudan yatay etki</b> (direct horizontal effect)
	<b>Zayıf dolaylı yatay etki</b> (Weak indirect horizontal effect)	<b>Güçlü dolaylı yatay etki</b> (Strong indirect horizontal effect)	

## 1. ZAYIF DOLAYLI YATAY ETKİ

Yukarıda belirtilen tablodaki iki kutuplu sistemin iki zıt kutbunda *saf dikey etki* ve *doğrudan yatay etki* modelleri bulunmaktadır. Bu iki model arasında bulunan dolaylı yatay etki anlayışı ise temelde ikili bir ayırım yapılarak incelenmektedir. Bu ayırımı karşımıza ilk olarak *zayıf dolaylı yatay etki anlayışı* (weak indirect horizontal effect) çıkmaktadır.<sup>234</sup>

Zayıf dolaylı yatay etki anlayışına göre özel hukuk alanı, temel hakların kontrolünde değildir ve bu haklara dolaylı şekilde tâbidir. Dolayısıyla temel haklar, özel hukuku sadece belli düzeyde etkilemektedir. Yasaların yorumlanması, uygulanması ve

<sup>233</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GARDBAUM, Stephen, “The Horizontal Effect of The Constitutional Rights”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, December, (2003), ss. 387-496.

<sup>234</sup> Bu yaklaşım, “klasik dolaylı yatay etki” olarak da adlandırılmaktadır. BARAK, (2001), s. 31.

geliştirilmesi anayasal haklar değil ve fakat *anayasal değerler* doğrultusunda olmalıdır. Dolayısıyla temel haklar özel hukuk uyuşmazlıklarında doğrudan ileri sürülemez ve kişiler bu haklara dayanamazlar. Bununla birlikte, ancak *anayasal değerler*, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlık ve davalarda ileri sürülebilir. Bu yaklaşımda, özel hukuk ilişkilerinde bir tarafa yükümlülük getiren veya onu zarara uğratan bir özel hukuk normuna dayanılması halinde, bu kişinin temel hakları dolaylı şekilde uygulanmaktadır.<sup>235</sup>

Zayıf dolaylı yatay etki yaklaşımına göre, kişiler temel haklarla bağlı değildir. Bu nedenle, mahkemeler hukuki uyuşmazlıkları özel hukuk ve sözleşme hukuku çerçevesinde çözerek, kararlarının temelini özel hukuk kurallarına dayandırmalıdır. Dolayısıyla mahkemeler, hukuki uyuşmazlıklarda özel hukuk ve sözleşme hukukunu anayasal değerler ışığında uygulamalı ve geliştirmelidirler.<sup>236</sup>

Bu yaklaşımda, uyuşmazlıkların çözümü öncelikle sözleşme hukukunda aranmalı, sonrasında temel hakların özel hukuk kurallarına olası etkisi değerlendirilmelidir. Hatta bir görüşe göre zayıf dolaylı yatay etki yaklaşımında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesi ve uyumlaştırılmasının, temel haklar düzeyinde gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Belirtilen bu özellikleri nedeniyle, zayıf dolaylı yatay etki anlayışının, dolaylı yatay etki modelinin Dürig tarafından öne sürülen ilk haline en çok benzeyen model olduğu ve yatay etki teorisinin *en sınırlandırılmış* hali olduğu belirtilmektedir. Ayrıca bu

---

<sup>235</sup> GARBDAM, (2003), s. 436; ERGÜL, (2013), s. 462-463.

<sup>236</sup> Bu yaklaşımın Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından da benimsendiği görülmektedir. §2, D: “*Kanada ve Hükümet Eylemi Teorisi (Governmental Action Theory)*).

yaklaşımın, özellikle sözleşme hukuku bağlamında özel hukuk ve temel hakların birbirini tamamlayıcı niteliğini ileri boyuta taşıdığı savunulmaktadır.<sup>237</sup>

## 2. GÜÇLENDİRİLMİŞ (GÜÇLÜ) DOLAYLI YATAY ETKİ

Güçlü dolaylı yatay etki anlayışına (*strong indirect horizontal effect*) göre, bütün hukuk ve doğal olarak özel hukuk alanı, temel hakların *doğrudan* konusudur. Dolayısıyla özel hukuk yasalarının temel haklarla ve anayasayla uyumlu olması gerekir. Nitekim, anayasaya aykırı bir yasanın varlığı kabul edilemeyeceğine göre, devlet veya kişiler böyle bir yasaya dayanarak hukuki işlem ve eylemlerde bulunamaz. Böylece, temel haklar bireyi *tamamen* korur ve hatta bu haklar özel hukuk alanında ileri sürülebilir.

Bu anlayışta da temel haklar özel hukuka doğrudan uygulanmaz ve kişiler bu haklarla bağlı değildir. Bununla birlikte, özellikle sözleşme hukuku kapsamında, temel haklar kişileri yalnızca etkilemez, aynı zamanda kişilerin eylem ve işlemlerini yönetmektedir. Bu yaklaşımın, doğrudan yatay etki modelinden ayrılan yönü, temel hakların sözleşme hukuku ve özel hukuk alanında gömülü olması, yani bu alanın temelinde zaten bu hakların bulunmasıdır.<sup>238</sup>

Güçlü dolaylı etki anlayışını savunan bir görüşe göre, bu anlayışın anlamlı hale gelmesi için özel hukuk ve temel hakların *özü* birlikte ele alınmalıdır. Bunun nedeni, temel hakların yatay etkisinin kabul edilmesi halinde bu hakların hukuki ilişkilerde, çoğunlukla karşılıklı olarak birbirlerini kısıtlamasıdır. Özel hukuk ilişkilerinde bu

---

<sup>237</sup> CHEREDNYCHENKO, Olha O., “*Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?*”, **Constitutional Values And European Contract Law**, S. Grundmann (ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, (2008), s. 57-58; CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 23.

<sup>238</sup> CHEREDNYCHENKO, (2008), s. 56.

hakların birbirini sınırlandırması, bir çerçeveye ihtiyaç doğurur; bu çerçeve ise “*özel hukuk*” olmalıdır. Bu çerçevenin, özel hukukta aranmasının nedeni, insan haklarının, aslında kamu düzeni ilkesini de içeren özel hukukun temelinde yer almasıdır. Çünkü özel hukuk alanı, kamu yararı ilkesi ve temel hakların yasalarda somutlaştırılmış olması sayesinde çatışan hakların dengelenmesini sağlamaktadır. Bu görüşe göre, “*özel hukuk, ortak hayatı mümkün kılmayı ve bireylerin temel haklardan yararlanmalarını sağlamayı amaçlayan karmaşık ve kapsamlı bir denge ve düzenlemeler sistemi oluşturur. Bu nedenle insan haklarının bireyler arasındaki ilişkilerde tanınması, özel hukuk araçları aracılığıyla olmalıdır.*”<sup>239</sup>

Sonuç olarak, bu yaklaşım iki temel varsayıma dayanır: *Öncelikle*, temel haklar yalnızca devlete değil, diğer kişilere de yöneliktir. *İkincisi*, temel hakların özel hukuk alanındaki ihlalinin engelleyecek hukuki çözüm yolları, özel hukukta *da* yer almalıdır. Yani bir kişinin hakkı, bir diğer kişi tarafından ihlal edildiğinde; bir zarar söz konusuysa bu zararın tazmini veya ortadan kaldırılması, özel hukuk kurallarıyla sağlanmalıdır. Ancak, özel hukuk alanında temel hakların uygulanmasına ve korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmayabilir. Bu halde, temel hakların özel hukuk kuralları aracılığıyla özel hukuka aktarılması gerekir. Yani güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımı, özel hukuk alanında, temel hak ihlallerinin engellenmesi veya zararın ortadan kaldırılmasına yönelik bir hukuki çare bulunmaması durumunda, anayasal normları doğrudan uygulamak yerine, özel hukuk yasalarının gözden geçirilmesini gerektirir. Özel hukuk kuralları bir kişinin hakkının korunması için yeterli değilse veya aksine bu kural bir hak ihlaline neden

---

<sup>239</sup> BARAK, (2001), s. 29; ERGÜL, (2013), s. 464.

oluyorsa; *dürüstlük kuralı*, *iyi niyet* gibi genel ilkeler yoluyla söz konusu normlar yeniden yorumlanabilir veya varsa hukuk boşlukları doldurulabilir.<sup>240</sup> Dolayısıyla yargı organlarının yasaların anayasaya uygunluğunun denetleme yetkisine sahip olduğu hukuk sistemlerinde, *güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımının* görüldüğünü söyleyebiliriz.<sup>241</sup>

Güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımının uygulanabilirlik derecesinin ölçülmesi için temel haklara getirdiği koruma düzeyinin ve daha önce ele alınan diğer modellerle ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.

#### **a. Güçlü Dolaylı Etki Modeli Kapsamında Temel Hakların Korunması**

Temel hakların korunma düzeyi; hakkın değeri, diğer hak ve ilkelerle arasındaki menfaat dengesi ve anayasal ilkeler göz önüne alınarak belirlenir. Bu bakımdan menfaatler dengesinin belirlenmesinde; bir kamu menfaati (*devletin bütünlüğü, demokratik yapısı, devlet sırrının korunması, kamu düzeni vb.*) ya da özel bir yarar (*özel hayatın korunması vb.*) söz konusu olabileceği gibi, kamusal ve özel menfaatler bir arada da bulunabilir. Örneğin, bir kişinin özel hayatının ve gizliğinin korunması hem kamusal

---

<sup>240</sup> BARAK, (2001), s. 30.

<sup>241</sup> ERGÜL, (2013), s. 467. Yazara göre, “*özel hukuk yasalarının temel hakların etkisi altında olduğunun kabulü, aynı zamanda dolaylı yatay etkinin varlığını kanıtlamaktadır. Nitekim bu durumda temel haklar, bireyler üzerinde yasalar aracılığıyla ve dolaylı şekilde gerçekleşmektedir. Bu nedenle, anayasaya uygunluk denetiminin olduğu her hukuk sisteminde dolaylı yatay etkinin bir türünün var olduğunu iddia etmek mümkündür.*”

hem de özel yarar taşıyabilir.<sup>242</sup> Özel hukuk normları, bu menfaatler dengesinde bir hakka getirilen koruma düzeyini belirtir. Örneğin, sözleşme hukukuna veya haksız fiil hukukuna ilişkin kurallar, bir eylem veya hukuki işleme girildiğinde, diğer bir kişinin hakkının ihlalinin önlenmesine de hizmet eder. Özel hukukta, temel haklara tanınan koruma düzeyi belirlenirken her iki tarafın hakları ve kamu yararı birlikte dikkate alınır. Sözleşme özgürlüğü özel hukuk kapsamında tanınan en önemli ilkelerden biridir; ancak bu özgürlük, *kamu yararı ilkesi* ve başkalarının temel haklarını kapsayan *kamu düzeni ilkesiyle* sınırlanmaktadır.<sup>243</sup>

Güçlü dolaylı yatay etki anlayışı temel haklara tanınan koruma kapsamının, özel hukuk yasalarıyla belirlenmesi gerektiğini savunur. Temel haklara ilişkin düzenleme ve sınırlamaları da içerecek mevzuatın oluşturulması, yasama organının anayasal ödevidir. Yasama organı bu ödevi yerine getirirken özgürlükleri gözetmeli ve temel haklar hakkında öngörülen anayasal sınırlara uymalıdır.<sup>244</sup> Bu bağlamda *iyi niyet*, *dürüstlük kuralı* ve *kamu düzeni* gibi özel hukuka hâkim olan ilkeler, aslında hukuk sisteminin temel değer ve kavramlarını da yansıtmaktadır. Aslında bu ilkeler, anayasal değerlerin ve hatta temel hakların bir ifadesi olduğundan, temel hakların özel hukuka *sızma* kanallarını oluşturur. Örneğin, sözleşme içeriğinin belirlenmesi özgürlüğü, *sözleşme özgürlüğünün*

---

<sup>242</sup> Temel hakların korunmasında birtakım çerçevesel sınırların belirlenmesi aslında, bu hakların mutlak olmadığına da işaret etmektedir. Özellikle iki kişinin haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda, çatışan hakların dengelenmesi dahi bu hakların mutlak değil, göreceli olduğu gerçeğine işaret etmektedir.

<sup>243</sup> BARAK, (2001), s. 32.

<sup>244</sup> LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 297; BARAK, (2001), s. 32.

bir uzantısıdır. Ancak *kamu düzeni ilkesi*, sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarını belirler. Böylece, hukuki işlemlerde temel hakları ve çeşitli anayasal değerleri sınırlandıran düzenlemeler getirilmesinin engellenmesi ve hakların dengelenmesi sağlanır. Aynı şekilde *dürüstlük kuralı* da taraflar arasında minimum düzeyde karşılıklı menfaatlere uygun davranılmasını sağlayan nesnel bir ilkedir. Bu ilkeler sayesinde çatışan insan haklarının dengelenmesi sağlanabilir. Bu görüş kapsamında, özel hukuk ve özellikle sözleşme hukuku alanı çatışan hakların dengelenmesine dayanmaktadır.<sup>245</sup> Ancak bu dengeleme faaliyetinde bu genel hükümler ve diğer özel hukuk normları uygulanırken, temel hakların özlerine dokunulmaksızın ve anayasada öngörülen çerçeve içerisinde sınırlandırılmasına özen gösterilmelidir.

Güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımına göre, temel hak ihlallerinin önlenmesi veya ihlalden doğan zararların giderilmesi için gerekli hukuki çareler özel hukuk normlarıyla sağlanamıyorsa, yasama organı yenilerini oluşturmakla yükümlüdür. Yasamanın bu yükümlülüğü şu şekilde açıklanabilir: *Öncelikle* anayasaların ve insan haklarının temelinde bulunan *insan onuru* kavramı gereğince, temel hakların korunması ve ihlallerinden doğan zararların giderilmesi amacıyla yasamanın hukuki düzenlemeler yapması zorunludur. Yasamanın bu yükümlülüğü, özel hukuk alanının temelinde yer alan *iyi niyet*, *kamu düzeni* gibi ilkelerin yorumlanması ve gerekliyse bu ilkeler kapsamında yeni düzenlemeler yapılmasını da içermektedir. Nitekim prensip olarak, bir hakkın varlığı, o hak bakımından hukuki koruma gerektirdiğine göre, gerekli olduğu takdirde,

---

<sup>245</sup> BARAK, (2001), s. 33; Çatışan temel hakların dengelenmesi; temel hakların sınırlandırılmasında, anayasayla korunan diğer menfaatlerle birlikte bir çerçeve oluşturmaktadır. LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 297.

temel hakların korunmasını sağlayacak *yeni* özel hukuk araçları yaratılmalıdır. *İkincisi*, temel hakların korunmasına ilişkin yasal düzenleme mevcut değilse, hukuk boşluğu olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda yargıçlar, bu hukuk boşluğunu uygulanabilir anayasal kurallara göre doldurmalıdır. Dolayısıyla ihlali ve ihlalden kaynaklanan zararları ortadan kaldıracak normun bulunmaması halinde yargı organı bu hakları korumakla yükümlüdür.<sup>246</sup>

### **b. Güçlü Dolaylı Yatay Etki Yaklaşımının Diğer Yatay Etki Yaklaşımları ile Karşılaştırılması**

*Doğrudan yatay etki modeline* göre, mahkemeler saf özel hukuk davalarında, özel hukuk alanındaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın *doğrudan* temel haklara dayanarak karar verebilirler. Bu modelde temel haklar, olağan kanunlar gibi yorumlanarak uygulanmaktadır. Buna karşılık, *güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımında* ise temel haklar, olağan hukuk normları gibi değil, yüksek değerdeki ilke ve değerler olarak uygulanmaktadır. Bir diğer deyişle bu haklar özel hukukun temelinde yer almalıdır. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre, özel hukuk uyuşmazlıklarında çözüm, özel hukuk ve sözleşme hukuku kurallarıyla üretilmelidir. Mahkemeler, öncelikle ilgili temel haklar kapsamında kararlarını vermelidir; ancak, kararlarını özel hukuk ve bilhassa sözleşme hukuku kuralları kapsamında temellendirmelidirler.<sup>247</sup>

Ancak, *güçlü dolaylı yatay etki* ve *doğrudan yatay etki* yaklaşımlarının bazı yönlerden benzer olduğu kabul edilmelidir. Temel hakların özel hukukta etkili olması gerektiği ve bir hak ihlalinin, aynı zamanda anayasal bir yükümlülüğün ihlali anlamına geldiğini kabul etmeleri bakımından bu iki yaklaşım arasında benzerlik bulunmaktadır.

---

<sup>246</sup> BARAK, (2001), s. 31; ERGÜL, (2013), s. 465.

<sup>247</sup> CHEREDNYCHENKO, (2008), s. 57; CHEREDNYCHENKO, (2007), 23.

Bu anlayışlar arasındaki esas fark; *doğrudan yatay etki modelinin*, temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda özel hukuk normlarını dikkate almayarak, özel hukukun yanında ayrıca bir “*anayasal özel hukuk*” yaratmasıdır. Bu model, bir temel hak ihlalinde özel hukuk alanını *tamamen* göz ardı etmekte ve direkt olarak temel hakların uygulanmasını önermektedir. *Güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımı* ise, bu ihlallerin engellenmesi ve zararların ortadan kaldırılması için özel hukuku bir *normatif sistem* olarak kabul etmektedir. Yani yasalar hakların korunması için anayasayla uyumlu hukuki çözümler sağladığı sürece, temel hakların doğrudan uygulanmasına gerek kalmamaktadır.

Bu yaklaşıma göre, temelinin insan haklarına dayanması nedeniyle, özel hukuk alanı “*anayasal özel hukuku*” kendi içinde barındırmaktadır. Dolayısıyla güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımı, temel haklara ilişkin uyuşmazlıklarda özel hukuku görmezden gelmez ve *özel hukuku anayasallaştırma* iddiasında da değildir. Ayrıca bu yaklaşım kapsamında, özel hukuk kuralları bir kişinin hakkının korunması için yeterli değilse veya aksine bir hak ihlaline neden oluyorsa; genel ilkeler kapsamında var olan hukuki araçlar yeniden yorumlanabilir veya varsa hukuk boşluğu doldurularak yeni araçlar yaratılabilir.<sup>248</sup>

Özel hukukun temel hakların korunması için uygun araçlar geliştirdiği durumlarda, *güçlü dolaylı* ve *zayıf dolaylı yatay etki yaklaşımları* arasında bir fark yoktur. Temel hakların korunması için özel hukuk kurallarının yetersiz kaldığı durumlarda iki yaklaşım arasındaki asli fark ortaya çıkmaktadır.

*Zayıf dolaylı yatay etki yaklaşımında*, özel hukuk alanında hak ihlalinin ve zararın giderilmesi için bir norm bulunmadığı takdirde, zarar gören kişinin zararının giderilmesi mümkün değildir. Çünkü bu yaklaşımda mahkemeler uyuşmazlıkları özel hukuk ve

---

<sup>248</sup> BARAK, (2001), s. 30-31.

sözleşme hukuku çerçevesinde çözmeli ve kararlarının temelini özel hukuk kurallarına dayandırmalıdır. *Güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımında* ise, bir hak ihlaline kayıtsız kalınamayacağına göre, özel hukuk alanında duruma uygun çözüm yolları üretilmesi gerekmektedir.<sup>249</sup> Ayrıca bu kapsamda, mahkemeler kararlarını öncelikle temel haklara dayandırmalı, daha sonra özel hukukta bu karara uygun düşen normlar bulunup bulunmadığını değerlendirmelidir.

Bir görüşe göre, *zayıf dolaylı yatay etki*, özel hukuk ve temel hakları uyumlaştırırken; *güçlü dolaylı yatay etki* (ve *doğrudan yatay etki*) yaklaşımı, özel hukuku ve bilhassa sözleşme hukukunu temel haklara bağlı hale getirmektedir. Bu görüş, sözleşme hukuku kurallarının etkisini yitirmemesi amacıyla bu kurallar açısından *zayıf dolaylı etki yaklaşımının* kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>250</sup> Nitekim zayıf dolaylı yatay etki anlayışında, özel hukuk araçlarıyla sağlanan koruma ölçüsünde, temel hakların bireylere ve özel hukuk alanına uygulanma etkisi azalmaktadır. Bu yaklaşıma göre, özel hukuk alanı temel haklar tarafından yönetilmemekte, temel haklardan yalnızca etkilenmektedir. Dolayısıyla bu iki yaklaşım arasındaki fark, mahkemelerin temel haklara uygun karar vermelerine ilişkin görevlerinin kapsamı bakımından ortaya çıkmaktadır.<sup>251</sup>

## **B. DEVLETİN KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ DOKTRİNİ**

Dolaylı yatay etki modelinin, temel hakların korunmasında yeterli olup olmadığı üzerine tartışma ve çözüm arayışlarının devam etmesi üzerine; özel hukuk ve kamu hukuku alanları arasındaki ilişkinin doğru bir düzleme yerleştirilmesi; bireylere anayasal

---

<sup>249</sup> BARAK, (2001), s. 31.

<sup>250</sup> CHEREDNYCHENKO, (2008), s. 58-59.

<sup>251</sup> CHEREDNYCHENKO, (2008), s. 57- 58; CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 23; ERGÜL, (2013), s. 463.

yükümlülükler getirmeden, temel hakların tam olarak korunmasının sağlanması amacıyla **devletin koruma yükümlülüğü** olduğu görüşü ortaya atılmıştır.

Bu doktrinin temelinde; özel hukukta insan haklarının etkili olması için “*objektif değerler sistemi*” (*objective value system*) anlayışının yeterli olup olmadığı tartışması vardır. Ayrıca insan haklarının klasik koruyucu işlevinin özel hukuktaki etkisinin derecesi ve temel hakların konu edildiği özel hukuk uyuşmazlıklarında yargısal incelemenin hangi ölçüde olması gerektiği gibi sorunlar da bu yaklaşımın geliştirilmesinde etkili olmuştur.<sup>252</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihadına dayanan bu yaklaşıma göre, temel hak ve özgürlükler bireye yalnızca devlete karşı koruma sağlamaz, bu özgürlüklerin aynı zamanda devlet “*aracılığıyla*” korunması gerekir.<sup>253</sup> Dolayısıyla bu anlayışa göre, özel hukuk ilişkilerinde taraflardan birinin menfaati için devletin müdahale etmek şeklinde pozitif yükümlülüğü vardır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1975 tarihli kürtaj kararında (*Abortion Case*<sup>254</sup>) **devletin koruma yükümlülüğü** (*state duties to protect constitutional rights / grundrechtliche Schutzpflichten*) üzerinde durmuştur.<sup>255</sup> Anayasa Mahkemesi’ne göre, bireyin insan onurunun ve yaşama hakkını korunması Temel Kanun kapsamında devletin görevidir.<sup>256</sup> Hamileliğin devamı halinde annenin yaşam hakkı tehlikeye girecekse, annenin yaşama hakkıyla, ceninin onuru ve yaşama hakkı arasında dengeleme yapılması

---

<sup>252</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 147-148.

<sup>253</sup> PREUSS, (2005), s. 29; CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 6.

<sup>254</sup> Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararında inceleme sınırlarını aştığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. *Abortion I Case, 39 BVerfGE 1 (1975)*, Kararın İngilizce özeti için, Bkz. KOMMERS, MILLER, (2012), s. 374-386.

<sup>255</sup> BECKMANN, (2010), s. 272.

<sup>256</sup> CORRADO, (2005), s. 143.

gerekir. Bu bağlamda inceleme yapan Federal Anayasa Mahkemesi, ceninin insan onuru ve yaşama hakkının, *devlet tarafından korunması gerektiğine* işaret etmiştir.

Mahkeme bu kararında, devletin koruma yükümlülüğünün doğması için belli şartların sağlanması gerektiğine vurgu yapmıştır. Kararda öngörülen bu şartlara göre, öncelikle somut olay açısından önemli bir *hak ihlali olması* ve bu eylem sonucunda *bireyin zarar görme ihtimalinin yüksek olması* gerekir. Bu durumda yargılama esnasında, ilgili yasal düzenlemeler ve kişilerin çatışan hakları dikkate alınmalıdır. Devletin hiçbir şekilde koruma sağlamadığı ya da alınan tedbirlerin açıkça yetersiz kaldığı hallerde ise Federal Anayasa Mahkemesi'nin müdahale etmesi gerekir.<sup>257</sup>

Mahkeme'nin bu kararı, devletin koruma yükümlülüğü anlayışının özelliklerini ortaya koymaktadır. Buna göre, öncelikle *yasaların birey özgürlüklerini koruyucu şekilde düzenlenmesi devletin sorumluluğundadır*. Özgürlükleri korumak amacıyla dizayn edilen yasaların, bireyin diğer kişilerden kaynaklanan tehditlere karşı korunması bakımından etkili hukuki araçlar olması gerekir. Bu bağlamda *yasama organı*, kişilerin birbiriyle yarışan özel menfaatlerini dengeleyen ve özgürlüklerin yeterince korunmasını sağlayan bir hukuk sistemi oluşturmaya mecburdur.<sup>258</sup> Yasalar özgürlükleri korumakta yetersiz kalıyorsa, *mahkemeler* ve dolayısıyla *Anayasa Mahkemesi*, *temel hakları korumakla yükümlüdür*.

---

<sup>257</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s. 150-151.

<sup>258</sup> CORRADO, (2005), s. 143.

Bununla birlikte koruma yükümlülüğü yaklaşımı, tarafların çatışan haklarının dengelenmesi halinde bu hakların belli bir dereceye kadar sınırlandırılması gerektirmesi nedeniyle eleştirilebilir. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı uygularken bazı ön koşullar öngörmesinin nedeni, bu dengeleme faaliyeti kapsamında mahkeme eliyle ortaya çıkabilecek temel hak ihlallerin önüne geçmek ve haklara koruma sağlamaktır.<sup>259</sup>

Bu yaklaşım, mahkemelerin müdahalesini, ancak hakların yasalar yoluyla tam olarak korunamadığı durumlarda mümkün kabul etmektedir. Bu nedenle bu yaklaşım, *Lüth* kararında vurgulanan “*objektif değerler düzeni*” anlayışına kıyasla, hakların özel hukuk düzenindeki etkisini azalttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna karşın diğer bir görüşe göre, bu teori kapsamında öncelikle yasa koyucunun insan haklarıyla bağlı olması, Alman hukuk sistemini *doğrudan yatay etki modeline* yaklaştırmaktadır.<sup>260</sup>

Almanya'daki *Drittwirkung* tartışmalarının bu kadar çeşitlenmesinde etkili olan sebeplerden biri, Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve görevleridir. Temel haklar, anayasa mahkemelerinin hukuk sistemi içindeki rolüyle yakından bağlantılıdır ve bu durum mahkemelerin hak koruyucu işlevine işaret eder. Pek çok sistemde anayasa mahkemesinin varlığı ve kararlarının, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve özellikle yasamanın yetkileri üzerindeki etkisi tartışma konusu olmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi de geçmişten itibaren yasamanın alanına ve yetkilerine dokunmakla suçlanmış; hatta *alternatif kanun koyucu* olmakla eleştirilmiştir. Özellikle anayasa mahkemesi yargıçlarının, özel hukuk uyuşmazlıklarının karmaşık sorunlarına, anayasal normları uygulayacak donanımına sahip olmadıkları ileri sürülmüştür. Ayrıca yasa koyucunun

---

<sup>259</sup> PREUSS, (2005), s. 30.

<sup>260</sup> FEDTKE, “*Drittwirkung in Germany*”, (2007), s.151-152.

çatışan temel haklar arasındaki doğru dengeyi belirlemesinin geniş anayasal sınırlar çerçevesinde gerçekleşmesi de eleştirilmiştir. Bununla birlikte, Alman hukukunda *Drittwirkung* teorisine getirilen eleştiri, kuvvetler ayrılığı tartışmasının ötesindedir. Bu ülkedeki eleştiri ve tartışmalar çoğunlukla Alman hukuk sisteminde, ihtisaslaşmış mahkeme sistemi, Anayasa Mahkemesi'nin ve anayasa şikâyeti hakkının varlığından kaynaklanmıştır. Koruma yükümlülüğü teorisini savunanlar, Anayasa Mahkemesi'ni, *Lüth* kararında ihtisaslaşmış mahkeme yetkisini aşarak genel mahkeme gibi hareket etmekte eleştirmiştir. Bu görüşe göre Lüth kararındaki yaklaşım, hukuk sisteminin genişleyen bir şekilde *anayasallaştırılmasına* kapı açmaktadır. Buna karşın *devletin koruma yükümlülüğü yaklaşımı*, hem yasama organının yetkisini hem de özel hukuk alanında ihtisaslaşmış mahkemelerin yargı yetkisini güçlendirerek, temel hakların özel hukuk alanındaki etkisini sınırlamaktadır.<sup>261</sup>

*Koruma yükümlülüğü doktrini*, sıklıkla *dolaylı yatay etki yaklaşımları* ile karşılaştırılmaktadır. Temel hakların bireye devlet karşısında sağladığı klasik koruyucu (*savunma*) işlevinin özel hukuk alanında da geçerli olup olmayacağı önemli bir sorundur. Ancak, temel hakların (*zayıf veya güçlü*) dolaylı yatay etkisinin ya da devletin koruma yükümlülüğü yaklaşımının kabul edilmesi bu konuda çoğunlukla bir fark yaratmamaktadır. Sonuçta; her iki yaklaşımda da özel hukuk kişileri, doğrudan kişilere uygulanacak şekilde düzenlenmiş bazı haklar dışında anayasadaki haklarla doğrudan bağlı değildir. Özellikle sözleşme hukukuna ve iş ilişkisine ilişkin hukuki işlemlerde, öncelikle özel hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Bununla birlikte mahkemeler, özel hukuk uyuşmazlıklarını çözerken, anayasadaki kurallar ve eşitlik ilkesiyle doğrudan bağlıdırlar.

---

<sup>261</sup> FEDKTE, s. 153.

Bu tartışma bağlamında bir görüşe göre, devletin koruma yükümlülüğü doktrini, güçlü dolaylı yatay etki modelinin bir parçasıdır. Karşı görüş ise, koruma yükümlülüğü teorisinin, güçlü dolaylı yatay etkiyi de içine alan daha geniş bir kavram olduğunu savunmaktadır.<sup>262</sup> *Güçlü dolaylı yatay etki anlayışı*, temel anayasal değerlerin önemini kabul ederken, aynı zamanda haklar arasındaki çatışmaları öncelikle özel hukuk prizması yoluyla çözmeyi amaçlar.<sup>263</sup> *Devletin koruma yükümlülüğü anlayışı* ise, devlete ve özellikle yasama organına temel hakların “*korunması*” için anayasal yükümlülükler getirir. Yasama organının bu hakların korunması için gerekli olan hukuki araçları sunmada yetersiz kaldığı hallerde, yargının temel hakları koruma görevini yerine getirmesi gerekir. Bu bağlamda güçlü dolaylı yatay etki ve devletin koruma yükümlülüğü teorilerinin oldukça benzer olduğu görülmektedir.<sup>264</sup>

Örneğin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin ev sahibi ve kiracı arasında yaşanan bir uyuşmazlığa dayanan 1994 tarihli kararında, her iki yaklaşımın unsurlarına da yer verdiği görülmektedir. Söz konusu olayda kiraya veren, kiracının Türk televizyon kanallarını takip etmek amacıyla ikinci bir anten kurmasına izin vermemiştir. Yerel mahkeme, ev sahibinin kiracı ile arasındaki sözleşmeye dayanarak, ek bir anten kurulumunu reddetmesinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’ne göre, yerel mahkeme özel hukukun temelinde yer alan ilkelerden, *iyi niyet ilkesini* sınırlı şekilde yorumlayarak, kiracının Temel Kanun’un 5/1 hükmünde

---

<sup>262</sup> ENDERS, Christoph, **Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung**, Tübingen, (1997), s. 335; Akt. BELLING, İNCE, (2014), s. 36.

<sup>263</sup> FEDKTE, s. 153.

<sup>264</sup> PREUSS, (2005), s. 28; BELLING, İNCE, (2014), s. 36.

düzenlenen *bilgi edinme özgürlüğünü* ihlal etmiştir. Dolayısıyla yerel mahkeme kararı anayasaya aykırıdır.<sup>265</sup> Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerin özel hukuk uyuşmazlıklarında temel hakların korunması bakımından yükümlü olduğuna işaret etmektedir. Aynı zamanda, özel hukuk normlarının ve özellikle genel hükümlerin, temel hakların özel hukuk alanındaki etkisinin sağlanmasında giderek daha etkili hukuki araçlar haline geldiği de görülmektedir. Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesi'nin de devletin koruma yükümlülüğünü kabul ederken, güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımını tamamen göz ardı etmediği; her iki yaklaşımı da bir arada değerlendirerek temel hakların özel hukukta daha etkili şekilde korunmasını amaçladığı söylenebilir.<sup>266</sup>

### C. DEVLET EYLEMİ DOKTRİNİ (*STATE ACTION DOCTRINE*)

Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen *devlet eylemi doktrini* (*state action doctrine*), öğretide bir kısım yazar tarafından *güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımının* bir görünüm biçimi olarak kabul edilmesi nedeniyle bu kısımda incelenmiştir.

Amerikan Anayasası'nda genellikle doğrudan devleti işaret eden bir ifade tarzının tercih edilmesi<sup>267</sup> ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararlar sonucunda, bu

---

<sup>265</sup> *Parabolantenne Case*, 90 BVerfGE 27 (1994), Akt., CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 7.

<sup>266</sup> CHEREDNYCHENKO, (2007), s. 6-8.

<sup>267</sup> Örneğin 1. Ek'in ifade özgürlüğü hakkını “*Kongre ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlayan yasa yapamaz...*” şeklinde düzenlemesi, bu hükmün doğrudan devlet organlarına yönelik olarak yorumlanmasına neden olmuştur. Bu bakış açısıyla, örneğin, editörler veya yayıncılar, devlet üniversiteleri dışındaki üniversiteler özel hukuk kişileri, anayasal

hukuk sisteminde anayasal hakların yalnızca devleti ve kamu otoritelerini bağladığı görüşü yerleşmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, “yalnızca yasama gibi devlet eylemleri, kişilerin adil yargılanma ve eşitlik gibi haklarını ihlal edebilir. Özel hukuk kişilerine karşı bu hakların korunması ancak, devletin yargılama veya yasama gibi destekleyici bir eylemle, özel hukuk kişilerinin bu fiillerine katılması halinde mümkün olabilir.”<sup>268</sup> Bu yoruma göre, anayasal haklar sadece devlet tarafından ihlal edilebilir. Özel hukuk kişilerinin, ancak *bir yasaya* veya *düzenleyici işleme dayanan* ya da *mahkemelerin verdiği kararlarla desteklenen eylemleri*, diğer kişilerin haklarını ihlal edebilir.

Devlet eylemi modeli, özellikle yargının bir devlet organı olarak anayasal haklara saygı göstermesi anlayışına dayanmaktadır.<sup>269</sup> Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, anayasal hakların ihlali için bir özel hukuk eylemini tek başına yeterli görmemiş; mutlaka destekleyici veya bu eyleme katılan bir “devlet eylemi”ni aramıştır. Mahkeme'nin bu yorumu nedeniyle Amerikan hukuku, anayasal hakların özel hukuk alanındaki etkisini reddeden ve *dikey etki anlayışını* yansıtan bir örnek olarak nitelendirilmiştir.<sup>270</sup> Ancak

---

haklarla doğrudan bağlı değildir ve bu kişilerin haklara saygı gösterme yükümlülükleri yoktur.

<sup>268</sup> Akt., BARENDT, Eric, “*The United States and Canada: State Action, Constitutional Rights and Private Actors*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), s. 400-401.

<sup>269</sup> BARAK, (1996), s. 239, 255.

<sup>270</sup> GARDBAUM, (2003) s. 395; ERGÜL, (2013), s. 461; HUNT, Murray, “*The “Horizontal Effect of the Human Rights Act”*”, **Public Law**, (1998), s. 427.

karşı görüşe göre, Yüksek Mahkeme'nin kararlarıyla geliştirilen *devlet eylemi doktrini*, bu hukuk sisteminde katı dikey etki anlayışını yumuşatarak, *dolaylı yatay etkinin bir görünüm biçimini* oluşturmuştur.<sup>271</sup> Nitekim Yüksek Mahkeme, (1) *devletin belli alanlardaki sorumluluklarını özel hukuk kişilerine devretmesi*; (2) *özel hukuk alanındaki işlemlere yasalar ve yargı kararları gibi yollarla devletin de katılması*<sup>272</sup>; (3) *anayasaya aykırı yasalara dayanan işlemlerin hak ihlaline yol açması*<sup>273</sup> gibi nedenlerle özel hukuk alanındaki bazı uyumsuzluklarda devlet eylemi bulunduğu karar vermiş ve bu doktrinin kapsamını genişletmiştir.<sup>274</sup>

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin, yasa veya mahkeme kararı gibi, mutlaka kişinin eylemine katılmış bir *devlet eylemi* araması, hakların özel hukuk alanındaki etkisinin oldukça sınırlı şekilde kabul edilmesine neden olmuştur. Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu, ABD hukuk sisteminin iki temel özelliğine dayanmaktadır. *Bireyin özerkliğine* vurgu yapan ve liberal geleneğe dayanan düşünce sistemi ve yerleşmiş *federal sistem*<sup>275</sup>, anayasal hakların özel hukuk alanına sızmasına ve bu alanda değişiklikler

---

<sup>271</sup> GARDBAUM, (2003), s. 421, 425, 437.

<sup>272</sup> *Burton v Wilmington Park Authority*, 365 US 715, 1961.

<sup>273</sup> *Reitman v Mulkey*, 387 US 369, 1967.

<sup>274</sup> BARENDT, (2007), s. 405-407.

<sup>275</sup> Bu temel nitelikler, Yüksek Mahkeme'nin *Lugar v. Edmondson Oil Co.* (1982) kararında, “*devlet eylemi doktrininin, federal yasaları ve yargı gücünü sınırlayarak birey özgürlüklerinin korunmasına hizmet ettiği*” şeklinde belirtilmiştir. 457 US 922, 936 (1982); BARENDT, (2007), s. 402-404. Miller ise, makalesinde hem anayasal hakların hem de uluslararası insan haklarının özel hukuk alanına etkisini incelemekte ve bu ülkede anayasal

yapmasına engel olmuştur.

## 1. DEVLET EYLEMİ DOKTRİNİNİN DAYANDIĞI TEMELLER VE KAPSAMI

### a. Bireyin Özgürlüğünün Korunması

Liberal düşünce, devletin temel niteliğinin bireyin güvenliğini sağlamak olduğuna vurgu yapmaktadır.<sup>276</sup> Bu düşüncenin etkisiyle, insan hakları sorunları, kişiler arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin değil, devlet ve birey arasındaki ilişkiye özgü olarak nitelendirilmiştir. Nitekim, ABD Anayasası'nın kaleme alındığı ortam, bireyin devlete karşı korunması anlayışı ile Locke'un bireysel özerklik ve sosyal sözleşme kavramlarını

---

hakların özel hukuk alanına etkisinin sınırlı olmasına “*Ülkenin uluslararası insan haklarına uyumlaştırılmasını zorunlu kılmayacak askeri ve ekonomik güce sahip olması*” şeklinde üçüncü bir neden eklemektedir. Miller'a göre bu anayasal sistemde, anayasal hakların özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edilebileceği gerçeği görmezden gelinmektedir. Ayrıca uluslararası insan hakları hukuku da genelde göz önünde tutulmadığı gibi, özel hukuk alanında en çok etkide bulunan haklar olan ifade özgürlüğü ve eşitlik ilkesinin de yerel hukuk ve anayasal bağlamda değerlendirildiği görülmektedir. MILLER, Jonathan M., “*The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Verica TRSTENJAK, Petra WEINGERL (ed.), Global Studies in Comparative Law, Vol. 15, Springer, (2016), s. 578-579.

<sup>276</sup> CEVİZCİ, Ahmet, **Felsefeye Giriş**, Say Yayınları, 4. Baskı, (2015), s. 288-291.

yansıtmaktadır.<sup>277</sup>

Bireysel özerklik kavramının iki önemli sonucu bulunmaktadır. *Birincisi*, ABD Anayasası, temel hakları, devletin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan tehdit ve ihlaller kapsamında tanımlamıştır.<sup>278</sup> Yüksek Mahkeme'ye göre, “*anayasal haklar, ihlali içeren eylem, ancak doğrudan devletten veya adeta devletin eylemde bulunduğu varsayılacak kadar devletle sıkı ilişki içerisindeki özel kişiden geldiğinde ihlal edilmiş sayılır ... özel hukuk kişileri ne kadar güçlü olursa olsun, yalnızca kanunları ihlal edebilir, anayasal hakları ihlal ettikleri iddiasıyla sorumlu tutulamazlar.*”<sup>279</sup> Bireyin özerkliğinin *diğer sonucu*, bireyi özel hukuk alanındaki ilişkilerde insan hakkı ihlallerinden korumanın, devletin temel bir yükümlülüğü olmadığı düşüncesidir.<sup>280</sup> Bu düşünce, sözleşmelere

---

<sup>277</sup> MILLER, (2016), s. 580, 587.

<sup>278</sup> MILLER, (2016), s. 580.

<sup>279</sup> Hatta, kişilerin kişi ve şirketlerin, ırk, etnik köken ve cinsiyet ayrımcılığı yapmaları yasaklanmış olmakla birlikte bunların anayasal temeli yoktur. Bu bağlamda ABD anayasa hukuku, devlete kişiler arası ilişkileri etkileyecek yükümlülükler getiren ve kişileri doğrudan etkileyecek anayasal yükümlülükler bakımından gelişmemiştir MILLER, (2016), s. 581.

<sup>280</sup> Bu dava, çocukları öldürülen bir anne tarafından açılmıştır. Davacı, polisin yeterli korumayı sağlamaması nedeniyle, hakkında uzaklaştırma kararı verilen kişi tarafından çocuklarının öldürüldüğünü iddia etmektedir. Yüksek Mahkeme, üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek suçlara karşı devletin polis koruması sağlamak gibi bir yükümlülüğü olmadığına ve annenin ABD Anayasası kapsamında herhangi bir hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Town on Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S., s. 748,761, (2005).

devletin müdahalesinin uygun olmadığına dair anlayıştan kaynaklanır. Nitekim bu ülkede, sözleşme özgürlüğü ve ekonomik özgürlüklere olan devlet müdahalesinin, hiçbir zaman sözleşme taraflarını birbirinden korumak amacıyla kişiye yükümlülük getirecek noktaya ulaşmadığı görülmektedir.<sup>281</sup>

Devlet eylemi doktrinini destekleyenlerin, yatay etki teorisine temkinli yaklaşmasının sebebi; temel hakların yatay etkisinin kabulü halinde kişilerin de kamu gücünü kullananlar gibi insan haklarına *saygıyla yükümlü olacağı* düşüncesidir. Buna göre kişilere getirilen böyle bir yükümlülük, bireyin özerkliğinin ciddi şekilde sınırlandırılması anlamına gelir.<sup>282</sup> Ancak karşı görüş, aksine bireylerin anayasal haklara saygı göstermekle yükümlü *olmamasının* çelişkili bir durum yarattığına dikkat çekmektedir. bu görüş kapsamında devlet eylemi doktrinini, kişilere anayasal hakları ihlal etme özgürlüğü tanımakta ve bireysel özerkliği koruma amacıyla diğer bir kişinin özgürlüğünü feda etmektedir.<sup>283</sup> Nitekim bu görüşe göre devlet eylemi doktrininin kabul edilmesi, özellikle ifade ve toplanma özgürlüğü gibi anayasal hakların sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Bu görüşe göre, “*devlet eylemi doktrinini; bireysel özgürlüklerin sınırlarını ancak, anayasanın ihlal edilmesinin, ihlal edilen bireysel haktan daha önemli*

---

<sup>281</sup> MILLER, (2016), s. 580.

<sup>282</sup> BARENDT, (2007), s. 403.

<sup>283</sup> Yazara göre, devlet eylemi doktrinini birey özerkliğinin korunmasında gereksiz olarak dahi nitelendirilebilir; doğrudan koruma bireyin özgürlüklerinin korunması bakımından çok daha etkilidir. CHEMERINSKY, Erwin, “*Rethinking State Action*”; GARVEY, John H., ALEINIKOFF, T. Alexander, FARBER, Daniel A., **Modern Constitutional Theory: A Reader**, 5. Ed., Thomson West, (2004), s. 806, 811.

*olduğuna kanaat getirirse genişletmektedir”*.<sup>284</sup>

## **b. Federal Yapının Korunması**

Devlet eylemi doktrininin kabul edilmesinde etkili olan bir diğer neden, federal yapıyı koruma amacıdır. Federal yapı, ABD’de özel hukuku yorumlayanlar ve uluslararası ilişkileri yürüten kişiler arasındaki faaliyet alanını genişletmiş ve uluslararası insan haklarının yerel hukuka nüfuz etmesini engellemiştir.<sup>285</sup> Bu nedenle federal sistem, öncelikle uluslararası insan haklarının uygulama alanı bulmasını olumsuz şekilde etkilemiştir. Özellikle federal yasa koyucu ve yöneticiler özel hukukta uluslararası hakların uygulanmasını sağlamak konusunda yükümlülük hissetmemişlerdir.<sup>286</sup>

Anayasal hak ihlallerinin derecesinin belirlenmesi her bir eyaletin organlarına bağlı olduğundan, bu hakların korunmasında federal yapının etkisi daha farklıdır. Bir görüşe göre, federe devletler yasaları, kişileri ve devleti bağlayacak şekilde yorumlar ve anayasal hakların korunmasını sağlar.<sup>287</sup> Ancak karşı görüş, anayasanın üstünlüğü gereği, anayasal hakların her yerde eşit şekilde korunması gerektiğini, aksi halde bu hakların korunma derecesi ve kapsamının federe devletler arasında değişkenlik gösterebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre devlet eylemi doktrini uygulanmasa dahi, anayasanın üstünlüğü gereği, özel hukuk kişileri karşısında anayasal hakların korunması için hukuki

---

<sup>284</sup> CHEMERINSKY, “*Rethinking State Action*”, (2004), s. 537; BARENDT, (2007), s. 403.

<sup>285</sup> MILLER, (2016), s. 580.

<sup>286</sup> MILLER, (2016), s. 594.

<sup>287</sup> CHEMERINSKY, “*Rethinking State Action*”, (2004), 536–42.

areler retilmesi gerekmektedir.<sup>288</sup>

### c. Devlet Eylemi Doktrinin Kapsamı; İfade zgrlğ ve Ayrımcılık Yasağı

ABD’de yatay etki anlayışı genel itibariyle kabul görmemesine rağmen, *ayrımcılık yasağı* ve *ifade özgürlüğü* bakımından temel hakların özel hukuk alanında etkisi kabul edilmiştir.<sup>289</sup> İşyerinde ve kamuya açık diğer alanlarda ırk, cinsiyet, etnik köken, yaş gibi nedenlerle ortaya çıkan her türlü ayrımcılığa karşı koruma sağlanması, özel hukuk alanında oldukça önemlidir. Nitekim Yüksek Mahkeme, “*anayasanın özel kişilere karşı uygulanmadığı ve yalnızca devlete karşı koruma sağladığı*” şeklindeki içtihadının sınırlarını ilk kez ayrımcılık yasağı üzerinde inceleme yaptığı *Shelley v. Kreamer*<sup>290</sup> kararında genişletmiştir. Bu karar, ABD Yüksek Mahkemesi’nin anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine etkisini tartıştığı ve devlet eylemi doktrinine değindiği ilk karar olması nedeniyle özel bir öneme sahiptir. Söz konusu olayda, taraflardan biri aradaki sözleşmeye uymayarak, taşınmazını bir Afro-Amerikan’a satmıştır. Bunun zerine, diğer taraf sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunmuş ve talebi yerel mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme ise, kararın Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme’ye göre bir kanun ya da *common law*’dan kaynaklanan bir kuralın dava konusu olması durumunda, bu bir özel hukuk davası olsa dahi devlet eylemi var kabul edilmelidir.<sup>291</sup> Nitekim sözleşme özgürlüğü ilkesinin

---

<sup>288</sup> BARENDT, (2007), s. 404.

<sup>289</sup> MILLER, (2016), s. 584; CHEMERINSKY, “*Rethinking State Action*”, (2004), s. 785.

<sup>290</sup> *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 19–21 (1948).

<sup>291</sup> BARENDT, (2007), s. 410.

varlığına rağmen, mahkemelerin ayrımcılık içeren sözleşme hükümlerinin uygulanmasına neden olması halinde, *devlet* ayrımcılık yapmış olur.<sup>292</sup>

Yüksek Mahkeme tarafından özel hukuk alanında etkisi kabul edilen bir diğer anayasal hak ise *ifade özgürlüğü*dür. Bu özgürlük, Amerikan hukuk ve toplumsal sistemi üzerindeki *Mill* ve *Locke* etkisi nedeniyle büyük bir değer görmektedir.<sup>293</sup> İfade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisinin ilk kez tartışıldığı *New York Times v Sullivan*<sup>294</sup> kararında davacı, New York Times Gazetesi'nde yayımlanan bir reklam nedeniyle iftiraya uğradığını iddia etmiştir. Mahkeme kararında, reklamda yer alan ifadelerin *iftira içerir nitelikte olduğunu* belirtilerek, gazete ve reklam metni altında imzası bulunan diğer davalıları tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Ancak bu karar üzerine başvurulmuş Yüksek Mahkeme, "*basın ve ifade özgürlüklerinin anayasal güvenceleri dikkate alınarak, devletin tazminata hükmetme yetkisinin sınırlarının tartışılması gerektiğine*"<sup>295</sup> işaret etmiştir. Mahkeme'ye göre, yerel mahkeme kararıyla gazetenin ve diğer davalıların ifade özgürlüğü engellenerek Anayasa ihlal edilmiştir.<sup>296</sup>

---

<sup>292</sup> BARAK, (2001), s. 25-26; ERGÜL, (2013), s. 460; CHERMERINSKY, Erwin, **Constitutional Law, Principles and Policies**, 3rd Edition, Aspen Publishers, (2006), s. 527-528.

<sup>293</sup> MILLER, (2016), s. 587.

<sup>294</sup> 3. Bölüm: §2, B, 2: "*Kişilik Hakları*".

<sup>295</sup> Kararın Türkçe metni için Bkz. BALCI, Bora, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003), s. 180-196.

<sup>296</sup> BARENDT, (2007), s. 410.

## 2. DEVLET EYLEMİ DOKTRİNİNİN ANALİZİ

Öğretide, ABD sistemi ve devlet eylemi doktrinini *dikey etki teorisinin* bir görünüm biçimi olarak kabul eden yazarlar bulunmaktadır.<sup>297</sup> Ancak diğer görüş, devlet eylemi doktrinini hukuk sistemini belli açılardan, *dolaylı yatay etki anlayışına* yaklaştırdığını savunmaktadır.<sup>298</sup> Özellikle *New York Times v Sullivan* ve *Shelley v. Kreamer* kararlarının dolaylı yatay etkinin uygulanabilir olduğuna yönelik bir atıfta bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>299</sup>

Aslında bu görüş, Anayasa'da, 13. Ek dışında temel haklar bakımından *doğrudan* devleti işaret eden bir dil tercih edilmiş olduğunu kabul etmektedir. Ancak, *anayasanın üstünlüğü ilkesi*, bütün hukuku, dolayısıyla yürütmenin eylemlerini, yasaları ve mahkeme içtihatlarını, *tamamen ve doğrudan* Anayasanın konusu haline getirmektedir. Ayrıca bu ilke, federal düzeydeki yargıçların anayasayla bağlı olduklarını da açıkça belirtmektedir. Özellikle yasalara dayanan eylemler nedeniyle kişilerin anayasal haklarının ihlal edilmesi halinde anayasanın üstünlüğü ilkesi göz önünde tutulmuştur. Devlet eylemi yaklaşımına göre, kişilerin davranışlarını yöneten bir yasal çerçeve her zaman vardır. Dolayısıyla anayasanın üstünlüğü ilkesi, yasalara dayanarak işlem yapan devlet organı ya da özel

---

<sup>297</sup> HUNT, (1998), s. 423, 427; GARBDAAUM, (2003), s. 395; KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 245; GARBDAAUM, (2006), s. 773.

<sup>298</sup> GARBDAAUM, (2003), s. 415; ERGÜL, (2013), s. 461.

<sup>299</sup> GARBDAAUM, (2003), s. 435-437; BARENDT, Eric, "The United States and Canada: State Action, Constitutional Rights and Private Actors", **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), s. 411.

hukuk kişisi olsun, her yasal normun anayasal haklara uygun olmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>300</sup>

Sonuç olarak, Amerikan ve Alman hukuk sistemleri, tüm hukukun Anayasa/Temel Kanun'la uyumlu olması gerektiğine dikkat çekmesi bakımından benzerlik gösterir. Bu bağlamda, Amerikan hukukunun, dolaylı yatay etkiyi reddetmediği, aksine bu yaklaşımın bir yansıması olan *güçlü dolaylı etkinin* özelliklerini gösterdiği belirtilmektedir.<sup>301</sup> Nitekim güçlü dolaylı yatay etki anlayışı, öncelikle yasamanın temel hakların tam ve etkin şekilde sağlanması amacıyla düzenlemeler yapmasını; bu düzenlemelerin yetersiz kaldığı hallerde ise mahkemelerin temel hakları koruyucu kararlar almasını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasal hakların maddi içerikleri ve yorumlanmasına ilişkin tutumlarındaki farklılıklar, Amerikan hukuk sisteminde bu hakların kişiler üzerindeki etkisinin daha az nitelendirilmesine neden olmuştur. Bunun sonucunda, bazı yazarlar tarafından Amerikan hukuku *dikey etki modeline* yakın olarak nitelendirilmiştir.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> BARENDT, (2007), s. 415-416.

<sup>301</sup> BARENDT, (2007), s. 402, 411. Örneğin, *common law*'un anayasal amaçlar için federal hukuku oluşturduğunu belirten *Erie Railroad v. Tompkins* kararı ve özel hukuk alanında hakaret ve ifade özgürlüğüne ilişkin ortak hukukunun anayasanın doğrudan konusu olduğunu belirten *New York Times v. Sullivan* kararı anayasanın üstünlüğü ilkesine açıkça işaret etmektedir. GARDBAUM, (2006), s. 774-5; GARDBAUM, (2003), s. 440-46; STONE, (2011), s. 413.

<sup>302</sup> GARDBAUM, (2006), s. 778.

## D. HÜKÜMET EYLEMİ TEORİSİ (*GOVERNMENTAL ACTION THEORY*)

Kanada mahkemeleri, temel hakların yatay etkisinin kabul etmekte ve kişilerin de devlet ve kamu otoriteleri gibi anayasaya saygıyla yükümlü olması konusunda çekingen davranmıştır.<sup>303</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi ise, anayasal "*haklar*" ve anayasal "*değerler*" arasında ayırım yapmış ve bir özel hukuk uyuşmazlığında Haklar Bildirgesi'nin uygulanması için öncelikle bir "*hükümet eylemi*" (*governmental action*) olması gerektiğini belirtmiştir. Hakların yalnızca hükümetin eylemiyle ihlal edilebileceği yorumu, bu hukuk sisteminin *dikey etki modeli kapsamında* değerlendirilmesine neden olmuştur. Ancak ABD Yüksek Mahkemesi gibi, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin de özel

---

<sup>303</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yatay etki teorisini oldukça sınırlı şekilde ele alması nedeniyle, bu ülke doktrinde bazı yazarlar tarafından "*uygulamama modeli (non-application model)*" olarak nitelendirilmektedir. Bildirge'nin uygulama alanını düzenleyen 32. maddesi, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından, hak ve özgürlüklerin muhatabının yalnızca hükümet olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Ayrıca Yüksek Mahkeme, ünlü *Dolphin Delivery* kararında hükümet kavramı içine yalnızca yasama ve yürütme organlarını alarak mahkemeleri bu kapsamın dışında bırakmıştır. Hak ve özgürlüklerin uygulayıcısı konumunda olan mahkemelerin bu hakların uygulanma alanı dışında bırakılması nedeniyle bu hukuk sisteminin hem doğrudan yatay etki hem de devlet eylemi doktrinini dışladığı belirtilmektedir. SAUNDERS, (2005), s. 199; BARAK, (2001), s. 19; BARAK, (1996), s. 247-248.

hukuk ilişkilerinde anayasal hakların dikkate alınmasını gerekli kılan ve bu hakların dolaylı yatay etkiyi belli bir dereceye kadar tanıyan kararları bulunmaktadır.<sup>304</sup>

## 1. HÜKÜMET EYLEMİ TEORİSİNİN DAYANAK NOKTALARI VE KAPSAMI

Kanada Yüksek Mahkemesi, temel hakların özel hukuk alanına etkisini, ilk kez *Retail, Wholesale and Development Store Union v Dolphin Delivery (Dolphin Delivery)*<sup>305</sup> kararında tartışmış ve *hükümet eylemi teorisini* geliştirmiştir. Bu kararda, temel hakların ve özellikle ifade özgürlüğünün yatay etkisi, Haklar Bildirgesi'nin uygulama alanı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi kapsamında incelenmiştir.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin anayasal hakların özel hukuk alanındaki etkisini yorumladığı *Dolphin Delivery* kararı, tarafların sözleşme hükümlerine uymaması nedeniyle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Dolphin Delivery şirketinin çalışanlarını temsil eden *Retail, Wholesale and Development Store Union (Sendika)*, Dolphin Delivery ile arasındaki bu anlaşmazlığı kamuya duyurmak amacıyla, şirketi grev gözcüsü görevlendirmekle tehdit etmiştir. Bunun üzerine, Dolphin Delivery ihtiyati tedbir kararı almıştır. Sendika ise söz konusu ihtiyati tedbir kararının, 1982 tarihli Temel Hak ve Özgürlükler Şartı'nın (Şart) 2(b) hükmünde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla Kanada Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Sendikaya göre, şirketin ihtiyati tedbir talebinin kabul edilmesi, ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir.

---

<sup>304</sup> BARENDT, (2007), s. 400.

<sup>305</sup> *Retail, Wholesale and Development Store Union v Dolphin Delivery, (1986), 2 S.C.R. 573.*

Anayasa'nın 52. maddesine göre “*Kanada Anayasası, Kanada'nın üstün hukuku olup, Anayasaya uygun olmayan yasa, uyumsuzluğu ölçüsünde herhangi bir etkiye sahip olamaz.*”<sup>306</sup> Yüksek Mahkeme bu hükmü, Bildirge'nin, *common law*'a uygulanmasını gerekli kıldığı şeklinde yorumlamıştır.<sup>307</sup> Ayrıca Anayasa'nın 32. maddesine göre, “*Bildirge, Parlamentonun yetkisi dahilindeki tüm konularda, Kanada Parlamentosu ve hükümeti için geçerlidir ... Bildirge, yetkisi kapsamında kalan tüm konularla ilgili olarak her eyaletin yasama ve hükümetine uygulanır.*”<sup>308</sup>

Ancak Yüksek Mahkeme 32. maddeyi sınırlı yorumlayarak, *hükümet/devlet* kavramının karşılığı olarak *yalnızca yasama ve yürütme organının* anlaşılması gerektiğini belirtmiş ve *mahkemeleri bu kapsamın dışında* bırakmıştır. Bir olaydaki tek devlet eyleminin mahkeme kararı olması halinde, olay *saf özel hukuk davası* olarak kabul

---

<sup>306</sup> “*The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.*” Kanada Anayasası ve Bildirge üstün norm niteliğindedir ve anayasaya aykırı veya uygun olmayan normlar herhangi bir etkiye sahip değildir. Kanada Anayasası'nın ayrılmaz bir parçası olarak 1982'de yürürlüğe giren Hak ve Özgürlükler Bildirgesi'nde (Bildirge), yer alan haklar mutlak değildir, bu bakımdan orantılılık ilkesine uygun nedenlerle, özgür ve demokratik bir toplumun sağlanması için hukuk kurallarıyla sınırlandırılabilir.

<sup>307</sup> BARENDT, (2007), s. 416.

<sup>308</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms, Section 32; “*This Charter applies to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament ... ; and to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.*”

edilir ve Bildirge'nin uygulanması mümkün değildir. Bu yoruma göre, Anayasa yalnızca yasama ve yürütme organlarının eylemlerine uygulanabilir.<sup>309</sup> Anayasal hakların korunması ve dengelenmesi, yargı organları aracılığıyla değil, yasalar yoluyla yapılmalıdır. Bir görüşe göre Yüksek Mahkeme, mahkeme kararlarını hükümet eylemi ile eşitleyerek, bu kararları da hükümet eylemi olarak nitelendirmiş olsaydı, Bildirge, özel hukuk davalarında uygulanabilir hale gelecekti.<sup>310</sup>

Bu sınırlayıcı yorumuna rağmen Mahkeme, Bildirge'nin özel hukuk alanından tamamen ayrı şekilde düşünülmemeyeceğini belirtmiştir: “...*Özel hukuk kişilerinin common law çerçevesinde birbirini dava ettiği bir durumda, bir hükümet eylemi yoksa Temel Haklar Bildirgesi uygulanmaz. Bu durum, yargının, Anayasa’da öngörülen temel değerleri uygulama ya da onlara uygun ilkeler geliştirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı sorusundan ayrı bir sorundur. Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Bildirge, common law kapsamında çözüm üretilmesi gereken özel hukuk davalarının tarafları açısından ilgisiz bir belgedir. Ancak bu durum, bir özel hukuk kişinin bir başkasına karşı bir anayasal yükümlülüğü olduğu önermesinden farklıdır.*”<sup>311</sup> Mahkeme'nin bu kararı, doktrinde, hakların yalnızca hükümete görev yüklediği, *bununla birlikte bütün hukuk sistemini etkilediği* şeklinde yorumlanmıştır.<sup>312</sup>

---

<sup>309</sup> (1986), 2 S.C.R. 603; GARDBAUM, (2003), s. 399.

<sup>310</sup> BARENDT, (2007), s. 417.

<sup>311</sup> (1986), 2 S.C.R. 603.

<sup>312</sup> GARDBAUM, (2003), s. 400; WEINRIB/ WEINRIB, (2001), s. 43; ERGÜL, (2013), s. 459.

Ayrıca Bildirge'nin *common law* kurallarına uygulanıp uygulanmayacağı ve özellikle *common law*'un anayasayla çatışması halinde tıpkı yasalar gibi geçersiz kılınmasının mümkün olup olmadığı tartışma konusudur.<sup>313</sup> Ancak Kanada Yüksek Mahkemesi, ünlü *Dolphin Delivery* kararında, mahkemelerin *common law*'u uygularken ve geliştirirken anayasal haklara değil, *anayasal değerlere* bağlı kalması gerektiğini belirtmiştir.<sup>314</sup> Mahkeme'nin bu kararı, *zayıf dolaylı yatay etki modeline* örnek olarak gösterilmektedir.<sup>315</sup> Aksi görüş ise, anayasal değerlere dayanılması gerektiğini belirtmiş olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme'nin, insan haklarının özel hukukta uygulama alanı *bulamayacağını* kabul ettiğini savunmaktadır. Buna göre *Dolphin Delivery* kararı, Bildirge'nin kapsamını yalnızca yasama ve hükümetle sınırlanmış ve özel hukukun Bildirge'nin uygulama sınırları dışında kalmasına neden olmuştur.<sup>316</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesi, *Dolphin Delivery* kararında anayasal değerlerin özel hukuk alanı üzerindeki etkisine kapı açmıştır. Daha sonraki tarihli *Hill v. Church of*

---

<sup>313</sup> *Retail, Wholesale and Development Store Union v Dolphin Delivery*, [1986], 2 S.C.R. 573 ve *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC); SAUNDERS, (2005), s. 186-188, 190.

<sup>314</sup> GARDBAUM, (2006), s. 775.

<sup>315</sup> BARENDT, (2007), s. 417, 421; GARDBAUM, (2006), s. 766. Kanada'yı dolaylı uygulamaya örnek olarak gösteren diğer yazarlar, KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 242; TUSHNET, (2003), s. 82.

<sup>316</sup> Ancak Mahkeme, daha sonraki bir kararı olan *Dagenais* kararında yine *Dolphin* kararında yer verdiği anayasal değerlere dayanılmasına ilişkin bu gerekçeden yola çıkarak Şart'ı dolaylı şekilde uygulanmıştır. BARAK, (2001), s. 19. *C.B.S v Dagenais*, [1994] 3 S.C.R. 835.

*Scientology of Toronto and Manning*<sup>317</sup> (*Hill*) kararında ise, **anayasal haklar** ve **değerler** arasındaki ayırım daha özenli ve ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. İfade özgürlüğü ile itibarın korunması hakkının çatışmasına dayanan bu kararda, *Dolphin Delivery* kararındaki ilkeler olaya uygulanmıştır. Bu ilkeler kapsamında Bildirge'nin “*değerleriyle*”, hakarete ilişkin *common law* kuralları arasındaki uyum gözetilmelidir.<sup>318</sup> Yüksek Mahkeme'ye göre özel hukuk uyuşmazlıklarında kişilerin birbirlerine karşı anayasal ödevi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Bildirge kişilere *doğrudan uygulanamaz*. Ancak, Anayasa'nın 32. maddesine göre Bildirge, yasama ve hükümetin eylemleri bakımından dikkate alınmak durumundadır. Bu bağlamda, ancak yasama veya yürütmenin eylemi nedeniyle anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddia ediliyorsa, Bildirge uygulama alanı bulmalıdır.<sup>319</sup>

Görüldüğü gibi Kanada Yüksek Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Sullivan* kararındaki yaklaşımından farklı olarak; *Dolphin Delivery* ve *Hill* kararlarında ifade özgürlüğünün, bireylerin itibarını korumaya yönelik *common law* kuralları üzerindeki etkisini kabul etmemiştir. Bunun yerine *common law* kurallarının yalnızca *anayasal değerlerle* uyumlu olup olmadığının denetlenmesinin mümkün olduğu belirtilerek, ifade özgürlüğüne **zayıf dolaylı yatay etki** tanınmıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, yargı organları, *common law*'u *anayasal değerler* doğrultusunda geliştirirken dikkatli olmalı ve geniş kapsamlı değişiklikleri yasamaya bırakmalıdır.<sup>320</sup>

---

<sup>317</sup> [1995] 2 S.C.R. 1130 (*Hill*)

<sup>318</sup> BARENDT, (2007), s. 420; CLAYTON/TOMLINSON, (2001), s. 223.

<sup>319</sup> 1995] 2 S.C.R. 1130 (*Hill*); SAUNDERS, (2005), s. 197.

<sup>320</sup> [1995] 2 S.C.R. 1170 (*Hill*); GARBDAM, (2003), s. 400; BARAK, (2001), s. 20.

Buna karşılık bir görüşe göre, söz konusu uyuşmazlıklar ifade özgürlüğü ile hakarete ilişkin bir *yasal düzenlemeden* doğmuş olsaydı, bu durumda ifade özgürlüğü yasama tarafından sınırlandırılmış olacaktı. Böyle bir durumda ise ilgili yasal düzenleme incelenerek, anayasa ve temel haklara aykırılığın belirlenmesi mümkündür. Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesi, *common law*'un yorumlanmasında *anayasal değerlere* işaret etmiştir. Yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ise böyle bir sınırlandırma öngörülmediğine göre, yasamanın düzenlemeleri anayasal norm ve haklar bağlamında incelemeye konu edilebilir. Dolayısıyla bu görüş, böyle bir durum olsaydı, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünün ***güçlü dolaylı yatay etkiye*** sahip olduğunun kabul edilebileceğini savunmaktadır.<sup>321</sup>

Yüksek Mahkeme'nin bu kararları, "*hükümet eylemi*" ve "*özel hukuk eylemi*" arasında ayırım yapılması zorunlu kılmış ve daha sonraki tarihli *McKinney v University of Guelph (Guleph)* kararında bu ayırım netleştirilmeye çalışılmıştır. Olayda, davalı üniversitenin emeklilik politikalarının, Bildirge'nin 15. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. *Mahkeme çoğunluğuna göre* üniversiteler, belli oranlarda devlet tarafından finanse edilmekte ve yönetimlerine hükümet de dahil olmaktadır. Ancak üniversiteler aynı zamanda önemli seviyede özerkliğe sahiptir. Bu özerk nitelikleri nedeniyle, üniversitelerin eylem ve işlemlerinin, hükümet eylemi kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.<sup>322</sup> Üniversite, kamu hizmeti gerçekleştiren bir kurum olması nedeniyle yargısal denetime tâbi tutulabilir; bununla birlikte olayda bir hükümet eylemi bulunmamaktadır.<sup>323</sup> *Azınlık görüş ise*, eldeki davanın tamamen özel

---

<sup>321</sup> BARENDT, (2007), s. 421.

<sup>322</sup> BARENDT, (2007), s. 422; *McKinney v University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, s. 265-268.

<sup>323</sup> *McKinney v University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, s. 268.

hukuk nitelikli *olmadığına* işaret etmiştir. Karşı oy gerekçesinde, üniversitelerin hükümet tarafından finanse edildiği ve yönetildiği göz önüne alındığında, bu kurumların eylem ve işlemlerinin hükümet eylemi niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi Yüksek Mahkeme, anayasayı dar yorumlayarak, mahkemeleri hükümet eylemi kavramının dışında bırakmıştır. Bu karşı oy yazısında ***mahkeme kararlarının*** da hükümet eylemi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Buna göre ancak bu unsurların hükümet eylemi kapsamında olduğu kabul edilirse, Bildirge’de yer alan haklar uygulama alanı bulabilecektir.<sup>324</sup> Yüksek Mahkeme ise *Dolphin Delivery* ve *Hill* kararlarındaki görüşünü devam ettirerek; bir kurumun kamu hizmeti gerçekleştirmesinin, hükümetin bir parçası sayılması için yeterli olmadığına karar vermiştir.<sup>325</sup>

Bu hukuk sisteminde temel hakların özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin bu tartışmalar, *devletin pozitif yükümlülüklerini* de gündeme getirmiştir. Yüksek Mahkeme, *Vriend v Alberta*<sup>326</sup> kararında, devletin Bildirge’de düzenlenen *hakları ihlal etmemek dışında* bir yükümlülüğü olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme’ye göre, Anayasa’nın 32. maddesi devlete yönelik pozitif bir yükümlülüğe işaret etmiyor olmasına rağmen; hakların korunması için *önlem alınmaması* Bildirge’nin ihlali anlamına gelmektedir. Bu

---

<sup>324</sup> BARENDT, (2007), s. 422; *McKinney v University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, s. 265-8.

<sup>325</sup> Ayrıca Yüksek Mahkeme, ilerleyen dönemdeki kararlarında hastanelerin eylemlerini de 32. madde kapsamı dışında bırakmıştır. *Stoffman v Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; Akt., BARENDT, (2007), s. 422.

<sup>326</sup> *Vriend v Alberta*, [1998] 1 S.C.R 493.

bağlamda, özellikle hakların tanınması ve korunmasında *yasamanın açık bir ihmali varsa*, bir hükümet eylemi olduğu ve devletin anayasal hakları korumada başarısız olduğu söylenebilir.<sup>327</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin hem hükümet eylemini tanımlarken hem de *common law*'da temel hakların etkisini belirlerken oldukça sınırlı bir yorum tercih etmesi doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiştir. Ayrıca hükümet eylemi teorisi, tam karşılığı olmamakla birlikte devlet eylemi doktriniyle karşılaştırılmıştır. Nihayet, *Dunmore v Attorney General for Ontario*<sup>328</sup> (*Dunmore*) kararında, *hükümet eylemi* kavramından *devlet eylemine* doğru bir geçiş görülmektedir. Bu dava, tarım işçilerinin sendika kurma ve toplu iş sözleşmesi yapmaya ilişkin haklarını genişleten yasanın yürürlükten kaldırılması nedeniyle *örgütlenme özgürlüklerinin* ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Bu yasa yerine geçecek 1995 tarihli *İş İlişkileri Yasası*, işçilerin bağlı oldukları bir sendikayı tanıma yetkisi bakımından, işverenleri *tamamen* özgür bırakmaktadır. Yüksek Mahkeme, hem işçilerin sendika seçme haklarını koruyan yürürlükteki *yasanın kaldırılmasını*; hem de işverene çok geniş bir takdir yetkisi tanıyan *söz konusu hüküm nedeniyle* 1995 tarihli *İş İlişkileri Yasası*'nı anayasaya aykırı bulmuştur.

Mahkeme'ye göre, kurulacak sendikanın tanınmasına ilişkin yetki işverene bırakılmış olsa da, olayda "*devlet veya hükümet*"in sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir. Somut olayda devlet, sorumluluğunu yerine getirmemek amacıyla hukuki yollara başvurarak, mevcut yasayı yürürlükten kaldırmıştır. Mahkeme'ye göre bu tutum,

---

<sup>327</sup> *Vriend v Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; Akt., BARENDT, (2007), s. 423-424.

<sup>328</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016.

anayasaya aykırıdır.<sup>329</sup> Yüksek Mahkeme, ayrıca *Dolphin Delivery* kararında işaret edilen *hükümet/devlet eylemi* kavramının olgunlaştırıldığını belirterek; bu kavramın “*Bildirge'nin değerleri*” ışığında zamanla daha ileri seviyeye ulaşacağına işaret etmiştir.<sup>330</sup>

## 2. HÜKÜMET EYLEMİ YAKLAŞIMININ ANALİZİ

Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre, anayasal haklar yalnızca devlete karşı ileri sürülebilir ve bir hükümet eylemi sonucunda ihlal edilebilir. Ancak Mahkeme, anayasal hakların uygulanacağı hukuk alanının yanında, hükümet kapsamına aldığı organ ve kurumlar açısından da sınırlayıcı bir yorum tercih etmiştir. Mahkeme'ye göre, Anayasa'nın 32. maddesi yalnızca yasama ve yürütme organlarına işaret etmektedir; yani *mahkemeler* bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte mahkemeler karar verirken, Bildirge'nin içerdiği *anayasal değerler* doğrultusunda *common law*'un geliştirilmesine hizmet etmelidir.<sup>331</sup>

Kanada ve ABD Yüksek Mahkemeleri, anayasal hakların özel hukuka uygulanması konusundaki tartışma ve akıl yürütmelerinin benzerlikler taşıması nedeniyle birbirine yakın örnekler olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte, anayasal hakların özel hukuka etkisi konusunda mahkemelerin yaklaşım sal farklılıkları bulunmaktadır.

*Birincisi*; her iki Yüksek Mahkeme de anayasal hakların uygulanması halinde, *bireysel özerkliğin* ve bilhassa *sözleşme özgürlüğünün* sınırlanacağını düşünmektedir.<sup>332</sup>

---

<sup>329</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016, pr. 22.

<sup>330</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016, pr. 26; Akt., BARENDT, (2007), s. 423.

<sup>331</sup> GARBD AUM, (2003), s. 398; SAUNDERS, (2005), s. 185.

<sup>332</sup> BARENDT, (2007), s. 418.

Bu nedenle her iki ülkede de anayasal hakların *doğrudan yatay etkisi* reddedilmiş ve genel olarak yatay etki uygulamasına temkinli yaklaşılmıştır. Bu bağlamda özel hukuk kişi ve kurumları; kamu otoriteleri ve hükümetlerin aksine, anayasal haklarla doğrudan bağlı değildir.

*İkincisi*, hem Kanada hem de ABD Yüksek Mahkemesi, anayasal hakların özel hukuk uyuşmazlıklarına konu edilmesi için bir “*hükümet/devlet eylemini*” zorunlu görmektedir. Bununla birlikte, iki mahkemenin ilke kararları sayılabilecek *New York Times v Sullivan* ve *Dolphin Delivery* kararlarında farklı yaklaşımlar sergilendiğini ve bu farklılığın sonraki kararlara da yansıdığını görmekteyiz. ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında, anayasal hakları özel hukuk alanına uygulamak için “*devlet eylemi*” aramakta ve bu kavramı geniş yorumlayarak üniversite ve mahkemelerin eylemlerini de bu kapsamda değerlendirmektedir. Kanada Yüksek Mahkemesi ise, “*hükümet eylemi*” kavramını tercih etmiş ve Bildirge’nin uygulama alanını gösteren 32. maddesini oldukça dar yorumlamıştır. Öyle ki *mahkemeleri* dahi (*ayrıca üniversite ve hastane gibi kurumları*) hükümet eylemi dışında bırakmış, yalnızca yasama ve yürütme organlarının eylemlerini bu kapsamda değerlendirmiştir.

*Son olarak* ABD Yüksek Mahkemesi, özel hukuk alanında “*anayasal hakları*” dikkate alırken, Kanada Yüksek Mahkemesi *common law*’un geliştirilmesi ve yorumlanmasında “*anayasal değerleri*” göz önünde tutmaktadır.

Bu nedenlerle doktrinde, ABD hukuku *güçlü dolaylı yatay etki*,<sup>333</sup> Kanada ise *zayıf dolaylı yatay etki* modelinin uygulandığı sistemlere örnek olarak gösterilmektedir.<sup>334</sup>

### § III. TEMEL HAKLARIN ÖZEL HUKUK DÜZENİNE ETKİSİNE İLİŞKİN SORUNLAR

Temel hakların hukukun her alanında tam olarak korunarak, etkin şekilde kullanılabilmesi amacı, yatay etki teorisinin kabul edilmesini gerektirir. Ancak bu hakların kendine özgü dinamikleri olan özel hukuk alanında korunması düşüncesi, birtakım endişeleri de beraberinde getirmiştir. Söz konusu endişeler, esas olarak *hukuk sisteminin işleyişine ve birey özgürlüklerinin korunmasına* yöneliktir.

Bu bakımdan yatay etki teorisinin uygulanması halinde hukuk sisteminin işleyişinde ortaya çıkabilecek olumsuzluklar; *yasama ve yargı organlarının yetki ve görevlerinin çerçevesi bulanıklaşarak, yargı organının yetki alanının genişlemesi ve özel hukukun özerk niteliğinin zarar görmesi* şeklinde belirtilmektedir. Ayrıca yatay etki teorisinin özgürlüklerin korunması bakımından birtakım olumsuzluklara neden olabileceği düşünülmektedir: Buna göre, özellikle doğrudan yatay etkinin kabul edilmesi halinde özel hukuk uyuşmazlıklarında taraflar temel haklarına dayanabilir. Ancak bu halde mahkemeler, çatışan temel hakları korumak amacıyla hareket ederken, *yargısal sınırlama nedenleri* oluşturabilir. Dolayısıyla bireyi özel hukuk alanında koruma

---

<sup>333</sup> BARENDT, (2007), s. 402, 411; GARDBAUM, (2006), s. 774-5; GARBDAUM, (2003), s. 435-7

<sup>334</sup> BARENDT, (2007), s. 417, 421, 425-6; GARDBAUM, (2006), s. 766, 774. Kanada hukuk sistemini dolaylı yatay etki uygulamasına örnek gösteren diğer yazarlar için Bkz. KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 242; TUSHNET, (2003), s. 82; STONE, (2011), s. 412.

amacının dışına çıkılarak, aksine temel hakların sınırlandırılması ve ihlal edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkabilir.

Bu bağlamda yatay etki teorisine ilişkin eleştirileri genel olarak üç başlık altında inceleyebiliriz: *Birincisi*, yatay etki, liberal toplumun temel değeri olarak görülen bireysel özerkliği ortadan kaldırarak, tüm özel hukukun anayasallaşmasına ve anayasa hukukunun alt dalı haline gelmesine neden olmaktadır. *İkincisi*, çatışan hak ve menfaatler dengelenirken mahkemeler temel hakları anayasaya aykırı olacak şekilde yargısal kararlarla sınırlandırabilir. *Üçüncüsü* ise, yasalar göz ardı edilerek anayasanın uygulanması sonucunda yasamanın yetkileri güçsüzleşirken, yargı organına anayasal yetki transferi gerçekleşmektedir.<sup>335</sup>

## A. BİREYSEL ÖZERKLİĞİN KORUNMASI

Anayasalardaki temel hakların doğrudan devleti muhatap alır şekilde düzenlenmesi, bu hakların özel hukuk alanında ve kişilere uygulanmaya elverişli olmadığına delil olarak gösterilmektedir. Bu hakların haklar kişiler üzerinde anayasal yükümlülük doğurması; irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmasına neden olmaktadır.<sup>336</sup> Bu sınırlama ilgili hakkın niteliğine ve somut olaya göre değişebilir, bazı durumlarda irade özerkliği açısından ciddi bir sınırlama gözlemlenmemekle birlikte, kimi durumlarda bu sınırlama aşırı olarak nitelendirilebilir.

---

<sup>335</sup> TUSHNET, Mark, “*The Relationship Between Judicial Review of Legislation and The Interpretation of Non-Constitutional Law, With Reference to Third Party Effect*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, SAJO, Andras, UITZ, Renata (ed.), Eleven International Publishing, (2005), s. 167; KAY, (1993), s. 340.

<sup>336</sup> ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2003), s. 156-157.

Ayrıca, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının özel hukuk kişilerine *doğrudan* uygulanması halinde, bu ilkelere aykırılık içeren her türlü sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması gibi ilginç ve istenmeyen bir durum ortaya çıkabilir. Bu nedenle temel hak yükümlülüğü bakımından kişilerin ve devletin *aynı ölçüde sorumlu* olduklarının kabul edilmesi, özel hukuk alanını tamamen anayasa hukukunun bir alt alanı haline getirerek özel hukuk ilkelerini boşa çıkarmaktadır. Bu eleştirilere karşılık olarak dolaylı yatay etkiyi savunan yazarlar, bireyin özerkliğinin zedelenmemesi adına anayasal normların özel hukuk alanına *doğrudan*, kişilere ise *dolaylı* şekilde uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.

## 1. İRADE ÖZERKLİĞİ İLKESİNİN ANAYASAL NİTELİĞİ

İrade özerkliği; “*hukuk düzeninin bireylere, kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre düzenleme konusunda tanımış olduğu genel yetki*”<sup>337</sup> olarak tanımlanabilir. Bu ilke, kişileri özel hukuk ilişkilerinde dış baskılardan ve özellikle devlet baskısından korumayı amaçlar. İrade özerkliği, doktrinde bir kısım yazar tarafından, kendi içinde bir anayasal ilke ve insan hakkı olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşe göre, irade özerkliği ilkesi, sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkesini de kapsar.<sup>338</sup> Ayrıca, irade özerkliğinin, kişiliği geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve anayasal güvenceye sahip

---

<sup>337</sup> EREN, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, (2012), s. 16.

<sup>338</sup> Eren’e göre, irade özerkliği ilkesi, sözleşme özgürlüğü, eşitlik ve şekil serbestliği ilkesini içermektedir. Bununla birlikte, şekil serbestliği ilkesi aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün de kapsamında incelendiğinden, çalışmamızda irade özerkliğinin bu şekilde iki alt ilkeye ayrılması uygun görülmüştür. EREN, (2012), s. 16.

olduğu kabul edilmektedir.<sup>339</sup> Buna ek olarak, irade özerkliğinin bir sonucu olan *sözleşme özgürlüğünün* de temel hak niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.<sup>340</sup>

## 2. İRADE ÖZERKLİĞİ İLE DİĞER ANAYASAL HAK VE DEĞERLERİN DENGELENMESİ

Hukuki ilişkilerde, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesiyle diğer temel haklar arasında bir çatışma yaşanması durumunda bunların dengelenmesi gerekir. Sözleşme özgürlüğü; *sözleşme yapma/yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşme konusunu belirleme, sözleşmeyi sona erdirme özgürlüklerini* de kapsar. Kişiler,

---

<sup>339</sup> Örneğin 1982 Anayasası'nın 17/1 maddesi ve Alman Temel Kanunu'nun 2/1 maddesi bu kapsamda değerlendirilebilir. LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 299; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul, (2010), s. 502.

<sup>340</sup> EREN, (2012), s. 16-17; BATTAL, Ahmet, "*Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları*", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 383, Ankara, (2001), s. 48. Bu özgürlük, örneğin, 1982 Anayasası'nın *Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler* bölümünde, 48/1 maddeyle güvence altına alınmıştır. Bir görüşe göre, 1982 Anayasası'nın bu hükmü, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme özgürlüğü düzenlemesinden daha kapsamlıdır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (2010), s. 501.

istisnai haller dışında<sup>341</sup> sözleşme yapmak veya yapmamakta özgür olduğu gibi, diledikleri kişiyle sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne de sahiptirler.<sup>342</sup> Sözleşme yapma/yapmama özgürlüğü; sözleşme yapma zorunluluğunun açıkça kanunda öngörüldüğü hallerde veya kamu hukukundan/özel hukuktan kaynaklanan hallerde sınırlandırılabilir. Bu bağlamda, *kamu düzeni ilkesine* aykırılık halinde sözleşmenin geçerliliği doğrudan etkilenmektedir. Bu ilke, hem kamu hukuku

---

<sup>341</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul, (2010), s. 506 vd; OĞUZMAN, ÖZ, (2016), s.184 vd.; EREN, (2012), s. 301 vd.

<sup>342</sup> TRSTENJAK, (2016), s. 11; OĞUZMAN, ÖZ, (2016), s. 23-24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (2010), s. 503-505; EREN, (2012), s. 17, 300, 315 vd.; LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 299. Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre, "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilir.*" Ayrıca Kanun'un 27. maddesine göre, kurucu unsurları mevcut olmakla birlikte, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan sözleşme, kendiliğinden kesin hükümsüzdür. Tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının bulunmasıyla sözleşme kurulmuş sayılır. Bu bağlamda sözleşmenin kurucu unsurları, karşılıklılık, irade beyanı ve bu irade beyanlarının birbiriyle uyumlu olmasıdır. Bir sözleşmenin bu kavramlara aykırı düzenlemeler içermesi halinde, kesin hükümsüzlüğünün belirlenmesi için dava açılmasına ve ayrıca bir beyana ihtiyaç bulunmadığı gibi, hâkim de sözleşmenin hükümsüzlüğünü re'sen gözetmek zorundadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (2010), s. 165; OĞUZMAN, ÖZ, (2016), s. 49, 84 vd., 175 vd.; EREN, (2012), s. 200, 333-334.

hem de özel hukuk karakterli olup, anayasa hükümlerinin özel hukuk alanında uygulama alanı bulmasında önemli *sızma noktalarından* birisidir.<sup>343</sup>

Anayasalarda temel haklara ilişkin düzenlemeler iki yönlüdür: Öncelikle kamu gücü tarafından bu haklara ilişkin yapılabilecek sınırlamalar belirtilerek, devletin sınırları çizilmektedir. Buna ek olarak ise söz konusu hakkın kullanılmasına yönelik sınırlar da belirlenmektedir. Ancak bu düzenlemeler çoğunlukla özel hukuk alanına doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Çünkü devlet-birey arasındaki ilişkilerde devlet, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan ve üstün konumdayken, birey ilişkinin zayıf tarafını oluşturur. Özel hukuk ilişkilerindeyse, her ne kadar taraflardan biri diğerine göre güçlü konumda olabilirse de *taraflar arasında eşitlik esastır*. Bu nedenle, anayasalarda devlete yönelik olarak getirilen sınırlamaların ve anayasal yükümlülüklerin aynı şekilde özel hukuk kişilerine uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bir sözleşmenin kamu düzenine veya temel haklara aykırılığı tespit edilirken, iki tarafın da sahip olduğu hakların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ele alınması gerekir. Böylece tarafların irade özerkliği ile diğer hakları arasında bir denge kurulabilir.<sup>344</sup>

Özel hukuk sözleşmelerinde, özellikle *eşitlik ilkesine* aykırı düzenlemeler gözlemlenmektedir. Örneğin, bir restoran sahibinin, diğer bir kişiye ırkı, cinsiyeti veya dini sebebiyle hizmet vermektan kaçınması veya kişilerin ırk, din gibi sebeplerle bir evi kiralayamaması söz konusu olabilir. Bu durumda, kiraya veren veya restoran sahibinin sözleşme yapma ve sözleşmenin tarafının belirlenmesi noktasında irade özerkliği vardır. Bununla birlikte restoran müşterisinin ve kiracının da ayrımcılık yasağı kapsamında korunması gerekir. Bu durumda, ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ve sözleşme özgürlüğü

---

<sup>343</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (2010), s. 549.

<sup>344</sup> BARAK, (2001), s. 35-36; TRSTENJAK, (2016), s. 11.

ilkesi arasındaki dengeleme nasıl olacaktır? Şüphesiz ki burada cevap öncelikle yasalar yoluyla kişilerin korunması gerektiğidir. Bu koruma dolayısıyla, yasama organının anayasa ve temel haklara uygun düzenlemeler yapması; yargı organlarının ise, mevcut yasal düzenlemeleri anayasaya uygun düştüğü ölçüde uygulaması gerekir.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında sorun, eşitlik ilkesinin sağlanamaması veya hakların korunması için özel hukuk mevzuatında yeterli hukuki çözüm sunulmaması halinde ortaya çıkar. Bu hallerde yargı organının anayasaya saygı yükümlülüğü ve hak koruyucu işlevi gündeme gelir. Belirtmek gerekir ki, mahkemeler insan haklarının anayasalarda tanınmasından önce de hak ve menfaatlerin dengelenmesinde rol oynamıştır. Ancak bu faaliyet, daha çok kamu hukuku alanında kalmış ve kamu menfaatleriyle bireyin özgürlüğünün dengelenmesine yönelik olmuştur. Günümüzde ise tartışma, temel hakların özel hukuk alanında korunması ve kamu hukukundaki dengeleme yöntemlerinin özel hukuka ne derecede uygun olduğu hususundadır. Bu bağlamda bir görüş özel hukuk alanında yapılacak dengeleme faaliyetiyle kamu hukukunda kullanılan yöntemler arasındaki farklılığın ciddi boyutlarda olmadığını savunmaktadır. Nitekim özel hukukun temeli, insan haklarına dayanmaktadır; ayrıca *kamu yararı* ve *kamu düzeni* gibi ilkeler yoluyla temel haklar bu alana zaten etkide bulunmaktadır.<sup>345</sup>

Somut bir olay değerlendirilirken, sözleşme (*yapma/yapmama*) özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri söz konusu ise bu iki kavram arasındaki ilişki ve çatışma incelenmelidir. Böylece, hem özel hukukun temel ilkelerini zedelemeyen hem de kişilerin hak ve özgürlüklerine en yüksek korumayı sağlayan bir çözüm üretilebilir. Örneğin, önceki örneklerden devam edecek olursak; restoran sahibi istediği kişiye hizmet verme veya bir ev sahibi arzu ettiği kişiyle kira sözleşmesi yapma özgürlüğüne sahiptir. Ancak aynı

---

<sup>345</sup> BARAK, (2001), s. 38.

şekilde ilişkinin diğer tarafının da herhangi bir ayrımcılığa uğramadan hizmet almak veya ev kiralamak hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuki ilişkinin her iki tarafı açısından da çatışan haklar söz konusudur. Bu bakımdan sözleşme özgürlüğünün diğer haklar karşısındaki konumu belirlenirken, bu özgürlüğün kişinin özel hayatına mı yoksa kamuya yönelik mi kullanıldığına göre bir ayırım yapılmalıdır. Sözleşme yapma özgürlüğü, kamuya yöneldiğinde daha *zayıf* bir korumayla çevrelenirken, kişinin özel hayatına ilişkinse daha *güçlü* bir korumaya sahiptir. Bu bakımdan restoran örneğine dönecek olursak, buradaki sözleşme kurma iradesi kamuya yöneldiğinden daha zayıf şekilde korunur, buna karşılık, sözleşmenin karşı tarafı ayrımcılığa karşı daha yüksek korumaya sahiptir. Diğer örnek açısından, kiraya verenin sözleşme yapma özgürlüğü, aynı zamanda bu kişinin özel hayat ve gizliliğinin korunmasını da içermektedir. Dolayısıyla kiraya verenin sözleşme özgürlüğünün, kiralama niyetindeki karşı tarafın ayrımcılığa karşı korunması hakkına göre daha yüksek korumaya sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.<sup>346</sup>

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer görünüm biçimi ise, ***sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi özgürlüğüdür***. Buna göre örneğin, taraflardan birinin daha güçsüz konumda olması nedeniyle, sözleşme içeriği temel bir hakkı tehdit veya ihlal edecek şekilde düzenlenebilir. Sözleşmenin içeriği belirlenirken, tarafların haklarının ihlal ve tehditlere karşı korunması ayrıca önem taşır. İçeriğin belirlenmesi özgürlüğü, *insan onuru ve özgürlüğünün* de bir ifadesi olarak nitelendirilmektedir.<sup>347</sup>

Temel hakların *doğrudan yatay etkisi* kabul edildiği takdirde, sözleşme içeriğinin temel haklar kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Bu tercihin irade

---

<sup>346</sup> BARAK, (2001), s. 39.

<sup>347</sup> BARAK, (2001), s. 37.

özerkliği üzerindeki olumsuz etkisi göz önüne alındığında, bu tip uyuşmazlıklarda temel hakların *dolaylı yatay etkisinin* kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim dolaylı yatay etki yaklaşımı tercih edildiğinde, kişiler doğrudan haklarla bağlı olmadıklarından, sözleşme özgürlüğü de doğrudan temel haklarla sınırlandırılmamaktadır. Bu durumda mahkemeler, böyle bir sözleşmeyi değerlendirirken, *temel haklar, yasalar ve özellikle Medeni Kanun'un genel hükümleri* ışığında yorum yapmaktadır.<sup>348</sup>

## B. ÇATIŞAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN DENGELENMESİ

Yatay etki teorisi, tarafların temel haklara dayanmasına olanak tanıdığından, bu haklar karşılıklı olarak birbirini sınırlandırabilir. Özellikle yargılama esnasında haklar dengelenirken, bir kişinin temel hakkının tanınması, sonuçta diğer kişinin hakkının çerçevesinin daraltılması veya sınırlandırılması anlamına gelebilir. Bu nedenle *güçlü dolaylı yatay etki yaklaşımında*, çatışan hakların dengelenmesinin, özel hukuk normları ve genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>349</sup> Nitekim bu anlayışa göre, *ilk olarak* yasama, anayasada belirlenen sınırlamalar kapsamında mevzuatın uygun şekilde düzenlenmesiyle yükümlüdür. *İkinci olarak*, yasamanın anayasal sınırlar kapsamında düzenlediği bu normlar dikkate alınarak, hakların *özel hukuk çerçevesinde* dengelenmesi gerekmektedir. Burada görev, yargısal takdir yetkisini kullanan yargıçlara düşmektedir. Yargıçlar anayasal değerler ve temel hakları göz önünde bulundurarak, “anayasal sınırlar” içinde temel hakları dengelemelidir.<sup>350</sup>

---

<sup>348</sup> LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 299; TRSTENJAK, (2016), s. 13.

<sup>349</sup> BARAK, (2001), s. 29; LOOSCHELDERS, MAKOWSKY, (2016), s. 300.

<sup>350</sup> BARAK, (2001), s. 33.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında çatışan hakların dengelenmesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin *Lüth* kararından itibaren başvurduğu bir yoldur. Bu olayda, ifade özgürlüğü ve film dağıtma hakkı arasında denge kuran Anayasa Mahkemesi, Lüth'ün ifade özgürlüğüne öncelik tanıyarak bir anlamda Harlan'ın film dağıtma özgürlüğünü kısıtlamıştır. Bir diğer önemli kararı olan 1975 tarihli *Kürtaj Kararında*<sup>351</sup> ise cenin ve annenin temel hakları bakımından bir dengeleme yapmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, kişinin temel haklarının yalnızca devlet karşısında değil, diğer kişilerin ihlallerine karşı da korunması gerekmektedir. Ayrıca her somut olay açısından ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu akıl yürütmeye, ceninin yaşama hakkı ve onuru yalnızca devlete değil, diğer kişilere (*ve anneye*) karşı da korunmalıdır. Bununla birlikte, kürtaj yapılmasının ceninin temel haklarını ihlal ettiği varsayımı her somut olayda kabul edilemez. Böyle bir durumda, kürtajın her durumda ve tamamen hukuka aykırı kabul edilmek zorunda kalır. Mahkeme'ye göre; cenin ile annenin temel hakları birlikte ele alınarak, dengelenmelidir.<sup>352</sup>

Örneğin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında<sup>353</sup>, acentelik sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusudur. Olayda, Alman Ticaret Kanunu'nun 90/a-2 hükmü bağlamında, kusurlu davranışı nedeniyle acentenin, diğer işletmeyle olan sözleşmesi sona erdirilmiştir. *Kusurlu* olması nedeniyle, acenteye sözleşmenin feshinden kaynaklanan tazminat ödenmemiş ve üstelik iki yıl rekabet yasağı getirilmiştir. Acente, hem bu uygulamanın, hem de Ticaret Kanunu'nun ilgili maddesinin

---

<sup>351</sup> Bkz. §2, B, “*Devletin Koruma Yükümlülüğü Doktrini*”.

<sup>352</sup> *Abortion I Case, 39 BVerfGE 1 (1975)*. Bu kararda hem annenin hem de ceninin temel haklarına değinerek; bu hakların dengelenmesi gerektiğine vurgu yapılması sonucunda, yasal düzenlemelerde değişiklik yapılmıştır. BELLING, İNCE, (2014), s. 15-16.

<sup>353</sup> 81 BVerfGE.

anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise şikayetçi acenteye getirilen rekabet etmeme yasağı nedeniyle, Temel Kanun’da düzenlenen çalışma özgürlüğünün kısıtlandığına karar vermiştir.

Olayda, işletme, acentenin kusurlu davranışı nedeniyle tek taraflı şekilde sözleşmeyi sona erdirmeye “iradesini” kullanmıştır. Aslında işletmenin sözleşme özgürlüğü, yalnızca sözleşme yapmaya ilişkin özgürlükleri değil, aynı zamanda sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de kapsamaktadır. Ancak Mahkeme’ye göre, sözleşmeyi fesih iradesi kullanılırken *güçsüz konumda bulunan tarafın irade özerkliği* bulunduğundan söz edilemez. Bu kararında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, işletmenin irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ile acentenin çalışma özgürlüğü arasında bir denge kurmuştur. Mahkeme’ye göre, taraflar arasındaki *irade dengesi bozulduğunda, devletin müdahale etme ve koruma yükümlülüğü doğmaktadır*.<sup>354</sup> Aslında Mahkeme bu karara, acentenin çalışma özgürlüğüne atıf yapmaksızın, özel hukukun temel ilkelerinden de ulaşabilirdi. Çünkü sözleşme özgürlüğü ve tarafların iradelerini zedeleyen veya ortadan kaldıran hallere ilişkin temel ilkeler zaten özel hukukta yer almaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, anayasa veya temel hakları uygulamaksızın eldeki uyuşmazlığı özel hukuk düzenlemeleri aracılığıyla çözebilirdi.

Bu örnek bağlamında, özel hukuk alanında temel hakların ve anayasal değerlerin korunması için yeterli düzenlemelerin mevcut olduğu ölçüde, temel hakların ve anayasanın doğrudan/dolaylı şekilde *özel hukuk kişilerine* uygulanmasına gerek kalmayacağını savunmak mümkündür.

---

<sup>354</sup> BELLING, İNCE, (2014), s. 17.

## C. YARGISAL AKTİVİZM ELEŞTİRİSİ

### 1. GENEL OLARAK

Yargısal aktivizm kavramının tanımı üzerine, doktrinde genel itibariyle uzlaşmaya varılamamıştır. Bu kavram, “*hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek bakımından başarısız olmaları*”; “*denetimden yoksun olan yargı gücünün yargısal sınırların dışına çıkmak suretiyle kötüye kullanılması*”; “*yargı organlarının olağan denetim sınırlarının ötesinde kararlar alması*”<sup>355</sup> gibi farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu yargısal sınırların aşılması, genelde mahkemeler tarafından, yasama organının siyasi takdir yetkisine müdahale edilmesi şeklinde gerçekleşir ve demokrasinin temel prensiplerine ve çoğunluğa dayalı yönetim anlayışına

---

<sup>355</sup> CROSS, Frank B., LINDQUIST, Stefanie A., “*The Scientific Study of Judicial Activism*”, **Minnesota Law Review**, Vol. 91, No. 6, (2007), s. 1765; GREEN, Craig, “*An Intellectual History of Judicial Activism*”, **Emory Law Journal**, Vol. 58; No. 5, (2009), ss. 1222; KORUCU, Serdar, **Yargısal Aktivizm**, Seçkin Yayınları, Ankara, (2014), s. 53. Bir görüşe göre, anayasa mahkemelerinin, kendi görev sınırlarına uymayarak, anayasada öngörülmeyen yeni haklar yaratması; seçimle işbaşına gelen organların verdikleri kararlara uygun davranmaması; Anayasayı hazırlayanların asıl niyetine veya anayasanın açık hükmüne aykırı karar vermesi; taraflı ve ideolojik kararlar vermesi gibi durumlarda anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizmi karşımıza çıkmaktadır. ÖZTÜRK, Kazım, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 1, Md.1-75, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, (1966), s.118.

aykırı görülür.<sup>356</sup> Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bir mahkemenin yargısal sınırları aşması, yalnızca yasama organının siyasi tercihlerinin sorgulanması ve yasaların iptal edilmesiyle gerçekleşmez. Bir mahkemedeki yargıçlar, aynı siyasi eğilimlere sahip olmaları nedeniyle, yasama çoğunluğuna bağlılık içinde hareket ettiği takdirde, anayasaya aykırı bir yasanın iptal edilmesinde çekince oluşabilir. Bu halde mahkeme yargısal sınırlarını olumsuz şekilde aştığından, bu durumun da yargısal aktivizmin bir görünüm biçimi olarak nitelendirilmesi gerekir.<sup>357</sup>

Yargısal aktivizm tartışması, özellikle anayasaya uygunluk denetiminde söz konusu olmaktadır. Anayasa mahkemelerinin hukuk sistemi içerisinde diğer yüksek yargı organlarına göre farklı bir yerde konumlandırılmaları ile yasamanın denetlenmesi ve dengelenmesi amacıyla kurulmuş olmaları bu tartışmanın asli nedenidir.<sup>358</sup> Nitekim, denetimi yapılan konuların siyasetle yakından bağlantılı olması, bu mahkemelerin siyasi bir fonksiyon kazanmasına neden olmuştur. Bu nedenle mahkemeler, çoğu kez siyasi iktidarla karşı karşıya gelmekte, hatta hakkında “*siyasi yargı*” nitelendirilmesi

---

<sup>356</sup> Ancak bir mahkemenin aktivist tutumu yalnızca iptal ettiği veya geçersizliğine karar verdiği yasama işlemi sayısı ile belirlenemez. Bir mahkemenin aktivist tutumunun doğru şekilde tespit edilmesi için, mahkemenin iptal veya geçersizliğine karar verdiği yasaların konularına göre bir inceleme yapılması ve bu kararların sıklığının incelenmesi gerekir. KORUCU, (2014), s. 51-52.

<sup>357</sup> KORUCU, (2014), s. 52.

<sup>358</sup> FERRERES COMELLA, Victor, **Constitutional Courts and Democratic Values, A European Perspective**, Yale University Press, (2009), s. 79.

yapılmaktadır.<sup>359</sup> Dolayısıyla anayasa mahkemelerinin bu özel durumu hem anayasal statüleri hem de yerine getirdikleri fonksiyondan kaynaklanır.<sup>360</sup> Anayasa mahkemesi kararlarının hem yargısal hem de siyasi nitelik taşıması nedeniyle, hukukilik ile yerindelik denetimi yetkileri arasında ince bir çizgi olduğu ve çoğu kez bu çizginin bulanıklaştığı belirtilmektedir.<sup>361</sup>

Temel hakların yatay etkisinin doğal sonucu olan, çatışan hakların dengelenmesi faaliyeti, anayasa mahkemelerine kaçınılmaz olarak anayasa hukuku sorunları yanında, *genel mahkemelerin yargılamalarını denetleme ve uyuşmazlık çözme yetkisi* de vermektedir. Bu yetki doğrultusunda Anayasa Mahkemeleri hem yasama organının özel hukuk düzenlemelerini, hem de genel mahkemelerin özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarını denetleyebilir. Anayasa mahkemesinin bu yetkileri kapsamında takınacağı tavır ve yaklaşımı iki açıdan önem taşır: (1) *Temel hakların korunması*, (2) *Bu hakların korunması ile özel hukuk alanının özerkliği arasındaki dengenin sağlanması*. Ancak

---

<sup>359</sup> GÖREN, “*Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 12, (1995), s. 207; SAĞLAM, Fazıl, “*Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi*”, **Anayasa Yargısı**, C. 13, (1996), s. 48.

<sup>360</sup> ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş 17. Baskı, (2017), s.409; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, (2009), s. 45.

<sup>361</sup> GÖREN, Zafer, “*Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7 S. 14, (2008), s. 21.

Mahkemelerin temel hakları korumak ve dengelemek amacıyla vereceği karar, uyuşmazlığın taraflarının haklarının anayasada öngörülmemiş şekilde sınırlandırılmasına neden olabileceği gibi, aktivist tutumla vereceği bir karar da hem genel mahkemelerin yargı yetkisine, hem de yasamanın düzenleme yetkisine müdahale anlamına gelebilir.<sup>362</sup>

## 2. YATAY ETKİ TEORİSİ VE YARGISAL AKTİVİZM

Doktrinde yargısal aktivizmin olumlu ve olumsuz yönleri olduğu ifade edilmektedir. Yargı organlarının aktivist tutumla verdikleri kararları ile özellikle yasama organının alanına müdahale etmeleri, yargısal aktivizmin *olumsuz* yönünü oluşturur. Bununla birlikte özellikle temel hakların korunması ve güçlendirilmesi hususunda anayasa mahkemelerinin yüklendikleri işlev, yargısal aktivizmin *olumlu* yönünü yansıtır.<sup>363</sup> Dolayısıyla anayasa mahkemelerinin, yerindelik denetimine yol açmayacak şekilde, hak eksenli yaklaşımla aktivist bir tutum sergilemesinin yerinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>364</sup> Ancak bu tutum temel siyasi tercihleri etkileyecek şekilde gerçekleştirilmemeli, yasamanın takdir yetkisine daha geniş bir alan bırakılmalıdır.<sup>365</sup> Bu bakımdan özellikle temel siyasi tercihleri ve değer yargılarını ilgilendiren alanlarda anayasa mahkemelerinin aktivist bir tutum yerine, “*kendi kendini sınırlaması*” (*judicial-self-restraint*) gerektiği savunulmaktadır.<sup>366</sup> Bu görüşe göre, anayasa yargıçlarının yorum faaliyetinde değer yargılarının etkisinden tamamen arınmaları beklenemez. Ancak

---

<sup>362</sup> KUMM, FERRERES COMELLA, (2005), s. 250-251.

<sup>363</sup> USLU, Ferhat, **Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, (2014), s. 210.

<sup>364</sup> ALEXY, (2012), s. 289.

<sup>365</sup> ÖZBUDUN, Ergun, “*Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*”, **Demokrasi ve Yargı**, (ed. Ozan Ergül), 1. Basım, TBB Yayınları, Ankara, (2005), s. 351

<sup>366</sup> SAĞLAM, (1996), s.49; HAKYEMEZ, (2009), s. 31.

kararlarının toplum çoğunluğu tarafından meşru kabul edilebilmesi amacı, yargıçları kendi kendilerini sınırlandırmaya yönlendirmektedir.

Anayasa yargısının yetki alanının çözümlenmesi için anayasa yargıcının yetki sınırlarının belirlenmesi önemlidir. Bu bağlamda anayasa yargıcının yetkisinin, anayasa normunun uygulanması dışında, bu normları yorumlama yetkisini de kapsayıp kapsamadığı belirlenmelidir. Bir görüşe göre anayasal hükümler kendi başlarına belli bir anlama sahiptirler. Diğer bir görüşe göre ise, bu hükümler birçok anlamı ihtiva etmekte olup, anayasa yargıcı, yorum yaparak hükmün anlamını belirlemek zorundadır.<sup>367</sup> Anayasa mahkemesinin temel işlevi, değişen egemenlik anlayışı çerçevesinde anayasal hakların yasamayı bağlayıcı etkisini somutlaştırmak ve bu hakları yasama gücüne karşı korumaktır.<sup>368</sup>

Anayasa mahkemeleri yasaların anayasaya uygunluğunu denetlerken aynı zamanda soyut anayasa normlarını ve ilkeleri yorumlayarak somutlaştırır.<sup>369</sup> Bu bakımdan, yasama organının uyduğu anayasa, anayasa mahkemelerinin yorumladığı anayasadır. Bir görüşe göre, gerçek yasa koyucu, metnin sahibi değil, onu yorumlayandır; özellikle a priori denetim yetkisinin tanındığı durumlarda yargıç söz konusu işlemin yapılmasına karşı koyabildiği ölçüde yasanın eş sahibidir.<sup>370</sup> Dolayısıyla yasanın yapımına ve yorumuna bu şekilde anayasa mahkemesi de katılmaktadır. Parlamento yaptığı işlemlerde anayasayı ihlal edemez, ancak ihlal edemediği anayasa, anayasa yargıcının yorumladığı şekliyle anayasadır.

---

<sup>367</sup> KABOĞLU, (2007), s. 237.

<sup>368</sup> SAĞLAM, (1996), s. 46.

<sup>369</sup> HAKYEMEZ, (2009), s. 23.

<sup>370</sup> KABOĞLU, (2007), s. 237.

Anayasaya uygunluk denetimi sayesinde aslında, yasama organının ürünü olan yasalara karşı bir anlamda anayasa mahkemesinin veto yetkisi tanınmış olmaktadır. Öğretide de birçok yazar tarafından iptal davası, yasama sürecinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Örneğin, Kelsen'e göre anayasallık denetimi, *negatif kanun koyuculuktur*. Anayasa mahkemeleri bir kanunu iptal yoluyla tamamen yürürlükten kaldırabilmekte veya yorum faaliyeti ile kanunun nasıl uygulanacağını işaret edebilmektedir. Yazara göre bir kanunu iptal etmek, genel bir norm koymak demektir; çünkü bir kanunun iptali, onun yapılmasıyla aynı niteliği taşır. Dolayısıyla bir kanunu iptal yetkisini haiz olan bir mahkeme, yasama yetkisini kullanan bir organdır. Kelsen, anayasa mahkemelerini negatif kanun koyucu olarak vasıflandırarak, pozitif kanun koyucu olan parlamentolardan ayırmaktadır.<sup>371</sup>

Bununla birlikte mahkemenin iptal kararı, yeni bir hukuki durum yaratmakta ve iptal hükmünün gerekçeleri, yeni bir yasal düzenleme konusunda yasama organının hareket serbestisini kısıtlamaktadır.<sup>372</sup> Bu nedenle bir görüşe göre, anayasa mahkemeleri, negatif kanun koyucu niteliğini dahi aşarak *pozitif kanun koyucu* ya da *ön yasayıcı*

---

<sup>371</sup> KELSEN, Hans, **General Theory of Law and State**, (Çev.) Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, LTD., Clark, New Jersey, (2007), s. 268; GÖNENÇ, Levent, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, (2015), s. 119; KABOĞLU, (2007), s. 228.

<sup>372</sup> ÖZBUDUN, (2005), s. 346

konumuna gelmiştir.<sup>373</sup> Yasama işlemlerinin yargısal denetimi sonucunda verilen kararları nedeniyle anayasa mahkemeleri hakkında “*yargıçlar hükümeti*”, “*üçüncü meclis*”, “*yedek yasa koyucu*” gibi eleştirilerde bulunmuştur.<sup>374</sup> Nitekim anayasa mahkemesinin yaptığı yargısal denetim, yalnızca anayasa hukuku açısından değil, mali hukuk, idare hukuku, medeni hukuk, ceza hukuku ve diğer tüm hukuk alanlarını *yönlendirmekte, biçimlendirmekte ve dönüşüme uğratmaktadır.*<sup>375</sup>

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir dönemde saf bir biçimde var olmamıştır. Devlet organları tamamen birbirinden yalıtılmış olmayıp, aralarında işlevselleştirilmiş bir iş bölümü ilişkisi olduğu kabul edilir. Dolayısıyla devlet organları kendi işlevlerini yerine getirmenin yanında genel olarak bütünün, yani iktidarın amaç ve değerlerini korumak ve geliştirmekle de görevlidirler. Anayasa yargısının kurulması, önemli birtakım devlet yetkilerinin, halk tarafından seçilmeyen ve halka hesap verir konumda bulunmayan bir kuruma devridir. Bu kapsamda anayasaya uygunluğun yargısal denetimi, yargı organı lehine ve yasama organı aleyhine önemli bir yetki transferi anlamına gelmektedir.<sup>376</sup>

---

<sup>373</sup> DAHL, Robert, “*Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*”, **Journal of Public Law**, Vol. 6, Emory University Law School, (1957), s. 293; KABOĞLU, (2007), s. 229.

<sup>374</sup> GÖNENÇ, (2015), s. 119; GÖREN, (2008), s. 9, 15; HAKYEMEZ, s. 33 vd.

<sup>375</sup> GÖREN, (2008), s. 21.

<sup>376</sup> ÖZBUDUN, (2017), s. 406; Anayasa mahkemelerinin verdikleri kararların, büyük çoğunlukla, özünde siyasal nitelik taşıdıkları şüphesizdir. Bir anlamda Anayasa mahkemeleri, ikinci bir meclis gibi çalışmakta ve bu durum, bir yandan yargının siyasallaşmasına, diğer yandan siyasetin yargısallaşmasına yol açmaktadır. Başka bir

İktidarların insan haklarına saygı göstererek anayasa tarafından kendilerine çizilen sınır içinde yetkilerini kullanmaları demokrasinin ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez niteliğidir. Bu nedenle yasama organının iradesinin anayasa mahkemesi tarafından hukuki denetime tâbi tutulması demokrasi, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin doğal bir sonucudur.<sup>377</sup>

Özel hukuk alanının anayasayla uyumlaştırılmasıyla da hukuk düzeninde önemli değişiklikler meydana gelir. *Öncelikle*, temel haklarla uyumlaştırılmış özel hukuk mevzuatı, haklara ve özellikle anayasada belirlenen sınırlama hükümlerine uygun hale gelmektedir. *İkincisi*, *kamu düzeni ilkesi* kapsamında -özellikle *common law*'a bağlı sistemlerde- anayasal dengeyi gösterir yeni normlar düzenlenebilir. Bu şekilde gerçekleştirilen dengeleme ve sınırlamalar, aslında hakların güçlendirilmesine de hizmet etmektedir. *Son olarak* mevcut düzenlemeler, yeni ortaya çıkan hakların özel hukuk alanında yer bulması için yeterli olmayabilir. Bu durumda, öncelikle yasama, anayasal yükümlülük altındadır. Yasama organı bu yükümlülüğünü yerine getiremediği takdirde, yargı bu görevi devralır. Bu halde ilk olarak hakların korunmasını engelleyen hukuk boşluklarının doldurulması gerekir. Ancak buna rağmen yeterli hukuki çareler

---

ifadeyle, yasama organı, bir iptal müeyyidesi ile karşılaşmamak için, Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarını özenle dikkate almakta ve yasama faaliyetlerine büyük ölçüde hukuki mülahazalar hakim olmaktadır. ÖZBUDUN, (2005), s. 345.

<sup>377</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 474; ALEXY, (2012), s. 289.

üretilemiyorsa, bir görüşe göre, yargıç yeni hukuki araçlar yaratarak özel hukuku geliştirebilir.<sup>378</sup>

Temel hakların yatay etkisi, hakların dengelenmesine ilişkin ilke ve kuralların özel hukuk mevzuatında gösterilmesini gerektirir. Ancak bu düzenlemelerin yokluğu halinde yargısal dengeleme formülleri tasarlanmalıdır. Doktrinde bir kısım yazar, temel hakların yargısal yollarla dengelenmesinin, yasamadan yargı organlarına ciddi bir güç ve yetki transferi anlamına geleceğini ve bu yetkilendirmenin yargısal aktivizme yol açacağını savunmaktadır.<sup>379</sup> Ancak karşı görüşe göre, yargısal dengeleme mekanizmaları yatay etkinin tartışılarak kabul edilmesinden çok daha önce yargı organının karşılaştığı bir durumdur. Aslında, yargısal denetimin kabul edildiği anayasalar, doğası gereği mahkemelere geniş bir yargısal takdir yetkisi de tanımış olmaktadır.<sup>380</sup>

Bu bağlamda temel hakların yatay etkisinin kabulü sonucunda karşılaşılabilecek olumsuz sonuçların önüne geçmek için yapılması gereken, özel hukuk normlarının temel haklarla uyumlaştırılmasıdır. Özel hukuk kişilerinin temel haklarının arasındaki çatışmaların çözümlenmesinde öncelikle özel hukuk araçlarından yararlanmak gerekmektedir. Bu düzenlemeler temel haklarla uyumlu şekilde yapıldığı ölçüde, bu

---

<sup>378</sup> BARAK, (2001), s. 30-31; ERGÜL, s. 465.

<sup>379</sup> KAY, (1993), s. 340. Doktrinde dikey etkinin bir görünümü olarak nitelendirilmesine rağmen, devlet eylemi doktrini dahi yargısal aktivizm eleştirisine konu edilmiştir. Ayrıca mahkemelerin bu yetkisini değerlendiren bir diğer görüşe göre, mahkemeler, özel hukuk eylemlerinden kaynaklanan ihlallerin yol açtığı zararları giderme yetkilerini kullandığında, toplumu şekillendirmektedir. CHEMERINSKY, “*Rethinking State Action*”, (2004), s. 812.

<sup>380</sup> BARAK, (2001), s. 33-35

haklar yasama organı eliyle korunmuş olacaktır. Dolayısıyla bu hallerde yargıçların yeni hukuki araçlar yaratmasına gerek kalmamaktadır.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YATAY ETKİSİ

İfade özgürlüğü, demokratik ve çoğulcu toplumun temelini oluşturur. Dolayısıyla, bu özgürlüğün tam olarak sağlanmadığı bir toplumda demokrasinin varlığından söz edilemez. Nitekim, bireyin siyasi hayata katılımı, insan onurunun korunması ve diğer temel haklarını talep edebilmesi de ancak ifade özgürlüğünün etkin kullanımı ile mümkündür. Bu bakımdan ifade özgürlüğü, diğer tüm temel hakların korunması bakımından “*kaynak özgürlük*” olarak kabul edilmekte ve ifade özgürlüğüne ilişkin hukuki rejim, diğer özgürlüklerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Bu özellikleri, ifade özgürlüğünün hem *negatif* hem de *pozitif* niteliklere sahip bir hak olarak kabul edilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda devletin *negatif yükümlülüklerinin* yanında, bu özgürlüğün etkin kullanımının *sağlanması* ve başkalarından kaynaklanabilecek ihlallere karşı *korunması* bakımından birtakım *pozitif yükümlülükleri* de bulunmaktadır.<sup>381</sup>

İfade özgürlüğünün kamuoyu oluşturma sürecindeki değeri, hukuk sistemi ve toplumsal dinamikler üzerinde de etkili olmasına neden olmaktadır. Nitekim bu özgürlük, kişi ve grupların talep ve isteklerini dile getirebilmelerine olanak sağlaması nedeniyle,

---

<sup>381</sup> STONE, (2011), s. 411; KABOĞLU, (2002), s. 335 vd.; UYGUN, Oktay, **Kamu Hukuku İncelemeleri – İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, (2013), s. 130-132; ERDOĞAN, Gülnur, (2003), s. 39; SUNAY, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2002), s. 9-10; KORKMAZ, Ömer, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2014), s. 76; ERDOĞAN, Gülnur, (2017), s. 67.

diğer temel hakların korunmasında da etkili olmaktadır. Bu bağlamda, ifade özgürlüğünün tüm hukuk alanında ve tam olarak korunduğu bir toplumda kişi özgürlüklerinin tam anlamıyla sağlandığından söz edilebilir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü, devlet gücünün yanında diğer toplumsal güç odakları karşısında da korunmalı ve tüm hukuk alanında etkili olmalıdır. Bu etkinin başlıca iki sonucu olduğunu söyleyebiliriz: Öncelikle, ifade özgürlüğü ancak hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında etkili olduğunda tam ve etkin olarak korunur. Ancak ifade özgürlüğü özel hukuk alanında etkili olduğunda, diğer kişilerin menfaat ve özgürlüklerini hem olumlu hem de olumsuz anlamda etkilemesi mümkündür. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün diğer temel haklarla olan ilişkisi belirlenmesi ve genel anlamıyla özel hukuk kişilerinin hak ve menfaatleri arasındaki denge sağlanması gerekir. Bu nedenlerle çalışmanın bu bölümünde ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki sınırlarının belirlenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmanın sınırları belirlenirken, ifade özgürlüğü; basın, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerini içerecek şekilde ele alınmıştır. Ayrıca, bu özgürlüğün kamu hukuku ve devlet-birey ilişkilerindeki yansımalarına oldukça kısıtlı bir şekilde yer verilerek, esasen özel hukuk alanındaki hak çatışmaları ve devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında bir inceleme yapılmıştır. Bu amaçla bölümün ilk kısmında genel hatlarıyla ifade özgürlüğü kavramı, bu özgürlüğün unsurları ve görünüm biçimlerine yer verilmiştir. İkinci kısımda ise, ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisi ve diğer temel haklarla ilişkisi çeşitli yüksek mahkemelerin kararları kapsamında karşılaştırmalı olarak araştırılmıştır.

## **§ I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI VE GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ**

Bu kısımda öncelikle ifade özgürlüğü kavramı ve bu özgürlüğün temellendirilmesinde başvurulan yaklaşımlara yer verilmektedir. Ardından ise *ifade özgürlüğünün unsurları ve görünüm biçimleri* üzerinde durulmaktadır. Bu inceleme tercihi, ifade özgürlüğünün tüm unsurları ve farklı görünüm biçimleri hukuki güvenceyle

çevrelendiği takdirde tam olarak korunabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Nitekim ifade özgürlüğün unsurları olan *bilgi edinme, kanaat ve düşünceyi açıklama özgürlüklerinden* birinin dahi tam olarak sağlanamaması halinde ifade özgürlüğünün varlığından söz edilemeyecektir. Aynı şekilde *basın, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin* hukuken tanınmaması halinde, ifade özgürlüğünün etkin kullanımı mümkün olmayacaktır. Bu nedenle ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisinin belirlenmesi için öncelikle bu hususların genel hatlarıyla incelenmesi gerekir.

### A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

İnsan hakkı düşüncesinin temelinde, insan onurunun korunması amacı yer alır. Dolayısıyla ancak temel hak ve özgürlüklerinin tam olarak korunduğu bir hukuki düzen, insan onuruna uygun kabul edilebilir. İfade özgürlüğü<sup>382</sup> ise çoğulcu ve demokratik düzen

---

<sup>382</sup> Doktrinde ifade özgürlüğü terimi, düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü, fikir ve düşünce özgürlüğü, konuşma özgürlüğü, düşünce ve tartışma hürriyeti gibi farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Bkz. TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul, (1969), s. 15; TANÖR, (1994), s. 59 vd.; SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, SEÇİLMİŞOĞLU, Bahattin (Çev.), Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2002), s. 73 vd.; SUNAY, (2002), s. 5-8; KORKMAZ, (2014), s. 35-36; MILL, (2014), s. 69 vd.; ŞAHBAZ, İbrahim, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2007), s. 14; KÜÇÜK, Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2003), s. 11.

için vazgeçilmez bir özgürlüktür.<sup>383</sup> Ayrıca, birçok diğer hakkın *vazgeçilmez nitelikteki esaslı bir unsuru* ve *ön şartı* olarak kabul edilmektedir.<sup>384</sup> Nitekim ifade özgürlüğü kapsamında kişi ve gruplar, “*düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygularını barışçı yollarla (toplantı, gösteri, basın, sosyal medya gibi) serbestçe açığa vurabilir veya dış dünyaya ifade edebilir*”<sup>385</sup> ve böylece birtakım istek ve düşüncelerini dile getirebilirler. Bu düşünce açıklamaları, diğer temel hak ve özgürlüklerin sağlanması, sınırlamaların önüne geçilmesi veya korunması gibi taleplerin iletilmesi bakımından önem taşımaktadır. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğünün diğer haklar açısından bu vazgeçilmez ve temel niteliğine vurgu yapmıştır; “*İfade özgürlüğü, liberal demokratik bir anayasal düzenin temelidir. Çünkü tek başına, demokratik düzenin can damarı olan, görüşler arasındaki çekişmeyi ve böylelikle entelektüel değişimi mümkün kılar. Bu özgürlük, aslında “neredeyse her türlü özgürlüğün vazgeçilmez koşulu”*”

---

<sup>383</sup> BARENDT, Eric, “*Freedom of Expression*”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ROSENFELD, Michel, SAJO, Andras (ed.), (2012), s. 891; CLAYTON, Richard, TOMLINSON, Hugh, **Privacy and Freedom of Expression**, (Reprinted From The Law of Human Rights), Oxford University Press, (2001), s. 112; ERDOĞAN, (2017), s. 67.

<sup>384</sup> ERDOĞAN, (2017), s. 7; KÜÇÜK, (2003), s. 2; ŞAHBAZ, (2007), s. 13.

<sup>385</sup> KABOĞLU, (2002), s. 335; ERDOĞAN, Mustafa, “*Demokratik Toplumsal İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif*”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, ÖZİPEK, Bekir Berat (ed.), Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2003), s. 37; YILDIZ, Ferhat, **Türk Anayasa Hukukunda Basın Özgürlüğü**, Adalet Yayınevi, Ankara, (2013), s. 7 vd.; KORKMAZ, (2014), s. 62; ERDOĞAN, Gülnur, **İşyerinde İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Temelinde)**, Adalet Yayınevi, Ankara, (2017), s. 3.

*niteliğindedir.*<sup>386</sup> Benzer şekilde ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında da ifade özgürlüğünün anayasal düzen içindeki özel yeri ve temel niteliğinin güçlü şekilde vurgulandığı görülmektedir.<sup>387</sup>

İfade özgürlüğünün temelinde ise düşünce özgürlüğü yer almaktadır. Bu iki özgürlük birbirini tamamlar ve ancak bir aradayken anlam ifade eder.<sup>388</sup> Ayrıca düşünce özgürlüğü, demokratik ve çoğulcu toplumun sağlanmasındaki önemi nedeniyle ifade özgürlüğünün yanında diğer birçok temel hakkın özünde yer almaktadır. Dolayısıyla düşünce özgürlüğünün kısıtlanması veya ihlali halinde, başta insan onuru ve maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı olmak üzere, diğer temel haklar çeşitli derecelerde zarar görmektedir.<sup>389</sup> Bu bağlamda, düşünce özgürlüğü *bireyin saygınlığının ve insan*

---

<sup>386</sup> *Lüth*, 7 *BVerfGE* 198 (1958); KOMMERS, MILLER, (2012), s. 445; CORRADO, (2005), s. 138; QUINT, (1989), s. 283; BARENDT, (2012), s. 891; KORKMAZ, (2014), s. 267-8; JOUANJAN, (2009), s. 871.

<sup>387</sup> 302 US 319, 327 (1937), *Palko v Connecticut*; BARENDT, (2012), s. 891-892.

<sup>388</sup> Doktrinde bazı yazarlar tarafından ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve kanaat özgürlükleri, düşünce özgürlüğünün unsurları olarak kabul edilmektedir. KORKMAZ, (2014), s. 48 vd. Düşünce özgürlüğü, kişinin istediği şekilde düşünme, kanaat sahibi olma, bu düşünce ve kanaatleri açıklayabilme veya açıklamaya zorlanamama, düşünceleri nedeniyle kınanmama özgürlüklerini kapsamaktadır. SCHAUER, (2002), s. 73 vd. Kanaatimizce düşünce özgürlüğü, diğer birçok birey özgürlüğü gibi ifade özgürlüğünün de temelini oluşturmaktadır, bu bakımdan ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğünü kapsayan bir nitelik göstermektedir.

<sup>389</sup> SUNAY, (2002), s. 9; ERDOĞAN, (2017), s. 11.

*onurunun da temeli* olarak görülmektedir.<sup>390</sup> Düşünce ve ifade özgürlükleri, serbest tartışma ortamını sağlamaları nedeniyle, *demokrasinin temeli* ve *bireyin özgürleşmesinin birincil şartı* olarak kabul edilmektedir.<sup>391</sup> Bu özgürlükler birlikte, bireyin itibarının, toplumun ve insanlığın gelişiminin temelini oluşturmaktadır.

Düşünce özgürlüğü hem kişinin iç dünyasına hem de dış dünyaya ilişkindir. Nitekim, kanaat ve düşünceye sahip olma özgürlüğü, kişinin iç dünyasını ilgilendirir. Buna karşın kişinin bu düşüncesini açıklaması, düşüncesini açıklamaya zorlanamaması veya bu fikirler dolayısıyla kınanamaması ise dış dünyaya ilişkindir. Ancak düşünce özgürlüğünün daha çok kişinin iç dünyasına ilişkin bir özgürlük olarak görülmesi, mutlak bir hak olarak nitelendirilmesine neden olmuştur. Bu görüşe göre, düşünce, dışa yansıtılmadığı sürece iktidarın müdahale alanının dışında kalır ve mutlaklıktır. Düşünce açıklaması ise dış dünyaya yönelik ve sınırlıdır.<sup>392</sup> Ancak düşünce özgürlüğünün mutlaklığına karşı çıkan diğer görüşe göre, düşüncenin oluşumu aşamasında, dış etkenler büyük rol oynamaktadır. Bireyin bir kanaate sahip olması için öncelikle bilgi ve haberlere serbestçe ulaşabilmesi gerekir. Dış dünya ve bilgi kaynaklarıyla olan bu ilişkisi göz önüne alındığında, düşünce özgürlüğünün mutlak bir hak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim, bu özgürlüğün özü, “*düşünce*”dir. Bilgiye serbestçe ulaşımın sağlanamadığı bir ortamda, düşünce ve kanaatlerin doğru şekilde oluştuğundan söz

---

<sup>390</sup> TURHAN, Mehmet, “*Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası*”, **DÜHFD**, S. 4, (1998), s. 89; KORKMAZ, (2014), s. 44.

<sup>391</sup> KÜÇÜK, (2003), s. 2, 3; KORKMAZ, (2014), s. 67; ÖKTEM SONGU, s. 612.

<sup>392</sup> KORKMAZ, (2014), s. 50.

edilemez.<sup>393</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki bazıları serbest bırakılırken diğer belli düşüncelerin sınırlanması veya yasaklanması da düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlandığı anlamına gelir. Bu nedenle düşünceler arasında, doğru-yanlış, değerli-değersiz gibi ayrımlar yapılması, düşünce özgürlüğünün niteliğine zarar vermektedir.<sup>394</sup> Düşünce ve ifade özgürlüklerinin birbirini tamamlayan niteliği göz önüne alındığında, fikirlerin dışı vurulamaması, ifade edilememesi halinde düşünce özgürlüğünden bahsedilmesi anlamsızdır.<sup>395</sup> Nitekim, Federal Anayasa Mahkemesi de, düşünce

---

<sup>393</sup> KABOĞLU, (2002), s. 334; SUNAY, (2002), s. 6-7

<sup>394</sup> Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi ifade ve düşünceler arasında birtakım subjektif ayrımlar yapılmasının sakıncalarına dikkat çekmiştir: “*Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılması subjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından “değersiz” veya “yararsız” görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.*” Anayasa Mahkemesi, *Bekir Coşkun Başvurusu*, B. No. 2014/1215, k.t. 4/6/2015, §36; KARAN, Ulaş, **İfade Özgürlüğü – Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Ankara, (2018), s. 6-7; KÜÇÜK, (2003), s. 44; KORKMAZ, (2014), s. 40, 41; SUNAY, (2002), s. 34-35.

<sup>395</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de “*düşünce özgürlüğü, düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını içerir. Açıklanması ve yayılması olanakları tanınmamış olan bir düşünce, zihinsel faaliyetlerden ibarettir ve gerçek bir özgürlük değildir.*” yorumuyla ifade ve düşünce özgürlükleri arasındaki ilişkiye işaret etmiştir. E. 1979/31, K. 1980/59, k.t. 27.11.1980, AMKD, S. 18, s. 339. KORKMAZ, (2014), s. 56-57; ŞAHBAZ, (2007), s. 14.

özgürlüğünün Temel Kanun'un m. 5/1 hükmü kapsamında, bireyin *sübjektif kamusal savunma hakkı* niteliğinde olduğunu ve herkesin düşüncesini serbestçe açıklama hakkını garanti altına aldığını kabul etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bu özgürlük kişinin iç dünyasında düşüncenin oluşması, daha sonra ise bu düşüncenin açıklanmasını içerir.<sup>396</sup>

İfade özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi için "*ifadenin*" ne olduğu ve ne olmadığına anayasal amaçlar doğrultusunda belirlenmesi gerekir.<sup>397</sup> Nitekim demokratik düzenlerde, aykırı ve zararlı görülse dahi "*düşünce*" doğrudan yasağın konusu edilemez. Çoğulcu anlayış, bir düşüncenin mutlak doğru veya mutlak yanlış olduğu görüşünü reddeder.<sup>398</sup> Bu bağlamda ifade özgürlüğünün koruma alanı belirlenirken genişletici yorumun benimsenmesi gerekir. İfade özgürlüğünün kullanımı, "*düşünce ve olayların bildirim*", "*ilan etme*", "*tanıtma*", "*ticari reklamlar*" şeklinde olabileceği gibi, "*boykota çağrıda bulunma*", "*propaganda*" gibi şekillerle de olabilir.<sup>399</sup> Bununla birlikte, hakaret içeren, saldırgan, bilimsel ve sanatsal değerden yoksun, insanlığı tehdit eden, savaş ve şiddet çağrısı niteliğindeki, suça teşvik eden ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamının dışında değerlendirilmektedir.<sup>400</sup>

---

<sup>396</sup> KORKMAZ, (2014), s. 268, 269.

<sup>397</sup> CURRIE, David P, **Federal Courts - Cases and Materials**, West Publishing, (1968), s. 506.

<sup>398</sup> KÜÇÜK, (2003), s. 37.

<sup>399</sup> Nitekim Alman hukukunda da ifade özgürlüğünün koruma alanının belirlenmesinde bu ölçütler göz önüne alınmaktadır. KORKMAZ, (2014), s. 270-277; CURRIE, (1968), s. 506.

<sup>400</sup> TANÖR, (1969), s. 62; KÜÇÜK, (2003), s. 27.

Kişiler ifade özgürlüğünü kullanırken, ifadenin içeriğini ve açıklama biçimini seçmede serbesttir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü kapsamında korunan ifadeler, sözlü veya yazılı şekilde, kitle iletişim araçları ve görsel basın kullanılarak veya internet, sosyal medya, eğitim ve konferanslarda açıklanabilir. Ayrıca, siyasal, sanatsal, sosyal, bilimsel açıklamalar ifade özgürlüğü kapsamındadır.<sup>401</sup> Nitekim, birçok anayasal metinde, bilimsel ve sanatsal düşünce açıklamalarının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.<sup>402</sup> Düşünce açıklamalarının şekli bakımından sınırlama yapmak, nihayetinde ifade özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurur. Bu nedenle sendika, dernek, siyasi parti kurma veya toplantı, gösteri, protesto, boykot, grev gibi eylemler yoluyla yapılan düşünce açıklamaları, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki kişi düşünce ve kanaatlerini yalnızca sözlü

---

<sup>401</sup> TANÖR, (1969), s. 17-18, 62; SUNAY, (2002), s. 10-11; KÜÇÜK, (2003), s. 36; KORKMAZ, (2014), s. 41.

<sup>402</sup> 1949 Alman Temel Kanunu'nun "*düşünce ve basın özgürlüğü; sanat ve bilim özgürlüğü*" başlıklı 5. maddesi; ABD Anayasası'nın "*din, basın ve ifade özgürlüğü*" başlıklı 1. Ek'i; 1996 Güney Afrika Anayasası'nın "*ifade özgürlüğü*" başlıklı 16. maddesi bu yöndedir. 1982 Anayasası ise ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen hakları, *din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti* başlıkları altında ayrı ayrı düzenleyerek düşünce açıklamasının farklı şekil ve araçlarla mümkün olduğunu kabul etmektedir.

veya yazılı şekilde değil; resim, hareket, belli tarzda kıyafet veya semboller gibi yollarla da ifade edebilir.<sup>403</sup>

Düşünce özgürlüğünün mutlaklığına dair fikir ayrılıklarına benzer şekilde, ifade özgürlüğünün sınırsız olup olmadığı da tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde ise ifade özgürlüğünün diğer temel haklar arasındaki özel yeri ve çoğulcu toplumun inşasındaki önemi bulunmaktadır. İfade özgürlüğünün bu niteliğine vurgu yapan görüşe göre, bu özgürlük diğer hak ve özgürlüklere göre ayrıcalıklı bir konumdadır ve sınırsızdır. Bu görüşe karşılık, özel önemine rağmen ifade özgürlüğünün diğer hak ve özgürlükler gibi belli ölçülerde sınırlandırılmasının mümkün ve gerekli olduğu belirtilmektedir.<sup>404</sup> İfade özgürlüğü sınırsız şekilde kabul edildiği takdirde, bu özgürlüğün çatıştığı diğer hak ve menfaatlerin aşırı derecede sınırlandırılması ve hatta ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Bu nedenle, çatışan diğer menfaatler arasında uygun bir dengeleme yapılması ve her iki özgürlüğün de belli ölçülerde temin edilmesi gerektiği, bu bağlamda ifade özgürlüğünün de sınırlandırılabilmesi kabul edilmelidir.<sup>405</sup>

---

<sup>403</sup> STONE, (2011), s. 407-408; SCANLON, Thomas, “*A Theory of Freedom of Expression*”, **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 1, No. 2, (1972), s. 206; ERDOĞAN, (2003), s. 37; KORKMAZ, (2014), s. 48; KARAN, **İfade Özgürlüğü**, (2018), s. 45; KÜÇÜK, (2003), s. 11.; ŞAHBAZ, (2007), s. 16, 24.

<sup>404</sup> ERDOĞAN, (2017), s. 7; YILDIZ, (2013), s. 8. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün mutlaklığına dair görüşlerin ayrıntılı açıklaması için Bkz. TANÖR, (1969), s. 114-120.

<sup>405</sup> NACHMAN JR., M. Roland, “*Limits on Free Speech and Press*”, **Presidential Studies Quarterly**, Vol. 22, Issue 4, (1992), s.737-738; SUNAY, (2002), s. 73; ŞAHBAZ, (2007), s. 15. Nitekim AİHM kararlarında da, ifade özgürlüğünün sınırları belirlenirken her olay

İfade özgürlüğü kavramının altında yatan tarihi ve kültürel çeşitlilik; bu özgürlüğün niteliği bakımından görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.<sup>406</sup> Öğretide ifade özgürlüğünün önemini açıklamak için başvurulan üç temel yaklaşım bulunmaktadır:<sup>407</sup> İfade ve düşünce özgürlüğünün varlığı, *öncelikle demokratik anayasal düzenin devamı* ve *diğer hakların talep edilebilmesi* için zorunludur.<sup>408</sup> Schauer'e göre bu yaklaşım iki destekleyici unsurdan oluşmaktadır: *Birincisi*, demokrasinin bir gereği olan yönetime katılma sürecinde, kişilerin bilgiye tam olarak ulaşabilmeleri gerekir. Dolayısıyla diğer özgürlükler sınırlandırılmamış olsa dahi, ifade özgürlüğü üzerindeki baskı toplumsal müzakerenin gerçekleştirilmesini engellemektedir. Böyle bir sınırlama özellikle serbest tartışma ve oy kullanma hakkını zedelemekte, nihayetinde demokrasinin temel ilkelerine zarar vermektedir. *İkincisi*, toplum talep ve isteklerini ancak ifade özgürlüğünün sağlandığı bir düzende yöneticilere iletebilir. Dolayısıyla Schauer'e göre bu taleplerin dile getirilmesinin yasaklanması veya kısıtlanması, "*iktidarın, halkın*

---

kendi içerisinde değerlendirilerek, kamusal menfaat ve kişinin menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı araştırılmaktadır. KARAN, (2013), s. 356; ERDOĞAN, (2017), s. 67.

<sup>406</sup> CURRIE, (1968), s. 502.

<sup>407</sup> Söz konusu yaklaşımların ayrıntılı bir açıklaması için Bkz. ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü (Gerekçeleri ve Sınırları)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, (2009).

<sup>408</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. SADURSKI, Wojciech, **Freedom of Speech and Its Limits**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Netherlands, (1999), s. 20 vd.; STONE, (2011), s. 414; SCHAUER, (2002), s. 51 vd; CHEMERINSKY, (2006), s. 926-927; UYGUN, (2013), s. 130; ERDOĞAN, (2003), s. 39-40.

*taleplerine cevap vermek şeklindeki varoluş amacıyla bağdaşmamaktadır.*<sup>409</sup> Nitekim bu düşünceyi benimseyen<sup>410</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre, ifade özgürlüğü siyasi iktidarın temel esaslarındandır. Dolayısıyla kamuoyunu ilgilendiren bir konunun tartışılması aynı zamanda “*siyasi bir görev*” olarak görülmelidir.<sup>411</sup>

---

<sup>409</sup> SCHAUER, (2002), s. 55-56.

<sup>410</sup> Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931); Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940).

<sup>411</sup> *Whitney v. California*, 274 US 357, (1927), 375; COHEN, Joshua, “*Freedom of Expression*”, **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 22, No. 3, (1993), s. 225; REDISH, Martin H., **Freedom of Expression, A Critical Analysis**, The Michie Company, Virginia, (1984), s. 16; Kararın Türkçe metni için Bkz. ÇAKIR, Faruk, *Whitney v. California*, 274 US 357, (1927), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003), s. 25-38. *Whitney v. California* kararının ayrık oy yazısında ifade özgürlüğünün temel niteliğine ve demokratik düzenin devamının sağlanmasındaki önemine vurgu yapılmıştır. Buna göre: “*Ülkemizin bağımsızlığını kazananlar, devletin nihaî amacının yeteneklerini geliştirmeleri için halkı özgür kılmak olduğuna inandılar. Özgürlüğe, hem bir amaç hem de bir araç olarak değer verdiler. Özgürlüğün mutluluğun sırrı, cesaretin ise özgürlüğün sırrı olduğuna inandılar. İsteddiği gibi düşünme ve düşündüğünü ifade etme özgürlüklerinin siyasal gerçeğin keşfedilmesi ve yayılması için vazgeçilmez araçlar olduklarına; ifade ve toplanma özgürlükleri var olmazsa bir şeyi tartışmanın boş bir uğraşı olduğuna; bu özgürlükler var olduğunda tartışmanın zararlı bir öğretinin yayılmasına genellikle yeterli korumayı sağlayacağına; özgürlüğe karşı en büyük tehdidin pasifleştirilmiş bir halk olduğuna; bir konunun kamuoyunda tartışılmasının siyasal bir görev olduğuna; ve bu özgürlüklerin*

Bir diğere göre ise, ifade özgürlüğü toplum ve bireylerin entelektüel ve manevi gelişmelerinin sağlanması için gerekli olan kavramların başında gelir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü, **bireysel özerkliğin sağlanması**<sup>412</sup> için gereklidir. Nitekim fikirleri dile getirme hakkı sınırlandırıldığında, aynı zamanda kişinin saygınlığına ve toplumun diğere üyeleri ile arasındaki eşitliğe zarar verilmektedir.<sup>413</sup> ABD Yüksek Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünün toplumun ve bireyin gelişmesindeki bu önemine işaret edilerek; “*Amerikan bağımsızlık mücadelesinin temel amacının insanların özgürce düşüncelerini geliştirmesi olduğuna*” vurgu yapılmıştır.<sup>414</sup> Alman Temel Kanunu da bu özgürlüğü, *bireyin kişiliğinin gelişmesindeki etkisi ve demokrasinin yapıcı unsurlarından* olması dolayısıyla koruma altına almaktadır. Temel Kanun’a göre ifade özgürlüğü, özellikle bireyin demokratik süreçte yer alması sağlanması nedeniyle önem kazanmaktadır. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğünü, “*manevi alandaki ussal*

---

*Amerikan hükümetinin temel bir esası olması gerektiğine inandılar.”* ÇAKIR, (2003), s. 35.

<sup>412</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. SADURSKI, (1999), s. 16 vd.; STONE, (2011), s. 414; SCHAUER, (2002), s. 87 vd; REDISH, (1984), s. 49 vd; CHEMERINSKY, (2006), s. 929-930; UYGUN, (2013), s. 130; ERDOĞAN, (2003), s. 41.

<sup>413</sup> SCHAUER, (2002), s. 90.

<sup>414</sup> *Whitney v. California*, 274 US 357, (1927); BARENDT, (2012), s. 892. İHAM’ın ifade özgürlüğüne ilişkin önemli kararlarından olan ve sıklıkla atıf yapılan 1979 tarihli *Handyside v UK* kararında da bu özgürlüğün her bireyin kişiliğini geliştirmesi için temel koşul olduğu belirtilmiştir. *Handyside v UK Appl. No. 5493/72, 07.12.1976*, para. 49.;

çatışmaların aracı” olarak kabul etmiş ve koruma çerçevesini belirlerken bu özgürlüğün “kamuoyundaki düşünce çatışmalarına sağladığı katkıyı” ölçü almıştır.<sup>415</sup>

Son olarak, ifade özgürlüğünün, **gerçeğin ortaya çıkarılması** için zorunlu bir unsur olduğu savunulmaktadır.<sup>416</sup> Bu düşünceye göre, ifade özgürlüğü sayesinde kişilerin eleştiride bulunma özgürlüğü hem devlet hem de toplum karşısında güvence altına alınmaktadır.<sup>417</sup> Kişilerin düşüncelerini serbestçe dile getirerek eleştiride bulunabilmeleri için, bireyin düşünce ve tartışma özgürlüklerinin öncelikle toplum nezdinde kabul görmesi gerekir. Bu nedenle çoğunluğun azınlık üzerindeki baskısı engellenmelidir. Bu yaklaşım ile özdeşleştirilen *John S. Mill*'e göre, bireyin düşünce ve tartışma özgürlüğünün toplum veya çoğunluk tarafından sınırlandırılması durumunda, “*korkulması gereken vücut değil, zihin üzerindeki tiranlıktır. Bir düşüncenin susturulması, insan ırkına karşı, yani hem yaşayan hem de gelecek nesillere karşı bir haydutluktur*”. Mill'e göre muhalif bir düşünce susturulduğunda, gelecek kuşaklara da zarar verilmektedir. Üstelik bir fikrin susturulması, *bu düşünce azınlık ya da tek bir kişi tarafından savunuluyor dahi olsa*, yalnızca o düşünceye katılanlara karşı değil, muhalif olanlara karşı da bir hırsızlıktır. Çünkü bu durum, çoğunluk tarafından benimsenen düşüncelerin mutlak doğru olduğu, diğer düşüncenin ise sırf otorite veya çoğunluk tarafından yanlış bulunduğu için reddedildiği anlamına gelir. Buna karşın, belli dönemlerde doğru kabul edilen

---

<sup>415</sup> 42 BVerfGE 163, 170. Akt., KORKMAZ, (2014), s. 266.

<sup>416</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. SADURSKI, (1999), s. 8 vd.; STONE, (2011), s. 414; SCHAUER, (2002), s. 21 vd; CHEMERINSKY, (2006), s. 927-929; UYGUN, (2013), s. 130; ERDOĞAN, (2003), s. 41-42.

<sup>417</sup> KARAN, Ulaş, “*İfade Özgürlüğü Hakkı*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)**, Sibel İnceoğlu (ed.), Avrupa Konseyi, (2013), s. 356.

düşüncelerin çoğu, daha sonraki çağlarda reddedilerek, yanlış olarak nitelendirilmiştir. Çoğunluk tarafından kabul edilen bir düşüncenin mutlak doğru olduğu bilinemeyeceği gibi, yanlış veya zararlı görülen bir düşüncenin mutlak yanlış olduğu da söylenemez. Çoğulcu bir toplum için muhalif ve azınlıkta kalan görüşlerin susturulmaması, doğru kabul edilen diğer düşüncelerle “*çarpışması*” gerekir. Böylece, “*gerçek, yanlışla çarpışması sonucunda daha açık ve net biçimde anlaşılır ve daha canlı bir etki yaratabilir.*” Aksine, savunulan düşüncenin yanlış olduğu ortaya çıktığında ise aynı derecede büyük bir fayda, yani *yanlışın gerçek ile çarpışarak daha açık ve net şekilde ortaya konulması fırsatı* elde edilmiş olur.<sup>418</sup>

Bu düşünce, Amerikan doktrinine “*fikirlerin pazarı*” (*market place of opinions*) görüşüyle yansımıştır. Buna göre “*gerçek, yasal düzenlemelerde değil, ancak fikirlerin pazarında bulunabilir.*” Bu düşünce kapsamında, fikirlerin çatışmasıyla gerçeğe ulaşılacağı konusunda şüpheler olsa dahi, hangi ifadelerin doğru veya yanlış olduğuna ya da yasaklanacağına karar verilmesi yetkisi devlete bırakılmamalıdır.<sup>419</sup> Ayrıca ifade özgürlüğün kapsamı ve sınırlandırılması, özünde toplumun bu özgürlüğe bakışı ve hoşgörüsüyle de orantılıdır. Nitekim, “*liberal bir devletin arkasında liberal bir toplum bulunmaktadır*”; yani bireysel özgürlüklerin devlet tarafından sınırlandırılması aslında toplumun belirlediği sınırlar çerçevesinde gerçekleşmektedir. Toplumsal çoğunluk,

---

<sup>418</sup> MILL, (2014), s. 71-73.

<sup>419</sup> “...*The best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*”, *Abrams v US* 250 US 616, 630-1 (1919); SADURSKI, (1999), s. 8; CURRIE, (1968), s. 508; BARENDT, (2012), s. 892; SCHAUER, (2002), s. 22; STONE, (2011), s. 414; ŞAHBAZ, (2007), s. 42; REDISH, (1984), s. 45 vd.

özgürlükler üzerindeki gücünün farkına vardığında, bu gücü sonuna kadar kullanma eğilimine girecektir.<sup>420</sup> Dolayısıyla, devletin ifade özgürlüğünün sağlanması ve korunması için müdahale etmeme yükümlülüğü olduğu kadar, kendisinden ve *toplumdan* gelebilecek saldırılara karşı *koruma yükümlülüğü* bulunmaktadır.

Sonuç olarak ifade özgürlüğü hem demokratik düzenin, hem de temel hakların korunmasını sağlayarak bireyin gelişmesine ve özerkliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün devlet karşısında ve kamu hukukuna özgü ilişkilerin yanında, hukukun her alanında korunması bir zorunluluktur.<sup>421</sup> Bu bakımdan ifade özgürlüğünün korunmasında devletin hem negatif hem de pozitif ödevi bulunmaktadır.<sup>422</sup>

## **B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI**

Doktrinde genel olarak ifade özgürlüğünün üç ana unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Buna göre, ifade özgürlüğünün varlığı, (1) *bilgi edinme özgürlüğü*, (2) *kanaat özgürlüğü* ve (3) *düşünceyi açıklama özgürlüklerinin* bir arada sağlanmasına

---

<sup>420</sup> AK, (2015), s. 51.

<sup>421</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi de *Irwin Toy v Quebec* kararında, ifade özgürlüğüne ilişkin bu yaklaşımları göz önünde bulundurarak, bu özgürlüğün korunması bakımından kabul etmiştir. *Irwin Toy v Quebec*, [1989] 1 S.C.R. 927, 976; STONE, (2011), s. 415; CLAYTON, TOMLINSON, (2001), s. 112, 221.

<sup>422</sup> AKANDJİ-KOMBE, (2008), s. 51; KARAN, **İfade Özgürlüğü**, (2018), s. 91 vd.; ERDOĞAN, (2017), s. 69.

bağlıdır.<sup>423</sup> Birbirini takip ederek tamamlayan bu özgürlükler tam olarak korunmadığında, ifade özgürlüğünden söz etmek mümkün değildir.

İfade özgürlüğünün ilk unsuru, düşüncenin oluşumu öncesinde yer alan *bilgi edinme özgürlüğü*dür. Zira, bilginin olmadığı bir ortamda düşüncenin oluşması ve ifade edilmesi imkânı yoktur. Bu bağlamda, düşünce özgürlüğünün ön koşulu<sup>424</sup> ve ifade özgürlüğünün ilk şartı<sup>425</sup> olarak kabul edilen *bilgi edinme özgürlüğü*<sup>426</sup>, kişilerin bilgi ve haber kaynaklarına serbestçe ulaşarak, bunlar arasında tercih yapabilmelerine olanak sağlar.<sup>427</sup> Demokratik bir toplumun oluşmasında, bireylerin özgür şekilde bilgiye ulaşabilmesi ve ifade özgürlüğünden faydalanarak kanaat sahibi olması önemlidir. Bu bağlamda bilgi edinme özgürlüğü iki yönlü bir haktır. Hakkın *bireysel yönü*; farklı kaynaklardan doğru bilgiye ulaşma ve kendini geliştirme isteğinin, bireyin temel ihtiyaçları arasında olmasından kaynaklanır. *Demokratik yönü* ise; özgür bir kamuoyu

---

<sup>423</sup> AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 33; KARAN, **İfade Özgürlüğü**, (2018), s. 61 vd.; KÜÇÜK, (2003), s. 50; SUNAY, (2002), s. 49 vd.; ERDOĞAN, (2017), s. 8-9.

<sup>424</sup> KABOĞLU, (2002), s. 336; KORKMAZ, (2014), s. 52-53.

<sup>425</sup> SUNAY, (2002), s. 49. Örneğin, Alman hukukunda bilgi edinme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası kabul edilmekte ve ancak bilgilere ulaşabilen bir kişinin kanaat sahibi olabileceğine vurgu yapılmaktadır. KORKMAZ, (2014), s. 267.

<sup>426</sup> Bilgi edinme özgürlüğü, öncelikle kişinin bilme ve öğrenme ihtiyacını karşıladığından, *enformasyon hakkı* olarak da ifade edilir. KABOĞLU, (2002), s. 337-338; SUNAY, (2002), s. 50.

<sup>427</sup> KÜÇÜK, (2003), s. 14.

oluşmadan, demokratik sistemin yaşayamayacağı gerçeğine dayanmaktadır.<sup>428</sup> Bu nitelikleri nedeniyle bilgi edinme özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerle birlikte değerlendirildiğinde, “*eşitler arasında birinci*” kabul edilmektedir.<sup>429</sup>

İfade özgürlüğünün bir diğer unsuru, kanaat özgürlüğü olarak kabul edilmektedir. Kişinin düşüncelerini ifade edebilmesi için öncelikle çeşitli yollarla edindiği bilgilerin bir süzgeçten geçirilerek bireyin fikir ve inançları haline dönüşebilmesi gerekir. Bu bağlamda **kanaat özgürlüğü** kişinin “*felsefi, dini, siyasi, ekonomik alanlarda edindiği bilgiler arasından doğru olduğuna inandığı görüşleri seçebilmesi ve tercih edebilmesi*” olarak tanımlanabilir.<sup>430</sup> Bu özgürlük, kişinin, doğru olduğuna inandığı düşünce, kanaat ve inancı seçmesi; bu düşüncelerinden dolayı kınanmaması, rahatsız edilmemesi ve fikirlerini açıklamaya zorlanmamasını kapsar.<sup>431</sup> Dolayısıyla kişi bir fikri açıklamaktan veya inandığı ya da inanmadığı bir şeyi ifade etmekten kaçınabilir. Bu nedenle kanaat özgürlüğü, doktrinde “*konuşmamak*” veya “*konuşmaktan kaçınabilmek*” özgürlüğü olarak da nitelendirilmektedir.<sup>432</sup>

---

<sup>428</sup> KÜÇÜK, (2003), s. 16.

<sup>429</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö., “*Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları*”, **Düşünce Özgürlüğü**, ÖKÇESİZ, Hayrettin (hazırlayan), İstanbul, (1998), s. 207; KORKMAZ, (2014), s. 53; KÜÇÜK, (2003), s. 16.

<sup>430</sup> TEZİÇ, “*Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü*”, **Anayasa Yargısı**, C. 7, Ankara, (1990), s. 33.

<sup>431</sup> KABOĞLU, Düşünce Özgürlüğü, (2000), s. 107; SUNAY, (2002), s. 57; ŞAHBAZ, (2007), s. 27; KORKMAZ, (2014), s. 55-56; ERDOĞAN, (2017), s. 3.

<sup>432</sup> SUNAY, (2002), s. 58 vd.; KORKMAZ, (2014), s. 55; ŞAHBAZ, (2007), s. 17, 27.

Bireyin sahip olduğu fikir ve kanaatler dış dđnyaya ulaştığında anlam kazanır. Bu nedenle bilgi edinme ve kanaat özgürlükleri, ancak **düşünceleri açıklama özgürlüğü**nün sağlanmasıyla tamamlanabilir. İfade özgürlüğünün son aşaması ve unsuru olan bu özgürlük, kişilerin sınırlanmadan düşünce ve kanaatlerini dış dđnyaya aktarabilmesine işaret eder.<sup>433</sup> Bu bağlamda, düşünceler engellenmeden başkalarına aktarıldığı ve fikirlerin dışavurum serbestliği sağlandığı ölçüde kişinin tüm bu özgürlüklere sahip olduğu söylenebilir. Düşüncenin oluşumuna kadar geçen süreçte bilgi edinme ve kanaat özgürlükleri tam olarak sağlansa dahi, bir fikir dış dđnyaya ulaştırılmadığı takdirde, düşünce özgürlüğünden bahsedilemez. Bu nedenle ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, düşünce özgürlüğünün de sınırlandırılması sonucunu doğurur. İfade ve düşünce özgürlükleri arasındaki bu sıkı ilişki Tanör tarafından da “*düşünce hürriyeti denince akla gelen, düşüncenin ifadesi hürriyetinden başka bir şey değildir.*”<sup>434</sup> olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, kamuoyu oluşturulmasındaki rolü nedeniyle *objektif* olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, kişilere tek taraflı veya karşılıklı eleştiri imkânı tanınması nedeniyle *sübjektif bir özgürlük* olarak kabul edilmektedir.<sup>435</sup>

### C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

İfade özgürlüğü, kullanım alanı, amacı ve şekline göre farklı hak ve özgürlükleri de içermektedir. Dolayısıyla bu özgürlüğün yalnızca belli tipteki sözel düşünce açıklamalarını kapsadığını savunmak mümkün değildir. Aksine, ifade özgürlüğü, farklı

---

<sup>433</sup> ÖKTEM SONGU, Sezgi, “*Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 609; KÜÇÜK, (2003), s. 13-14.

<sup>434</sup> TANÖR, **İnsan Hakları Sorunu**, s 59; TANÖR, (1969), s. 26-27; KORKMAZ, (2014), 58-59.

<sup>435</sup> TANÖR, (1969), s. 19; KORKMAZ, (2014), s. 62.

şekillerde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda (1) *basın özgürlüğü*, (2) *toplama özgürlüğü* ve (3) *örgütlenme özgürlüğü*, ifade özgürlüğünün başlıca görünüm biçimleri olarak kabul edilmektedir.

Bir hukuk düzeninde ifade özgürlüğünün gerçekten var olduğunun kabul edilebilmesi için, basın, toplama ve örgütlenme özgürlüklerinin ne derecede kullanılabildiğinin belirlenmesi gerekir. Diğer yandan özel hukuk alanında ifade özgürlüğünün kullanımı veya sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğu takdirde, bu farklı özgürlüklerin kapsamı özel bir önem taşımaktadır. Özellikle, diğer kişiler tarafından hak ve menfaatlerin zedelendiğinin iddia edildiği durumlarda, hangi düşünce açıklamalarının ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığının belirlenmesi, söz konusu haklara uygulanacak anayasal korumanın da çerçevesini oluşturmaktadır. Bu özgürlükler, uygulanacak hukuki rejimin ve sınırlamaların belirlenmesinde ifade özgürlüğüne ilişkin kurallara tâbi tutulur; bir diğer deyişle bu özgürlükler söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler genel niteliktedir.<sup>436</sup>

İfade özgürlüğünün görünüm biçimlerinden ilkinin ***basın özgürlüğü*** oluşturmaktadır. Basın özgürlüğü, düşünce ve kanaatlerin dergi, gazete gibi medya araçlarıyla paylaşılması olarak tanımlanabilir. Bu özgürlük, kişilerin serbestçe bilgiye ulaşma hakkını sağlar ve ifade özgürlüğünün birincil unsuru olan *bilgi edinme özgürlüğü* ile karşılıklı olarak birbirini etkiler. İfade ve basın özgürlükleri, bilgi edinmenin “*hammaddesini*” oluşturur. Bu bağlamda, basın özgürlüğünün sağlanamadığı bir toplumda serbestçe bilgi edinme özgürlüğü bulunduğu söylenemez.<sup>437</sup> Dolayısıyla basın özgürlüğünün ve buna bağlı olarak bilgi edinme özgürlüğünün sağlanmasında

---

<sup>436</sup> SUNAY, (2002), s. 129; KORKMAZ, (2014), s. 81.

<sup>437</sup> YILDIZ, (2013), s. 8, 13, 14; SUNAY, (2002), s. 49; KORKMAZ, (2014), s. 51-52.

birincil yükümlü devlettir. Nitekim basın özgürlüğünün *bireysel boyutu*, basın araçlarını kullananların bilgi ve haberleri elde etme ve yayma, yorumlama, açıklama gibi haklarını içerir. *Kamusal boyutu* ise toplumun bilgilendirilme hakkı ve kamuoyu oluşturma süreci kapsamında, kamunun haber alma ve bilgi edinme özgürlüklerini ihtiva eder.<sup>438</sup>

Toplumun serbestçe bilgi edinmesi, ancak kamu otoriteleri tarafından etki altına alınmayan ve sansüre tâbi tutulmayan basının varlığı halinde mümkündür. Bu nedenle basın özgürlüğü, doğası gereği kişilerle devleti karşı karşıya getirir ve negatif bir hak olarak nitelendirilmektedir. Sansür yasağına ilişkin düzenlemeler ile düşünce ve ifade özgürlüğü ile olan yakın bağlantısı da basın özgürlüğünün bu negatif niteliğini güçlendirmektedir. Ancak devletin yükümlülüğü, yalnızca bilgi kaynaklarına erişimin sağlanmasıyla ve basın özgürlüğüne orantısız şekilde müdahale etmemekle sınırlı değildir. Devlet ayrıca bu özgürlüğün serbestçe kullanılması için önlem almakla yükümlüdür.<sup>439</sup> Bu bakımdan, özellikle medya üzerindeki siyasi veya toplumsal baskılar nedeniyle bilgilerin gizlenmesi veya tahrif edilmesi gibi olumsuzlukların önlenmesi,

---

<sup>438</sup> SUNAY, (2002), s. 130-134. YILDIZ, (2013), s. 13 vd.

<sup>439</sup> KABOĞLU, (1998), s. 211; KORKMAZ, (2014), s. 54-55. Devletin önlem alınmasına ilişkin yükümlülükleri, toplumun bilgi edinme kaynaklarına ulaşımının sağlanması, basın kuruluşları bakımından rekabet ortamının düzenlenmesi gibi farklı ödevleri ihtiva etmektedir. Düşünce ve ifade özgürlüğü, birçok özgürlüğün önkoşuludur ve insan onurunun ve kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesinde olmazsa olmaz niteliktedir. İfade özgürlüğünün ilk şartı olan serbestçe bilgi edinme hakkının sağlanması da aynı çerçevede, insan onurunun bir gereğidir.

hakkın etkin kullanımını sağlanması pozitif yükümlülükleri kapsamında öncelikle devletin sorumluluğundadır.<sup>440</sup>

Bu özgürlük kapsamında, basın araçlarını kullananların bilgi ve haberleri elde etme, açıklama, yayma, yorumlama gibi hakları bulunmaktadır. Ancak basın özgürlüğü bu hakların yanında, özellikle kamu yararı bakımından basın araçlarını kullananlara bazı sorumluluklar da getirmektedir. Buna göre, bir açıklamanın basın özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilerek korunması için kamu yararına hizmet etmesi ve birtakım özellikleri taşıması gerekir.<sup>441</sup> Bir açıklamanın haber niteliği taşıması için, açıklanmasında *kamu yararı* bulunmalı, bu açıklama *gerçek* olmalı, *güncel* olmalı, açıklamanın içeriği ve açıklanma biçimi *dengeli* olmalıdır.<sup>442</sup> Bir haberin bu özellikleri taşıması halinde, basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca böyle bir açıklamanın kişi onur ve itibarına zarar vermesi, kişilik haklarına veya özel hayatın gizliliğine saldırı niteliği taşıması da olasıdır.<sup>443</sup> Örneğin bir kişi hakkında yayınlanan bir haberin, yargılaması devam ediyor olmasına rağmen, mahkûmiyet kararı verilmiş ve suçluluğu kanıtlanmış gibi kaleme alınması halinde, bu kişinin adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Yine bir haberin gerçek olmaması, güncelliğini yitirmesi gibi

---

<sup>440</sup> YILDIZ, (2013), s. 9; SUNAY, (2002), s. 55, 135. Örneğin; 1982 Anayasası'nın m. 28/3 hükmüne göre “*devlet, basın ve haber alma özgürlüklerini sağlayacak tedbirleri almak ve tekelleşmenin önüne geçilmesini sağlamakla*” yükümlüdür.

<sup>441</sup> KARAN, **İfade Özgürlüğü**, (2018), s. 50-51.

<sup>442</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 1991/10052, K 1991/12118, KT. 4.11.1991, **YKD**, C. 8, S. 2, (1992), s. 309-310.

<sup>443</sup> YILDIZ, (2013), s. 30 vd.

nedenlerle kişilik hakları, özel hayatın gizliliği ihlal edilebileceği gibi, kişi maddi zarara da uğrayabilir. Dolayısıyla bir haberin yayımlanmasından kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda, basın özgürlüğü ile diğer hak ve menfaatler arasında, uyumsuzluk konusu haber veya yorumun yayınlanmasındaki *kamusal menfaat* de göz önünde tutularak bir denge kurması gerekir. Bu dengeleme, haberden zarar gördüğünü iddia eden kişinin hak ve menfaatleriyle, basın organı, gazeteci veya yorumcunun basın ve ifade özgürlüğü arasında bir derecelendirme yapılması anlamına gelmektedir.

İfade özgürlüğünün bir diğer görünüm biçimi olan ***toplama özgürlüğü***; “*bir fikir veya görüşün toplu olarak açıklanması*” olarak tanımlanabilir.<sup>444</sup> Bu özgürlük, bilhassa topluluk halinde kullanılması nedeniyle, diğer düşünceyi açıklama araçlarına göre kamu düzenini tehdit etmeye daha yatkın görülmektedir. Kişilerin bir toplulukla birlikte hareket etmelerinin gerçekçi yorum ve değerlendirme yapma oranlarını düşürdüğü gerekçesi ve kamu düzenini koruma amacı, bu özgürlüğün diğer özgürlüklere oranla daha özel sınırlamalara tâbi tutulmasına neden olmuştur. Toplanma özgürlüğünün genelde, gösterinin şekli, ele aldığı konu ve “*karşıt gösteri*” nedeniyle sınırlandırıldığı görülmektedir.<sup>445</sup> Bu sınırlama nedenlerinden “*karşıt gösterici/dinleyici sorunu*” olarak ifade edebileceğimiz sınırlama nedeni; bir toplantı ve gösteriden veya bu toplantıda sarf edilen sözlerden bir başka grubun rahatsızlık duyması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Farklı grupların karşı karşıya gelmesi nedeniyle meydana gelebilecek kargaşa ve kamu düzeninin bozulması tehlikesi, bu hak bakımından başlıca iki soruna yol açmaktadır. Bu sorunların *ilki*, diğer grupta rahatsızlığa sebep olan toplantı veya gösterinin, kamu düzeninin korunması amacıyla sona erdirilmesidir. *İkinci* sorun ise bu toplantı veya

---

<sup>444</sup> KARAN, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, (2018), s. 45; SUNAY, (2002), s. 182;

KORKMAZ, (2014), s. 86.

<sup>445</sup> SUNAY, (2002), s. 200 vd.;

gösteride sarf edilen ve diğer grubun tepkiyle karşıladığı sözlerin hangi dereceye kadar kabul edilebilir olduğudur. Aslında bu belirleme, tercih edilen sınırlamaya göre bu karşıt grupların haklarının dengelenmesine işaret etmektedir. Nitekim, karşıt gösteriler nedeniyle kamu düzeninin bozulmasının engellenmesi amacıyla veya diğer grubun rahatsızlığı sebebiyle bu toplantı dağıtılabılır veya engellenebilir. Ancak bu halde, toplantıyı düzenleyen grubun ifade özgürlüğünün, toplumun bir kesiminin insafına bırakıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Demokratik ve çoğulcu bir toplumda, bir kesimin rahatsızlığı veya karşıt gösteri nedeniyle toplantı ve gösteri hakkının ortadan kaldırılması kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, bu toplantı veya gösteriden rahatsızlık duyulmasına neden olan sözler diğer grubun kutsallık atfettiği birtakım olgulara ilişkin olabilir. Böyle bir durumda ise söz konusu açıklamaların, hangi dereceye kadar ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceği ve sınırlarının belirlenmesi sorununun çözülmesi gerekir. Bu nedenle söz konusu menfaat ve özgürlükler arasında uygun bir denge gözetilmesi gerekir. Bu hakkın tam olarak sağlanması için devlet, toplanma özgürlüğünün kullanımına devlet hakkın özüne dokunacak şekilde müdahale etmemekle ve pozitif yükümlülükleri gereğince, bu karşıt gösteriler nedeniyle sınırlandırılmasını engellemekle yükümlüdür.<sup>446</sup>

İfade özgürlüğü kapsamında kabul edilen bir diğer özgürlük ise, “*bireylerin kendi menfaatlerini korumak için toplu teşekkül oluşturarak bir araya gelmelerine olanak tanıyan*” **örgütlenme özgürlüğüdür**. Bu özgürlük, tıpkı toplanma özgürlüğünde olduğu gibi, kişi ve grupların bir araya gelerek fikir ve taleplerini açıklamalarına dayanır.

---

<sup>446</sup> KARAN, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, (2018), s. 76-77; SUNAY, (2002), s. 213-215; KORKMAZ, (2014), s. 87.

Bununla birlikte, örgütlenme özgürlüğü, kişilere menfaatlerini korumak ve taleplerini iletmek için eyleme geçme amacıyla dernek ve sendika kurma gibi haklar sağlamaktadır. Sendika ve derneklerin; toplantı ve gösterilere göre daha resmi birliktelikler olduğu da kabul edilmektedir. Ayrıca, dernek ve sendika kurma veya bunlara üye olmada gönüllülük esas olup, *irade unsuru* ön plandadır.<sup>447</sup>

Örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir görünüm biçimi olarak, siyasi, ekonomik veya toplumsal birçok alanda kişi ve grupların sorun ve taleplerini dile getirmelerine imkân sağlar. Dolayısıyla bu özgürlük, öncelikle iktidarın sınırlandırılması ve siyasi birtakım değişikliklerin talep edilmesi bakımından önem kazanır. Siyasi parti, dernek, sendika gibi kuruluşlar yoluyla talep ve sorunların *sistemli şekilde* beyan edilmesi olanağı, bu özgürlüğü toplantı özgürlüğünden ayırmaktadır. Ayrıca dernek ve sendikalar, dezavantajlı grupların haklarına ilişkin konularda ve işçi-işveren ilişkileri gibi hiyerarşik anlamda eşitlik sorunu yaşanan alanlarda temel hakların ve özgürlük taleplerinin öne sürülmesine imkân tanır. Çoğulculuğun temin edilmesi, özgür ifade ortamının

---

<sup>447</sup> KARAN, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü**, (2018), s. 3; SUNAY, (2002), s. 219.

Dernek ve sendika kurma veya bunlara üye olmada gönüllülük esas olup, irade unsuru ön plandadır. Belirtmek gerekir ki buradaki irade unsuru yalnızca bir dernek ve sendika kurma veya üye olma iradelerini değil, kişilerin bu örgütleri kurmaya ya da üye olmaya zorlanamayacaklarına ilişkin olumsuz anlamı da içermektedir. Örgütlenme özgürlüğü açısından geçerli olan irade unsuru; 1982 Anayasası'nın 33. maddesinde “...*Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.*” ve 51. maddesinde “*Çalışanlar ve işverenler, ... sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*” şeklinde belirtilmiştir.

sağlanmasına bağlıdır; örgütlenme özgürlüğü ise bu özgür ifade ortamının inşasında vazgeçilmez bir yere sahiptir.<sup>448</sup> Bu özgürlüğün kullanımına olan müdahale, tıpkı basın ve toplanma özgürlüklerinde olduğu gibi, kamu gücü tarafından olduğu kadar, diğer güç odakları, işverenler ve diğer kişilerden kaynaklanabilir. Örneğin işçilerin belirli bir sendikaya üye olmalarının zorunlu kılınması<sup>449</sup>, işverenlere sendikaların tanınması konusunda sınırsız yetki tanınması<sup>450</sup> gibi durumlarda, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin irade serbestisi zedelenmektedir. Devlet, hem örgütlenme özgürlüğüne keyfi müdahalelerin önlenmesi ve özgürlüğün etkili kullanımının sağlanması; hem de diğer kişilerin hak ve menfaatlerinin zedelenmemesi açısından yasal düzenlemeler yapmak ve etkin yargısal başvuru yollarını sağlamakla yükümlüdür.<sup>451</sup>

## **§ II. KARŞILAŞTIRMALI ÖRNEKLERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YATAY ETKİSİ**

### **A. GENEL OLARAK**

İnsan haklarını koruma amacı, bu haklara sağlanan korumanın genişletilmesini ve hakların devlet dışındaki kişiler ve güç odakları karşısında korunmasını da gerekli kılmaktadır. Bu nedenle temel haklar özel hukuk alanında da belli bir dereceye kadar etkili olmalıdır. Bununla birlikte, her bir temel hakkın özel hukuk alanındaki etki

---

<sup>448</sup> KARAN, *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, (2018), s. 28.

<sup>449</sup> Young, James, Webster/İngiltere, 7601/76, 7806/77, 13.8.1981, para. 51,52,54,55;  
SUNAY, (2002), s. 222.

<sup>450</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016.

<sup>451</sup> SUNAY, (2002), s. 223.

düzeyinin farklı olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla uyuşmazlıklarda somut olayın ve ilgili temel hakkın niteliklerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kamu hukuku alanına özgü bir hak olarak kabul edilen ifade özgürlüğü, niteliği gereği devlet ve bireyi karşı karşıya getirmektedir. Ancak değişen toplumsal ve ekonomik yapı, temel hakların ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisini de tartışılabilir hale getirmiştir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün yatay etkisi kabul edildiğinde özellikle belli haklarla bu özgürlüğün çatıştığı görülmektedir. Nitekim bir düşünce açıklaması nedeniyle diğer bir kişinin *itibarı*, *kişilik hakları* veya *özel hayatın gizliliği* zedelenebilir. Buna ek olarak ifade özgürlüğü kapsamındaki düşünce açıklamaları, özellikle geniş toplumsal kitlelere ulaştığında, bir diğer grup veya kişiler açısından *ekonomik kayıplara* da neden olabilir. Üstelik bu tip çatışmaların internet ve sosyal medyanın da yaygınlaşmasıyla daha sık gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla özgürlüklerin bu alanlarda kamu gücü tarafından sınırlandırılmaması önemlidir. Ancak internet alanındaki düzenlemeler ve kullanıcılara sunulan hizmetler çoğunlukla devlet tarafından değil, özel şirketler tarafından yürütülmektedir. Bu durumda, söz konusu platformlarda dile getirilen düşünceler diğer kişi veya grupların menfaatleriyle çatışabileceği gibi internet alanında faaliyet gösteren şirketler tarafından yapılacak düzenlemeler kişilerin ifade özgürlüğü üzerinde ciddi bir etkiye sahip olacaktır.

Bunlara ek olarak, iş akdine dayanan ilişkilerde işçi ve işveren arasındaki hak ve borçların belirlenmesi ve yerine getirilmesinde de ifade özgürlüğü ve diğer temel haklar göz önünde bulundurulmalıdır. İş hukukuna özgü ilişkiler, işçi ve işveren arasında hiyerarşi bulunması nedeniyle diğer özel hukuk ilişkilerinden ayrılmaktadır. Nitekim, istisnaları olmakla birlikte, özel hukuk ilişkilerinde taraflar arasında eşitlik hakimdir. Buna karşın özellikle iş akdinin kurulması ve feshedilmesi sürecinde, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin eşitler arası bir ilişki olduğu söylenemez. Bu tip akdi ilişkilerde,

işveren, işçiye göre daha baskın durumdadır. Bu nedenle bu sözleşmeler uygulanırken ve yorumlanırken özellikle işçinin temel haklarının dikkate alınması ve işverenin haklarıyla dengelenmesi gerekir. Buna göre öncelikle hem işçi hem de işverenin sözleşme serbestisine dayanan hakları ve ekonomik menfaatleri uygun bir düzlemde dengelenmelidir. Bu bağlamda sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin, işçinin kişilik hakları ve ekonomik haklarını zedelememesi gerekir. Aynı şekilde işveren açısından da hem sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanan hakların hem de ekonomik menfaatlerin korunması söz konusudur. Bu bağlamda, işçinin düşünce ve ifadeleri nedeniyle iş akdine son verilmesi halinde, işverenin menfaatleri ile işçinin kişilik hakları ve ifade özgürlüğü çatışmaktadır.<sup>452</sup>

Görüldüğü gibi ifade özgürlüğü özel hukuk alanında, akdi ilişkiler ve haksız fiil gibi sözleşme dışı ilişkilerde, ayrıca internet gibi nispeten yeni sayılabilecek platformlardaki işlem ve sözleşmelerde de söz konusu olabilir. Çalışmanın bu kısmında, ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisinin yüksek mahkeme kararları ışığında karşılaştırmalı olarak incelenmesi hedeflenmiştir. Ardından Türk hukuku bağlamında temel hakların ve ifade özgürlüğünün yatay etkisi, Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir.

## **B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE ÇATIŞAN TEMEL HAKLARIN DENGELENMESİ SORUNU**

Çalışmanın ikinci bölümünde yatay etki teorisinde kabul gören model ve yaklaşımlar belli hukuk sistemleri odak alınarak incelenmiştir. Bu bölümde, doğrudan ve dolaylı yatay etki modelleri bağlamında, Alman hukuk doktrin ve uygulaması ile Güney Afrika'daki yatay etki tartışmalarına yer verilmiştir. ABD ve Kanada örnekleri ise dolaylı

---

<sup>452</sup> GARBDAUM, (2003, s. 440-443.

yatay etki modeline ilişkin yaklaşımlar altında incelenmiştir. Dolayısıyla bu başlık altında çalışmanın ikinci bölümdeki inceleme tercihi ile bağlantılı olması amaçlanarak, Güney Afrika ve Alman Federal Anayasa Mahkemeleri ile ABD ve Kanada Yüksek Mahkemeleri'nin kararları incelenerek; ifade özgürlüğüne verilen toplumsal ve anayasal değer bağlamında bu özgürlüğün yatay etkisi araştırılmıştır.

Alman Temel Kanunu'nun ifade özgürlüğünü düzenleyen 5. maddesinde, bu hakkın kullanılmasına ilişkin araçlara ve ifade özgürlüğünün görünüm biçimleri olan basın özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğüne yer verilmiştir. Aynı hükmün devamında, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının *kişi onurunun korunması* amacıyla ve yasa yoluyla olabileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm, ABD Anayasası'nda olduğu gibi yalnızca devlete uygulanabilir şekilde kaleme alınmamıştır. Nitekim ABD Anayasası'nda ifade özgürlüğünün kullanılmasını engelleyecek bir düzenleme yapılamayacağına işaret edilmektedir. Buna karşılık, Alman Temel Kanunu'nda "*herkes*"in ifade özgürlüğüne sahip olduğunu bildirilerek, hakkın öznesi belirtilmektedir. Bununla birlikte Temel Kanun'un 5. maddesinde hakkın öznesi belirtilmesine rağmen, hakkın muhatabı ve yükümlüsüne ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla bu hüküm, ifade özgürlüğünün devlet dışındaki üçüncü kişilere karşı korunmasını sağlayacak açık bir düzenlemeden yoksundur. Ancak bu düzenleme hakkında "*5. madde hükmü, diğer temel hak ve özgürlükler, anayasal ilkeler, kurallar, kurumsal ve yargısal araçlarla ilişkili şekilde uygulanır. Ayrıca 5. madde ile güvence altına alınan özgürlüklerin, diğer kişi ve*

*grupların anayasa tarafından tanınan hak ve özgürlükleri ile uyumlaştırılması gerekmektedir.*<sup>453</sup> yorumu yapılmıştır.

İfade özgürlüğünün toplum ve birey açısından sahip olduğu önem göz önüne alındığında, her türlü özel hukuk ilişkisinde bu özgürlükten kaynaklanan uyuşmazlıklarla karşılaşılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Bu uyuşmazlıklarda ifade özgürlüğü ve diğer haklar karşı karşıya geldiğinde, devletin nasıl hareket edeceği ve özellikle bu hak ve menfaatler arasındaki çatışmanın nasıl giderileceği büyük önem taşımaktadır. Nitekim böyle bir çatışma durumunda, bir kişinin ifade özgürlüğü veya bu özgürlüğün görünüm biçimlerinden olan basın, toplanma ve örgütlenme özgürlükleri zedelenebilir. Aynı şekilde ifade özgürlüğünün kullanılması da diğer kişilerin maddi ve manevi zarara uğraması, kişilik haklarının ihlal edilmesi gibi farklı sonuçlar doğurabilir. İşte bu tip özel hukuk uyuşmazlıklarında, devletin tarafların haklarını zedelemekten hukuki çözüm yolları üreterek, tarafların menfaatleri arasında uygun bir denge kurması gerekir.

Tarafların haklarını dengeleme sürecinde, ifade özgürlüğünün içini boşaltacak ve hakkın tanınmasını anlamsız kılacak yargısal sınırlamalardan kaçınılmalıdır. Bu amaçla hakların çatışması durumunda, belli ölçütler bağlamında ifade özgürlüğünün çerçevesi belirlenmelidir: Bu bağlamda, *ilk olarak ifadenin içeriğinden bağımsız şekilde yapılan sınırlamalar* söz konusu olabilir. Örneğin bir alışveriş merkezinde broşür dağıtımının yasaklanması halinde, somut olayda mülkiyet hakkına dayanan bir sınırlandırma söz konusudur; doğrudan belli ifadeler kısıtlanmamaktadır. Böyle bir sınırlandırmanın ifade özgürlüğünün özüne zarar verdiğini savunmak güç olmakla birlikte, mülkiyet hakkının

---

<sup>453</sup> STEINBERGER, Helmut, “*Freedom of the Press and of Broadcasting and Prior Restraints,*” **Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler**, Rudolf Bernhardt ed., Springer, (1983), 913; Akt., KOMMERS, MILLER, (2012), s. 442.

ve ifade özgürlüğünün gerekleri karşılaştırılarak uygun bir hukuki çözüm üretilmesi gerekir. İfade özgürlüğüne yönelik *ikinci* tür sınırlandırma, ***belli bir anlayış veya bakış açısına*** dayanabilir. Bu durumda hem düşüncesini açıklayan kişi hem de bu düşüncüyü değerlendiren kişinin konumları ve hangi görüşü destekledikleri önem kazanır. Bu sınırlama türünde fikirler arasında doğru-yanlış; meşru-gayrimeşru şeklinde bir ayırım yapıldığından, ifade özgürlüğünün zedelenmesi olasıdır. Dolayısıyla bu tip sınırlamalarda hakkın özüne dokunan sınırlamalardan kaçınılması gerekir. *Son olarak* ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar ***doğrudan ifadenin içeriğine yönelik*** olabilir. Örneğin, kültürel veya etnik sorunlara ilişkin tartışmaların yasaklanması bu tür bir sınırlama kapsamındadır. Bu sınırlamanın belirli anlayış ve bakış açısına dayanan ikinci tür sınırlamadan ayrılan yönü, düşüncüyü açıklayan kişinin kim olduğundan *bağımsız* şekilde *doğrudan* ifadenin içeriğine yönelik bir sınırlamayı içermesidir.<sup>454</sup> Bu bağlamda, hangi açıklamaların düşünce açıklaması kapsamında sayılacağı ve düşüncenin hangi araçlarla dış dünyaya aktarılacağı ifade özgürlüğünün en önemli sorunudur. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemelerde ve uyuşmazlık halinde değerlendirme yapılırken, bu özgürlük ile çatışma halindeki diğer temel hak ve menfaatlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Özel hukukta, ifade özgürlüğü ile çatışma yaşanan veya yaşanması muhtemel olan belirli alanlar bulunduğu kabul edilmelidir. İncelemenin sistematik hale getirilmesi amacıyla, bu alanları esas olarak, *kişilik hakları* ile *ekonomik hak ve menfaatler* olarak belirlemek mümkündür. Ancak her ne kadar ekonomik haklar kapsamında değerlendirilse de işçinin ifade özgürlüğü kapsamındaki haklarını kullanmasından kaynaklanan *iş hukuku alanındaki uyuşmazlıklar*, özel önemi nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Sonuç olarak özel hukukta ifade özgürlüğü ile çatışma yaşanan alanlar üç başlık altında

---

<sup>454</sup> SUNAY, (2002), s. 74-75.

toplabilir; (1) *Ekonomik hak ve menfaatler*, (2) *Kişilik hakları*, (3) *İşçinin ifade özgürlüğü iş akdinden doğan haklar*.

İfade özgürlüğü ve bu özgürlük kapsamındaki hakların kullanılması nedeniyle diğer kişilerin *ekonomik hak ve menfaatlerinin* zarar gördüğü iddia edilebilir. Örneğin, yatay etki teorisi açısından özel öneme sahip olan *Lüth* kararında, boykota çağrı eyleminin, diğer kişilerin başta ekonomik menfaatleri olmak üzere temel haklarıyla çatıştığı görülmüştür.

İfade özgürlüğünün kullanımından doğan bir diğer özel hukuk uyumsuzluğu ise, diğer kişilerin özel hayatı, şeref ve itibarı gibi *kişilik haklarının zarar görmesidir*. Böyle bir durumda, *düşünce açıklamasının niteliği, kamu yararına sağladığı katkı, diğer kişinin bir zararının doğup doğmadığı* gibi hususlar incelenmektedir. Olayda kişilik haklarına yönelik bir tehdit veya zarar söz konusuysa ya da kişilik haklarının korunması, ifade özgürlüğünün geri plana atılmasını gerektiriyorsa, bu haklar arasındaki denge gözetilmelidir. Aksi bir durumda her iki haktan biri anayasaya aykırı şekilde sınırlanabilir. Hem ifade özgürlüğü hem de kişilik haklarının temel anayasal ilkeler açısından değeri düşünüldüğünde bu dengeleme faaliyetinin oldukça hassas şekilde yapılması gerektiği şüphesizdir.

*İş akdine dayanan ilişkilerde* ise işçinin ifade özgürlüğü ile işçi ve işverenin kişisel ve ekonomik haklarının çatışmasından kaynaklanan uyumsuzluklarla karşılaşmaktadır. Örneğin, işçinin düşünce ve açıklamaları ya da sendikal faaliyetleri nedeniyle iş akdine son verilmesi; işçilerin belirli bir sendikaya üye olmalarının zorunlu

kılınması<sup>455</sup>, işverenlere sendikaların tanınması konusunda sınırsız yetki tanınması<sup>456</sup> gibi durumlarda işçinin ifade özgürlüğünün zedelendiği görülmektedir.

Belirlenen bu çatışma alanları kapsamında, ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisi, yargı kararları, anayasal düzenlemeler ve doktrindeki görüşler kapsamında araştırılmıştır.

## 1. EKONOMİK HAKLAR

İfade özgürlüğü, özel hukuk alanında üçüncü kişilerin ekonomik hak ve menfaatleriyle karşı karşıya gelebilmektedir. Örneğin boykot eylemi nedeniyle diğer kişilerin maddi zarara uğraması durumunda,<sup>457</sup> ekonomik haklar ile ifade özgürlüğü hakkının karşı karşıya geldiğini söylenebilir. Aynı şekilde, yayımlanan bir haber veya reklam sonucunda üçüncü kişilerin ekonomik çıkarları zarar görebilir. Bu kapsamda hem genel olarak yatay etki teorisi hem de ifade özgürlüğünün yatay etkisine ilişkin önemi nedeniyle *Lüth kararı*; basın özgürlüğünün yatay etkisine ilişkin *Blinkfürer kararı*; son olarak ifade özgürlüğü kapsamındaki boykot eylemi ile ayrımcılık yasağının özel hukuk alanındaki etkisini gösteren *NAACP v. Claiborne Hardware Co. kararı* üzerine yorum yapılabilecek genel bir çerçeve çizmektedir. Söz konusu kararlar doğrultusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak

---

<sup>455</sup> Young, James, Webster/İngiltere, 7601/76, 7806/77, 13.8.1981, para. 51,52,54,55; SUNAY, (2002), s. 222.

<sup>456</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016.

<sup>457</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958), *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* 458 U.S 886 (1982) ve *Blinkfürer*, 25 BVerfGE 256 (1969) kararları.

ifade özgürlüğüne ve ekonomik hak ve menfaatler bağlamında bu özgürlüğün özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin yaklaşımları karşılaştırılmıştır.

Ekonomik hak ve menfaatlerle ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiği ilk karar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1958 tarihli *Lüth* kararıdır.<sup>458</sup> Bu karar aynı zamanda, Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin ilk önemli kararı olarak da nitelendirilmektedir. Olay, aktivist Erich Lüth tarafından, yapımcı Veit Harlan'ın *Unsterbliche Geliebt (Immortal Lover)* isimli filmine yönelik boykot çağrısı yapmasına dayanmaktadır. Lüth'e göre, Nazi sempatisini Harlan'ın faaliyetleri Alman ulusunun itibarını zedelemektedir. Filmin yapımcısı ve dağıtıcısı, boykot hareketinin yasaklanması talebiyle Hamburg Bölge Mahkemesi'ne başvurmuştur. Söz konusu yasaklama talebi, Mahkeme tarafından Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesi kapsamında kabul edilmiştir.<sup>459</sup> Kararın onanması üzerine, Lüth, mahkeme kararıyla ifade

---

<sup>458</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958).

<sup>459</sup> CORRADO, Micheal Louis, **Comparative Constitutional Review – Cases and Materials**, Carolina Academic Press, Comparative Law Series, 2005, s. 135, 139. Alman Medeni Kanunu m. 826; “*Kasten veya iyi niyet kurallarına aykırı şekilde zarara neden olan kişi, bu zararı tazminle yükümlüdür.*” ..... Yerel mahkemenin, Temel Kanun'u göz önüne almaksızın yalnızca Medeni Kanun hükümlerine dayanarak karar vermesinde, bu döneme kadar hukukçular arasında geçerli olan anayasa hukukunun bir kamu hukuku dalı olduğu görüşünün yerleşik olduğu görüşü neden olmuştur. Bu anlayışa göre, anayasa hukukunun, özel hukukun ayrı ve otonom sistemi üzerinde bir etkisi olmadığı gibi, anayasal haklar da yalnızca devlete karşısında korunmak üzere Temel Kanun'da yer almıştır. QUINT, (1989), s. 257

özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ederek anayasa şikâyeti yoluna başvurmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi ise mahkeme kararının, Temel Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>460</sup>

Anayasa Mahkemesi, kararında öncelikle temel hakların *objektif değerler sistemi* oluşturduğuna ve hakların özel hukuka *yayılm etkisine* vurgu yaparak<sup>461</sup>, temel haklarla özel hukuk alanı arasındaki ilişkiyi genel olarak açıklığa kavuşturmuştur. Ayrıca ifade özgürlüğünün temel mantığına işaret ederek, kamusal alanda ifadenin araçları ile bu hakkın sosyal ve bireysel boyutlarını belirlemiştir. Bu kararın en önemli sonucu ise, ifade özgürlüğünün diğer menfaatlerle çatışması durumunda uygulanacak yargısal yöntemin oluşturulmasıdır. Mahkeme'ye göre, temel haklar, devlet gücü karşısında insan onurunun üstünlüğüne vurgu yapmaktadır. Savunma hakkı niteliğindeki bu hakların amacı, özgürlüklerin devlet tarafından ihlal edilmesine karşı güvence sağlamaktır. Bu bakımdan, kamu eylemi niteliğindeki mahkeme kararları da temel hakları ihlal edebilir.<sup>462</sup>

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Temel Kanun'un insan haklarına ilişkin kısmı, *objektif değerler sistemi* oluşturan ve hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanını etkileyen temel bir metin olarak değerlendirilmelidir. Bu değerler yalnızca bireylerin

---

<sup>460</sup> 7 BVerfGE 198; Kararın İngilizce metni için, KOMMERS, MILLER, (2012), s. 442-3; QUINT, (1989), s. 252-254; CORRADO, (2005), s. 135.

<sup>461</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958). Objektif değerler sistemi, Lüth kararıyla birlikte, Alman doktrininde önemli bir kavram haline gelmiştir. QUINT, (1989), s. 261; KOMMERS, MILLER, (2012), s. 444.

<sup>462</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 442-443.

hakları değil, genel hukuk düzeninin de bir parçasıdır, dolayısıyla yalnızca devletle olan ilişkide değil bütün hukuki ilişkilerde bireye yarar sağlamalıdır.<sup>463</sup> Temel haklar kamu yararının gerçekleştirilmesi için gerekli olan “*nesnel*” değerlerdir. Dolayısıyla bu haklar, devletin sınırlandırıcı eylem ve düzenlemeler yapmadığı koşullar altında dahi zarar görebilir. Ayrıca Temel Kanun’un üstün niteliği gereğince mahkemeler, özel hukuku uygularken ve yorumlarken anayasayla bağlı kalmalıdır. Bu bakımdan özel hukuk hükümleri, bu değerler sistemiyle uyumlu olmalı ve temel hakların ruhuna uygun şekilde yorumlanmalıdır.<sup>464</sup>

Ancak Mahkeme’ye göre, temel hakların devlet karşısında bireye sağladığı bu korumanın derecesi, özel hukuk ilişkilerinde sahip olduğu etkiye eşdeğer değildir. Mahkeme’nin bu yorumu, doğrudan yatay etki görüşüne karşılık *dolaylı yatay etkinin* kabulüne de işaret eder. Bu yorum doğrultusunda, devletle olan ilişkilerde bir temel hak, kamu hukuku normunu doğrudan geçersiz hale getirebilir. Bununla birlikte, özel hukuk uyumsuzluklarında, temel haklar özel hukuk normlarını doğrudan geçersiz kılmaz, ancak “*etkiler*”. Bu haklar, özel hukuk alanına “*sızar*” ve “*yayılım etkisi*” (*radiating effect*) gösterir. Özel hukuk kuralları ve genel hükümler, anayasal normlar ışığında yorumlanmalı ve uygulanmalıdır, ancak önünde sonunda uygulanacak olan kural,

---

<sup>463</sup> Mahkeme’nin bu görüşünün, aslında, Temel Kanun’daki bazı temel ilkelerin anayasa değişikliğiyle dahi sistemden çıkarılamayacağına ilişkin görüşüyle de ilişkili olduğunu savunulmaktadır. QUINT, (1989), s. 261.

<sup>464</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 444-5; QUINT, (1989), s. 262.

anayasa normu değil, özel hukuk kurallarıdır.<sup>465</sup> Hatta Mahkeme'ye göre temel hakların göz önüne alınarak yorumlandığı bu tip davalarda dahi, davanın “*hukukî ve usûlî olarak medeni hukuk uyuşmazlığı niteliği sürmektedir.*”<sup>466</sup> Böylece özel hukuk normlarının, anayasal normlar ve kamusal değerler karşısında dahi belli bir ölçüde yürürlükte kalması gerektiği vurgulanarak; özel hukuk ilkelerinin, *birey özerkliği ve kamu yararı ilkelerine* olan etkisinin altı çizilmiştir.<sup>467</sup>

Özel hukuk uyuşmazlıklarında, mahkemelerin temel haklar arasında bir denge kurması gerektiği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, *Lüth* davasında ilk derece mahkemesi Medeni Kanun'un genel hüküm niteliğindeki 826. maddesi hükmünü temel alarak ifade özgürlüğünü sınırlandırmıştır. Bu durum ise Temel Kanun'a aykırı şekilde Lüth'ün temel hakkının ihlal edilmesine neden olmuştur. Yargılamada, Lüth'ün ifade özgürlüğü ile Harlan'ın filmi dağıtma ve yayınlama hakkı arasında uygun bir dengeleme yapılması gerekirken, mahkemenin bu dengeyi doğru şekilde kuramaması hak ihlaline yol açmaktadır. Bu nedenle Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararında, temel hakların dolaylı yatay etkisine yönelik belirlemelerinin yanında, ifade özgürlüğünün alanı ile diğer hak ve menfaatler karşısındaki ağırlığını belirlemiştir.<sup>468</sup>

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, Harlan'ın mesleki menfaatleri ve film şirketinin ekonomik çıkarları gözetilerek, Lüth'ün düşüncelerini ifade etmekten kaçınmasını beklemek adil değildir. Mahkeme, değerlendirme yaparken Lüth'ün ifadelerinin *toplumu ne kadar ilgilendirdiği* üzerinde de durmuştur. Nitekim Lüth'ün

---

<sup>465</sup> QUINT, (1989), s. 247; BARENDT, Eric, **Freedom of Speech**, Oxford, 2. Baskı, (2007), s. 62.

<sup>466</sup> *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958), s. 205.

<sup>467</sup> QUINT, (1989), s. 262-263.

<sup>468</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 447; BARENDT, **Freedom of Speech**, (2007), s. 214.

düşüncelerinin, aynı zamanda *kamusal menfaatlerle* de ilgili olduğunun kabul edilmesi gerekir. Boykot çağrısı ve Lüth'ün açıklamalarındaki ifadelerde kamu menfaati ağır basmaktadır. Dolayısıyla bu tip olaylarda mahkemelerin, ifade özgürlüğünün önemini göz önünde tutması ve özel menfaatlerin geri plana çekilmesi gerekir. Mahkeme'nin bu karara ulaşmasındaki en önemli etken, *çoğulcu toplumun ve kamuoyunun, ancak serbestçe ifade edilen fikirlerin çatışmasıyla oluşacağı düşüncesidir*.<sup>469</sup> Bu bağlamda Lüth kararının en önemli özelliği; ifade özgürlüğünün bireysel ve toplumsal boyutlarını vurgulamasıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre bireyler entelektüel doğaları gereği iletişim ve tartışmaya; toplum ise demokrasinin önemi nedeniyle ifade özgürlüğüne ihtiyaç duyar.<sup>470</sup> Ayrıca, ifade özgürlüğü, diğer temel özgürlüklerin talep edilmesi ve korunmasındaki önemi sayesinde, bireyi diğer özgürlüklerinin kısıtlanmasına karşı korumaktadır. Bu nedenle negatif bir hak olmasının yanında; ifade özgürlüğünün korunması ve sağlanmasında devletin gerekli şartları oluşturma zorunluluğu, bu özgürlüğün pozitif yönünü gösterir. Ayrıca bu kararlarla vurgulanan *objektif değerler düzeni* kavramı, Temel Kanun'un özel hukuk dahil olmak üzere tüm hukuk alanındaki *yayılm etkisine* işaret etmektedir. Mahkeme tarafından, olaydaki boykot eylemindeki gibi siyasi ve tarafsız ifadelerin; özel amaçlar ve ekonomik çıkarlar karşısında *daha üstün olduğuna* vurgu yapılmıştır.<sup>471</sup>

---

<sup>469</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 448; BARENDT, **Freedom of Speech**, (2007), s. 159; CORRADO, (2005), s. 139-140.

<sup>470</sup> 7 BVerfGE, 198, 208; BARENDT, **Freedom of Speech**, (2007), Oxford, 2. Baskı, s. 61, 62.

<sup>471</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 449.

İfade özgürlüğünün ekonomik menfaatlerle karşı karşıya geldiği durumlara diğer örnek olan Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin **Blinkfuer kararı**<sup>472</sup>, Lüth olayında olduğu gibi bir boykot hareketine dayanmaktadır. Olayda davalı Springer Gazetesi (*Springer*) tarafından dağıtıcılara, Doğu Almanya'da yayın yapan Blinkfuer Dergisi'nin (*Blinkfuer*) satılmaması yönünde bir genelge gönderilmiştir. Ayrıca genelgeye uygun davranmayan dağıtıcılarla olan sözleşmelerin sonlandırılacağı bildirilmiştir. Bunun üzerine Blinkfuer tarafından, Springer'in bu hareketinin haksız rekabete yol açtığı iddiasıyla Medeni Kanun'a<sup>473</sup> dayanılarak dava açılmıştır. Ancak Federal Mahkeme, Springer'in genelge göndererek başlattığı boykota çağrı hareketinin, Temel Kanun'un 5. maddesi kapsamında korunduğuna karar vermiştir. Davacı Blinkfuer ise hem boykot hareketi ve hem de söz konusu kararın, kendisinin bilgi yayma hakkını sınırlandığı iddiasıyla, Temel Kanun'un 5. maddesine dayanarak anayasa şikâyetinde bulunmuştur.<sup>474</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararında da öncelikle Lüth kararında uyguladığı kavramlar doğrultusunda inceleme yapmıştır. Mahkeme'ye göre temel hakların oluşturduğu "*objektif değerler sistemi*", ancak özel hukukun anayasal değerlerle uyumlu olmadığı durumlarda uygulanabilir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Federal Mahkeme, *ifade özgürlüğünün boykot eylemini ne derecede kapsadığını ve bu eylemin şikâyetçi derginin basın özgürlüğünü ihlal edip etmediğini belirlerken, Springer'in ifade özgürlüğünü genişleten bir yorum yaparak hataya düşmüştür*. Bu nedenle Anayasa

---

<sup>472</sup> *Blinkfuer Kararı (1969), 25 BVerfGE 256*

<sup>473</sup> Medeni Kanun'un 823. maddesi hükmü; "*Kasten veya ihmale dayalı şekilde, bir diğer kişinin hayatı, bedeni, sağlığı, özgürlüğü, mülkü veya başka bir hakkına yasalara aykırı olarak zarar veren kişi bu zararı telafi etmek zorundadır.*"

<sup>474</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 455; GARBDAAUM, (2003), s. 443; ALEXY, (2010), s. 360 vd.

Mahkemesi, öncelikle boykot eyleminin kapsam ve niteliklerini belirlemiştir. Buna göre; boykot çağrısının *entelektüel tartışma özgürlüğünü engelleyici nitelikte olmaması* gerekir. Somut olayda Springer'in güçlü konumu, boykot hareketi karşısında dağıtıcıların serbest şekilde karar vermelerini imkânsız kılmaktadır. Dolayısıyla davalının piyasa üzerindeki etkisi ve boykot hareketini ekonomik baskı unsuru olarak kullanması; ifade özgürlüğünün, "*kamuoyunda özgür tartışma ortamı sağlamak*" amacıyla çelişmektedir.

Hatta Anayasa Mahkemesi'ne göre Springer, şikayetçi derginin söylemleri nedeniyle okuyucuya yönelik bir boykot çağrısı yapmış olsaydı, bu eylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilirdi. Nitekim Lüth olayında boykot çağrısı, toplumun ve bireylerin ahlaki ve politik sorumluluğa ilişkindir; Harlan'ın sanat özgürlüğüne yönelik doğrudan bir kısıtlama talebi yoktur. Ayrıca Lüth'ün boykot çağrısında bulunduğu kişiler üzerinde, Springer'in aksine ayrıca bir etkisi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu olayda kişiler Lüth'ün çağrısına uymak konusunda özgür iradeye sahiptir. Blinkfuer davasında ise Springer'in güçlü konumu çağrısı alanların özgür iradelerini kullanmalarını engellemektedir; zira Springer boykotu etkin kılmak için ekonomik araçlar kullanmıştır. Dolayısıyla Federal Mahkeme'nin kararı, Springer'in ifade özgürlüğünün kapsamı genişletilerek, Blinkfuer'in hak ve menfaatleriyle uygun denge içinde tutulmadığından, bozularak iade edilmiştir.<sup>475</sup>

Blinkfuer kararında göze çarpan iki önemli nokta olduğu söylenebilir: *Öncelikle "fikirlerin entelektüel mücadelesine katkıda bulunan kamusal söylemler"* ifade özgürlüğü kapsamında sağlanan en yüksek koruma derecesine sahiptir. Söz konusu ifadelerin bu kapsamda değerlendirilmesi için *yalnızca ifadelerin içeriği değil, aynı zamanda amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci* önemli husus ise bu davayla birlikte Federal

---

<sup>475</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 455-457.

Anayasa Mahkemesi'nin, özel hukuk uyuşmazlıklarında tarafların menfaatlerinin dengelenmesi faaliyetini, görevleri kapsamında kabul etmiş olmasıdır. Böylece haklar arasında dengeleme yapan Anayasa Mahkemesi, Blinkfuer'in ekonomik çıkarları ve bilgi yayma hakkının, Springer'in boykot eyleminde somutlaşan ifade özgürlüğüne ağır bastığına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, Springer'in boykot eyleminin, toplumun ve bireylerin bilgiye ulaşma hakkını da ihlal ettiğine işaret etmiştir.<sup>476</sup>

Kişilerin ifade özgürlüğü ile ekonomik menfaatlerinin çatıştığı durumlara ilişkin bir diğer karar ise Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *NAACP v. Claiborne Hardware Co. kararı*dır. NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) liderlerinden Charles Evers'in konuşmasında, siyahi vatandaşların ırksal eşitlik talebiyle başlattıkları boykot hareketi kapsamında, bu eşitlik sağlanıncaya kadar beyaz tacirlerin boykot edileceği ilan edilmiştir. Bu boykot; okullarda ırksal eşitliğin sağlanması, jüri ve polislik görevlerine siyahi vatandaşların da kabul edilmesi ve polisler tarafından siyahi vatandaşlara “bay” ve “bayan” hitap şekillerinin kullanılması gibi talepleri içeriyordu.<sup>477</sup> Boykot nedeniyle ciddi ekonomik kayıpları olduğunu iddia eden tacirler, uğradıkları maddi zararının tazmin edilmesi ve gelecekteki boykot eylemlerinin önlenmesi talebinde bulunmuştur.<sup>478</sup> Bu talep üzerine, Mississippi Yüksek Mahkemesi tarafından boykotun hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme kararına göre

---

<sup>476</sup> KOMMERS, MILLER, (2012), s. 457-458.

<sup>477</sup> COVINGTON, George Carruthers, “*Constitutional Law--The First Amendment and Protest Boycots: NAACP v. Claiborne Hardware Co.*”, **North Carolina Law Review**, Vol. 62, Issue 2, (1984), s. 401; 458 U.S. 899

<sup>478</sup> 458 U.S. 889 (1982)

davalıların, boykota başvurma nedeni, yalnızca şiddet içeren eylemlerini gerçekleştirmek amacına dayanmaktadır. Dolayısıyla boykot eylemi hukuka aykırıdır ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle tacirlerin maddi zararının tazminine davalıların katlanmaları gerekmektedir.<sup>479</sup>

Boykot eylemini gerçekleştirenler tarafından, bu kararın ifade özgürlüğünü sınırladığı gerekçesiyle ABD Yüksek Mahkemesi'ne başvurulmuştur. ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre; Mississippi Yüksek Mahkemesi davalıların, şiddet eylemlerini gerçekleştirmek amacıyla boykotu bir araç olarak kullandıklarına işaret etmiştir. Ancak Mahkemenin bu hususa ilişkin iddiasını güçlendirecek somut bir olgu bulunmamaktadır. Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi, boykot hareketi esnasında gerçekleşen şiddet olaylarının, davalılar ve *NAACP* ile bağdaştırılmadığına da dikkat çekmiştir. Bu kapsamda, boykot faaliyetiyle şiddet olaylarından kaynaklanan ekonomik zararlar arasında hiçbir mantıksal ilişki bulunmadığı tespit edilmiştir.<sup>480</sup> Kişilerin şiddet içermeyen ifade ve faaliyetleri 1. Ek kapsamında korunduğuna göre, Mississippi Yüksek Mahkemesi'nin kararı Anayasa'ya aykırıdır. Bu bağlamda, boykot ve ilgili diğer faaliyetler, toplumun siyasi, sosyal ve ekonomik alanlardaki değişimini sağlar ve 1. Ek'te yer alan anayasal değerler kapsamındadır. Dolayısıyla bu faaliyetlerin, haklar hiyerarşisinin en üst basamaklarını işgal ettiği yorumu yapılabilir.<sup>481</sup>

Mississippi Yüksek Mahkemesi'nin şiddet eylemlerinden doğan zarardan davalıları sorumlu tutmasının en önemli nedeni, davalıların *NAACP* ile olan bağlantılarıdır. ABD Yüksek Mahkemesi ise, yalnızca bir grupla bağlantılı olmanın, o

---

<sup>479</sup> 458 U.S 886 (1982), GARBDAUM, (2003), s. 443; COVINGTON, (1984), s. 402; 458 U.S

886

<sup>480</sup> COVINGTON, (1984), s. 403; 458 U.S 886

<sup>481</sup> 458 U.S. 886; BARENDT, (2007), s. 411.

grubun eylemleri nedeniyle sorumluluk doğması sonucunu ortaya çıkarmayacağına vurgu yapmıştır. Bir gruba aidiyet nedeniyle sorumluluk doğduğundan bahsedilebilmesi için, belirli şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir: Bu kapsamda, *öncelikle* bu grubun hukuka aykırı eylemleri bulunmalıdır. *Ayrıca* ilgili kişinin kendi hukuka aykırı amaçlarını gerçekleştirmek niyetiyle bu gruba dahil olması gerekir. Bu şartların *birlikte gerçekleşmediği durumlarda*, grubun faaliyetleri nedeniyle kişilerin sorumlu olması beklenemez.<sup>482</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'ne göre somut olaydaki boykot faaliyetinin amacı, toplumda eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi için atılması gereken adımları içeren bir talep listesinin kabul edilmesini sağlamaktır. Ayrıca bu boykot hareketi, *katılanların konuşmaları ve şiddete başvurmeyan eylemleriyle* desteklenmişti.<sup>483</sup> Bu kapsamda, boykot hareketi ile bu dönemde ortaya çıkan şiddet olayları birbirinden ayrılarak değerlendirilmelidir.

NAACP kararının, ifade özgürlüğüne sağlanan korumayı boykot hareketini de içine alacak şekilde genişlettiği kabul edilmektedir.<sup>484</sup> Mahkeme, insanların seslerini kamuoyuna duyurma hakkını güvence altına almanın ve örgütlenme özgürlüğünün önemini vurgulamış ve boykot kapsamındaki eylemlerin 1. ve 14. Ek kapsamında korumaya sahip olduğunu belirtmiştir.<sup>485</sup> Ayrıca kararda, boykot hareketinin ifade

---

<sup>482</sup> 458 U.S. 886, s. 918-920 (1982).

<sup>483</sup> 458 U.S. 886, s. 907.

<sup>484</sup> COVINGTON, George Carruthers, "Constitutional Law-The First Amendment and Protest Boycotts: NAACP v. Claiborne Hardware Co.?", **North Carolina Law Review**, Vol. 62, Issue, 2, 1984, s. 400.

<sup>485</sup> 458 U.S. 886, s. 907.

özgürlüğü kapsamındaki korunma alanını genişletmek amacıyla *iki yaklaşım* sunulmuştur. *İlk* olarak, boykot hareketi ekonomik olmaktan çok *siyasi amaçlara* yöneliktir. Dolayısıyla devletin bu alandaki düzenlemelerinin, hakkın bu özelliğine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. *İkincisi*, Yüksek Mahkeme bir diğer kararna<sup>486</sup> atıf yaparak, her ne kadar boykot hareketi tacirlerin ekonomik zararına neden olsa da, bu eylemin devletlerin düzenleme yapamayacağı bir alan olduğunu belirtmiştir.<sup>487</sup> Ancak Mahkeme'nin bu yorumu, boykot hareketinin barışçıl siyasi faaliyetler ile ekonomik faaliyetleri bir arada içerebileceği belirtilerek eleştirilmiştir.<sup>488</sup> Bu görüşe göre, ekonomik çıkarlar karşısında boykot eylemine ağırlık verilerek bu hakka koruma sağlanması, Yüksek Mahkeme'nin toplumsal eşitliğin sağlanmasına ilişkin hedefinden kaynaklanmıştır.<sup>489</sup> Doktrinde, *NAACP* kararının, ifade özgürlüğünün, özel hukuk alanında özellikle itibarın korunması gibi *common law* hakları karşısında *dolaylı yatay etkiye* sahip olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir.<sup>490</sup>

Bu kısımda bahsi geçen üç kararda da ABD Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından, öncelikle boykot eyleminin kapsamı belirlenerek, ifade özgürlüğünün hukuk düzenindeki etkisi değerlendirilmiştir. Bununla birlikte kararlar yalnızca özel hukuk alanında ifade özgürlüğünün etki ve değerinin belirlenmesi ilişkin

---

<sup>486</sup> *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

<sup>487</sup> 458 U.S. 886; COVINGTON, (1984), s. 403; GARBDAM, (2003), s. 443.

<sup>488</sup> COVINGTON, (1984), s. 404.

<sup>489</sup> COVINGTON, (1984), s. 407.

<sup>490</sup> BARENDT, (2007), s. 402, 411-412; GARBDAM, (2003), s. 440-46; GARBDAM, (2006), s. 774-5.

değildir. Bu kararlar, temel haklar kapsamında bilhassa ifade özgürlüğünün özel hukuktaki etkisini ve bu özgürlüğün diğer kişilerin ekonomik menfaatleri karşısında sahip olduğu korumanın çerçevesini çizmesi bakımından değerlidir. Belirtmek gerekir ki, *NAACP* kararı; *Lüth* ve *Blinkfüer* kararlarından önemli noktalarda ayrılmaktadır.

ABD Yüksek Mahkemesi *NAACP* kararında öncelikle boykot eyleminin 1. Ek'te koruma altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirlemiştir. Bununla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi'nin aksine, diğer kişilerin (*tacirlerin*) ekonomik menfaatleriyle, boykot hareketini yürütenlerin ifade özgürlüğü arasında yaşanan çatışmayı göz ardı etmiş ve bu menfaatler arasında bir dengeleme yapmamıştır.<sup>491</sup> Yüksek Mahkeme, davalıların "*barışçıl siyasi faaliyet*" düzenlemeye çalıştığını belirtilmiş, ancak yalnızca Mississippi Yüksek Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlerken yetkisini aştığını ifade etmiştir. Buna karşın boykot hareketiyle şiddet eylemleri bağdaştırılabiliyor ve boykotun şiddet içerdiği tespiti yapılabiliyorsa, bu eylemlerin ekonomik çıkarları ihlal edip etmediğine ilişkin bir inceleme yapılması gerekirdi. Dolayısıyla bu haliyle Yüksek Mahkeme'nin yorumunun oldukça tek yönlü kaldığı söyleyebiliriz.

## 2. KİŞİLİK HAKLARI

İfade özgürlüğünden kaynaklanan hakların kullanımı, özel hukuk alanında genellikle *kişilik haklarıyla* çatışma doğurmaktadır. Nitekim bir düşünce açıklamasıyla hedef alınan kişi, bu ifadeler nedeniyle, itibarının ve kamuoyundaki saygınlığının zedelendiğini iddia edebilir. Aynı şekilde bir haber yazısı veya internet üzerinden yapılan bir paylaşım nedeniyle, özel hayata ilişkin bilgilerin açığa çıkarılması söz konusu olabilir. Bu kısımda sırasıyla; Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin *Mephisto* ve *Böll* kararları;

---

<sup>491</sup> COVINGTON, (1984), s. 404.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin *New York Times v Sullivan* kararı ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin *Du Plessis v De Klerk* kararları incelenmiştir.

Bu kapsamda ilk olarak incelenmesi gereken karar; Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin sanatsal ifade özgürlüğü ile kişilik haklarının çatışmasını konu alan *Mephisto* kararıdır.<sup>492</sup> Bu kararın temelindeki olay, tıpkı *Lüth* kararında olduğu gibi, Nazi dönemi sorunlarına dayanır. Taraflardan *Gründgens*, Goethe'nin ünlü Faust oyununda uzun bir dönem *Mephistopheles* rolünü canlandırmış ve toplumda bu rolüyle tanınmıştır. Uyuşmazlığın diğer tarafı olan yazar *Klauss Mann* ise 1936 yılında *Mephisto* isimli bir roman kaleme almıştır. Yazarın bu eserinde *Gründgens*'in hayatından ilham aldığı iddia edilmiştir. Buna karşılık Mann, söz konusu romanın *Gründgens*'in hayatını değil, genel olarak dönemin oportünist entelektüel kişiliğini temel aldığını ifade etmiştir.<sup>493</sup> Ancak bu romanın 1963 yılında Alman Federal Cumhuriyeti'nde yayımlanmasıyla, roman hukuki bir uyuşmazlığa neden olmuştur. *Gründgens*'in mirasçıları, kitabın, Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesi kapsamında *Gründgens*'in kişilik haklarının ihlal ettiğini gerekçe göstererek, kitabın yayımlanmasına karşı ihtiyati tedbir kararı alınması talebinde bulunmuştur.<sup>494</sup> Mahkeme, yazar tarafından romanın doğrudan belli bir kişiyi temsil etmediği belirtilmiş olsa da, kitabın kurgusunun *Gründgens*'in itibarını zedeleyebileceğine işaret ederek, mirasçıların ihtiyatî tedbir talebini kabul etmiştir. Kitabın yayımcısının, söz konusu tedbir kararının Temel Kanun'un 5/3 maddesinde

---

<sup>492</sup> 30 BVerfGE 173, *Mephisto*; Kararın İngilizce metni için Bkz. KOMMERS, MILLER, (2012), s. 358-363.

<sup>493</sup> 30 BVerfGE 175, 176.

<sup>494</sup> QUINT, (1989), s. 291.

güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal edeceğine yönelik iddiası ise reddedilmiştir.<sup>495</sup> Federal Anayasa Mahkemesi de alt derece mahkemesi tarafından verilen bu ihtiyati tedbir kararını onaylamıştır.

Bu karar, Alman hukuk doktrininde iki açıdan önemli görülmektedir. *Birincisi*, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında geçerli olan genel kuralların anayasal değeri kabul edilmiş; *ikincisi* ise Federal Anayasa Mahkemesi, özel hukuk davalarının incelenmesi hususunda kendisini ciddi şekilde sınırlandırmıştır.<sup>496</sup> Kararın bu önemli özelliklerine yakından bakmak gerekir;

Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararında iki yönlü inceleme yapmıştır: Kararda hem bilim ve sanatsal ifade özgürlüğü geniş kapsamlı şekilde yorumlanmış, hem de ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri içeren Temel Kanun'un m. 5/2 hükmü değerlendirilmiştir. Sanatsal ifade özgürlüğü, Temel Kanun'un ifade özgürlüğünü içeren m. 5/1 değil; 5/3 hükmünde düzenlenmiştir. Mahkeme'ye göre, bu düzenleme, sanatsal ifade özgürlüğünü, ifade özgürlüğünden ayırmaktadır. Bu bağlamda, 5/3 hükmünün işlevi, sanatsal ifadenin devlete karşı korunmasıdır. Ayrıca bu hüküm, yalnızca sanatsal yaratıcılığı değil, aynı zamanda yayımlama ve dağıtım sürecine ilişkin hakları da korumaktadır. Somut uyuşmazlığın tarafı olan Mann'ın çalışması da bu hüküm kapsamında değerlendirilmiş, ayrıca kitabın dağıtımıcısının da maddenin korumasından faydalanacağı belirtilmiştir.<sup>497</sup>

---

<sup>495</sup> 30 BVerfGE 179-181; QUINT, (1989), s. 292;

<sup>496</sup> QUINT, (1989), s. 291.

<sup>497</sup> 30 BVerfGE 189.

Mahkeme'ye göre, Temel Kanun'un 5/2 hükmü doğrultusunda, yalnızca 5/1 hükmünde belirtilen özgürlükler sınırlandırılabilir. Buna karşılık Mahkeme, 5/3 hükmünde düzenlenen sanatsal ifade özgürlüğünün hiçbir ön koşul olmaksızın tanındığı ve 5/2'te öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlandırılması nedenlerine tâbi olmaması gerektiğine karar vermiştir.<sup>498</sup> Dolayısıyla Temel Kanun'da tercih edilen bu düzenleme dikkate alındığında sanatsal ifade özgürlüğü, kişisel itibarın korunması nedeniyle de sınırlandırılmamalıdır.<sup>499</sup>

Ancak Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, sanatsal ifade özgürlüğünün genel hükümler ve 5/2 kapsamında sınırlanamaması, bu özgürlüğün *tamamen sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir*. Eğer çatışan haklar söz konusuysa, devlet otoriteleri tarafından sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmelidir. Mahkeme'nin bu yorumu aynı zamanda *Drittwirkung* doktrinin de temelini oluşturan ve Temel Kanun'un 1. maddesinde yer alan *insan onuru ilkesine* dayanır.<sup>500</sup> Anayasa Mahkemesi bir anlamda kişilik haklarının, insan onuru ve kişiliğin geliştirilmesi hakkına dayandığına ve bu hakların yalnızca devlet değil, diğer kişilerden gelecek tehlikelere karşı da korunması

---

<sup>498</sup> Mahkemenin bu kararı, sanatsal ifade özgürlüğünün siyasi söylemlerden dahi daha fazla korumaya sahip olduğu ve genel hükümler kapsamında da sınırlandırılmayacağı yönünde yorumlanmıştır. QUINT, (1989), s. 294; JOUANJAN, Olivier, "Freedom of Expression in The Republic of Germany", *Indiana Law Journal*, Vol. 84, Is. 3, (2009), s. 868.

<sup>499</sup> QUINT, (1989), s. 293.

<sup>500</sup> 30 BVerfGE 193; QUINT, (1989), s. 295.

gerektiğine işaret etmektedir. Sanatsal ifadeler, insan onurundan kaynaklanan kişilik haklarına ve itibara zarar verebildiğine göre, sınırlandırılabilmesi de kabul edilmelidir.<sup>501</sup>

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Medeni Kanun'da tanınan kişiliğin korunması hakkının, ilgilinin ölümünden sonra da geçerli olması gerektiğine vurgu yaparak, aksi bir kabulün insan onuru kavramının *dokunulmaz niteliğine* aykırı olacağına karar vermiştir.<sup>502</sup> Mahkemenin bu yorumuyla, kişilik hakları, insan onuru kavramıyla birlikte değerlendirilerek geniş bir anayasal koruma kazanmış ve sanatsal ifade özgürlüğünün sahip olduğu anayasal değerler üzerinde ciddi bir *sınırlandırıcı etkiye* sahip olmuştur. Bununla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından, bir uyuşmazlıkta çatışan

---

<sup>501</sup> 30 BVerfGE 193-194; QUINT, (1989), s. 295; JOUANJAN, (2009), s. 874.

<sup>502</sup> Alman Hukukunda kişinin hak ehliyeti ölümle birlikte sona ermektedir. Ancak, bu sistemde kabul edilen post-mortal koruma görüşüne göre kişinin ölümü, ölen kişiyi, yapılan saldırılara karşı tamamen savunmasız bırakmamalıdır. Kişinin ölümünden sonra, hayattayken elde ettiği değerlerin yansımalarının ölen kişiye bağlı olarak korunması gerekir. Ölen kişi, henüz hayattayken ölümden sonra kişiliğinin korunmasına ilişkin tasarruflarda bulunabilir. Örneğin, ölüm sonrasında kişiliğine karşı yapılacak saldırıları defetme amacıyla bir kişiyi yetkilendirebilir ve bu kişiye talimatlarda bulunabilir. Diğer görüş ise ölen kişi için maddi-manevi tazminat talebinde bulunulmasının mantıksız olduğunu, kişiliğin ekonomik bir yaptırım olmaksızın korunmasının da saldırıda bulunanları cesaretlendirebileceğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara (2013), s. 446-447; PETEK, Hasan, **Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2015), s. 89 vd.

haklardan hangisinin sınırlandırılacağıın belirlenmesi için her somut olaydaki hak ve menfaatlerin *dengelenmesi* gerektiğine işaret edilmiştir.<sup>503</sup>

Mephisto kararının *özel önemi*, -Lüth kararıyla karşılaştırıldığında- anayasanın özel hukuk alanındaki etkisinin yalnızca ifade özgürlüğünün korunması değil; aynı zamanda bu özgürlüğün sınırlandırılmasında da etkili olabileceğini göstermesidir. Dolayısıyla bu kararın *Lüth*'ten en önemli farkı, ifade özgürlüğünün, diğer anayasal haklar karşısında düşünüldüğü kadar ağırlığının olmadığını belirtilmesidir.

Anayasa Mahkemesi; ayrıca bu kararıyla birlikte itibarın korunması hakkının anayasal hak statüsüne<sup>504</sup> ve hakların dengelenmesi sürecinin özel hukuk mahkemeleri tarafından yürütülmesi gerektiğine işaret etmiştir.<sup>505</sup> Yargıcın görevi, her bir davanın koşullarını ayrı ayrı değerlendirerek, tarafların haklarına tanınan anayasal korunmanın sınırlarını belirlemektir. Anayasa Mahkemesi ancak, yargılamanın anayasal ilke ve kurallara uygunluğunu denetleyerek, varsa karardaki bir anayasal ihlali tespit edebilir. Buna karşın, özel hukuk mahkemesi tarafından yargılama sonucunda taraflardan birinin hakkı daha fazla sınırlandırılrsa bile mahkemeler anayasal ilkelere uygun şekilde bir dengeleme yaptığı sürece Anayasa Mahkemesi karara müdahale edemez ve özel hukuk yargıcının yerine geçemez.<sup>506</sup> Karardaki *karşı oy görüşüne* göre, bu karar, Anayasa

---

<sup>503</sup> 30 BVerfGE 194; QUINT, (1989), s. 297.

<sup>504</sup> QUINT, (1989), s. 301-302.

<sup>505</sup> 30 BVerfGE 195-199.

<sup>506</sup> 30 BVerfGE 197; QUINT, (1989), s. 303.

Mahkemesi'nin anayasal dengelemeyi üstlendiği davalardaki görüşünden kesin olarak kopulduğunu göstermektedir.<sup>507</sup>

Bu kararın *bir diğer özelliği* ise Anayasa Mahkemesi'nin, anayasal değerlerin ve ifade özgürlüğü değerlerinin uygulanmasında, Amerikan görüşüne yakın bir konum seçmiş olmasıdır.<sup>508</sup> Hatta Mahkeme'nin kişilik haklarının korunması amacıyla ifade özgürlüğüne geniş sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Bu kararla birlikte, oldukça geniş şekilde kaleme alınan insan onuru ile kişiliği geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilen kişinin itibarı ve özel hayatının korunması hakkı, ifade özgürlüğü karşısında ciddi bir anayasal koruma statüsü kazanmıştır.<sup>509</sup> Dolayısıyla, bu kararın ifade özgürlüğü ve kişilik hakları dengesinde, kişilik haklarına daha çok ağırlık verdiği savunulabilir. Yine de *Mephisto* kararının Amerikan doktrininden ayrılan noktaları bulunmaktadır; insan onuru ve kişiliğin geliştirilmesi hakkının açıkça tanınmadığı Amerikan hukukunda kişiliğe ilişkin hakların geliştirilmesinin Alman hukukuna kıyasla oldukça sınırlı olduğu belirtilmektedir.<sup>510</sup>

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer karar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin; basın özgürlüğü karşısında kişilik, onur ve itibar gibi kişilik hakkı değerlerinin korunmasına ilişkin olan **Böll kararıdır**.<sup>511</sup> Roman yazarı *Heinrich Böll*, bir

---

<sup>507</sup> 30 BVerfGE s. 220-221.

<sup>508</sup> QUINT, (1989), s. 308.

<sup>509</sup> QUINT, (1989), s. 299.

<sup>510</sup> QUINT, (1989), s. 315.

<sup>511</sup> *Böll*, 54 BVerfGE 208 (1980)

televizyon şirketine, kendisini siyasi terörizmle ilişkilendiren yayınlar yapması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Bölge Yüksek Mahkemesi tarafından kişisel itibarın zedelendiği belirtilerek, *Böll* lehine tazminata karar verilmiştir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, televizyon yorumcusunun, *Böll*'ün hükümet eleştirilerini makul ölçüde yorumladığına, bu nedenle söz konusu yorumların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret ederek kararı bozmuştur.<sup>512</sup>

Bu karar üzerine *Böll* tarafından kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla anayasa şikâyeti yoluna başvurulmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi, televizyon yorumcusunun ifadelerinin, *Böll*'ün fikirlerinin yanlış aktarılmasına ve kamuoyunda yanlış anlaşılmasına neden olduğuna işaret etmiştir. Bu davanın yukarıda incelenen diğer kararlardan ayrılan yönü, anayasa şikâyetine başvuran tarafın, ifade özgürlüğü ihlal edilen değil, aksine başkalarının ifadeleri nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen taraf olmasıdır.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu olay değerlendirilirken televizyonun kamuoyundaki geniş etki potansiyeli göz önüne alınmalıdır. Bu durumda, Bölge Mahkemesi'nin kararı, *Böll*'ün söylemlerini bağlamından uzaklaştırılmış şekilde yorumlayan ifadeleri korumaktadır. Böylece, *Böll*'ün kişisel itibarı ve diğer kişilik haklarının özü ihlal edilmektedir.<sup>513</sup> Federal Anayasa Mahkemesi, yazarın kişiliğine ilişkin anayasal hakkının yorumcu tarafından ihlal edildiğine dikkat çekmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin, yorumcunun söylemlerinin *Böll*'ün kişilik haklarını ihlal ettiğine ilişkin bu yorumu, aslında özel hukuk kişilerinin anayasal

---

<sup>512</sup> *Böll*, s. 211-213.

<sup>513</sup> *Böll*, s. 215-217.

yükümlülük altında olduğunun bir ifadesi olarak nitelendirilmelidir. Bu görüşe göre, *Böll* kararı, anayasal hakların özel hukuk kişileri üzerindeki etkisini, *Lüth* kararıyla karşılaştırıldığında, *doğrudan yatay etki görüşüne* yaklaştırmıştır.<sup>514</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1964 tarihli *New York Times v Sullivan* kararı da ifade özgürlüğü ve kişilik hakları arasındaki çatışmaya örnek gösterilen klasik bir karardır.<sup>515</sup> Bu kararın bir diğer önemi ise, ifade özgürlüğünün, özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin olarak ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen ilk karar olmasıdır. Davacı *L.B. Sullivan*, Montgomery'de Şehir Komiserliği (*Commisioner's of City*)'nin seçimle iş başına gelen üç üyesinden biridir ve Polis Departmanının denetlenmesinden sorumludur. *Sullivan*, *New York Times Gazetesi*'nde yayımlanan, "*Heed Their Rising Vocies*" başlıklı bir reklamın 3. ve 6. paragraflarında yer alan ifadelerin şahsına yönelik olduğunu ve bu nedenle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.<sup>516</sup> Bu iddiaya dayanan davacı, *New York Times Gazetesi* ve metnin altında imzası bulunan dört kişi aleyhine tazminat talebinde bulunmuştur. Reklam metninin söz konusu kısımlarında,

---

<sup>514</sup> GARBD AUM, (2003), s. 442.

<sup>515</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, (1964); kararın Türkçe metni için bkz. BALCI, Bora, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003), s. 180-196.

<sup>516</sup> Söz konusu reklamda, "... binlerce güneyli zenci öğrenci geniş kapsamlı bir barışçı gösteriye katılarak Amerikan Anayasasının ve Haklar Bildirgesinin kendilerine tanıdığı haklar uyarınca insan onuruna yakışır bir şekilde yaşamayı talep etmektedirler. ... Bu garantileri elde etme çabaları çerçevesinde, tüm dünyada modern özgürlüklerin tanımını yaptığı kabul edilen bu belgeleri hiçe sayan ve inkâr edenler tarafından kendilerine daha önce hiç görülmemiş bir terör dalgası ile karşı çıkmaktadır". *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); BALCI, (2003), s. 181.

“öğrenci eylemlerinin engellenmesi amacıyla, liderlerinin okuldan atıldığı; Alabama State College kampüsünü çok sayıda polisin çevrelediği; Martin Luther King’in evinin polisler tarafından bombalanarak eşinin ve çocuğunun hayatının tehlikeye atıldığı; ayrıca kendisinin de basit suçlar nedeniyle 7 kez tutuklandığı; hali hazırda da yalancı tanıklık suçlamasıyla 10 yıl hapis cezasıyla yargılandığı” belirtilmektedir. Sullivan bu ifadelerin Montgomery polisini ve bu departmanı denetlemekle görevli olması nedeniyle kendisini hedef alarak aşağıladığını iddia etmiş, nitekim mahkemenin tanıklığına başvurduğu kişiler de reklamı bu yönde algıladıklarını belirtmiştir.

Alabama Yüksek Mahkemesi, metin altında imzası bulunan davalıları reklam metninin gerçekleri yansıtmaması ve “iftira içerir nitelikte olduğu” (*libelious per se*) gerekçesiyle; yayımdan önce metnin içerdiği bilgilerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığına ilişkin bir araştırma yapmamış olması nedeniyle ise *York Times Gazetesi*’ni tazminat ödemeye mahkum etmiştir.<sup>517</sup> Davalıların, bu kararın ifade özgürlüğünü ihlal edeceğine ilişkin iddiaları, Eyalet Mahkemesi tarafından, “1. Ek ve ABD Anayasası hakaret niteliği taşıyan ifadeleri korumamaktadır. ... 14. Ek, özel şahısların değil, Devletin fiillerine karşı düzenlenmiştir.” ifadesiyle reddedilmiştir.<sup>518</sup>

Bu karara karşı davalılar tarafından ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla ABD Yüksek Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme, “basın ve ifade özgürlüklerinin anayasal güvenceleri dikkate alınarak, devletin tazminata hükmetme

---

<sup>517</sup> ENNIS, Bruce L., “*New York Times Co. v. Sullivan*”, 376 U.S. 254 (1964), **Montana Law Review**, Vol. 26, Issue 1, (1964), s. 110.

<sup>518</sup> BALCI, (2003), s. 185.

yetkisinin sınırlarının tartışılması gerektiğine”<sup>519</sup> işaret etmiştir. Mahkeme’ye göre, dava konusu reklam metni üç amaçla yayımlanmıştır;<sup>520</sup> “(1) öğrenci hareketinin desteklenmesi; (2) oy verme hakkı için verilen mücadeleye destek sağlanması; (3) bu hareketin lideri olan Martin Luther King’e, hakkında yürütülen davalarda hukuki ve maddi destek sağlanması.”

Ayrıca ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre, Alabama Yüksek Mahkemesi, kararını iki farklı önerme üzerine kurmuştur. Buna göre; “(1) 14. Ek devlete yöneliktir ve özel kişileri kapsamamaktadır; (2) ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin anayasal güvenceler eldeki davada uygulanabilir değildir.” Ancak Yüksek Mahkeme, Eyalet Mahkemesi’nin bu önermesinin kabulü halinde, gazetelerin bu tip reklamları yayımlamamak yönünde hareket edeceğini, bu durumun ise bilginin paylaşılmasını ve yayın araçlarına doğrudan ulaşamayan kişilerin ifade özgürlüğünü engelleyeceğini belirtmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre böyle bir uygulama, 14. Ek’in asıl amacı olan “farklı fikirlerin en yüksek derecede paylaşılması” amacını sınırlamaktadır.<sup>521</sup> Dolayısıyla mahkeme kararıyla gazetenin ve diğer davalıların ifade özgürlüğü engellenerek, Anayasa ihlal edilmiştir.<sup>522</sup>

---

<sup>519</sup> Kararın Türkçe metni için Bkz. BALCI, Bora, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003), s. 180-196.

<sup>520</sup> BALCI, (2003), s. 181-182.

<sup>521</sup> SADURSKI, (1999), s. 11; BALCI, (2003), s. 186.

<sup>522</sup> BARENDT, (2007), s. 410.

Yüksek Mahkeme'ye göre somut olaydaki en önemli sorun, kamu görevlisine getirilen eleştiriler nedeniyle davalıların yüklendiği sorumluluğun, ifade özgürlüğünün sınırlarını aşıp aşmadığının belirlenmesidir.<sup>523</sup> Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğüne sağlanan *anayasal güvence*, kişilerin politik ve sosyal değişikliklerin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla *fikirlerini sınırsız şekilde paylaşmalarını* garanti altına almaktadır.<sup>524</sup> *Serbest tartışma ortamı korunarak*, bireylerin istekleri doğrultusunda devletin yönetilmesi ve barışçıl yollarla birtakım değişikliklerin sağlanması, anayasal sistemin temelleridir.<sup>525</sup> İfade özgürlüğüne sağlanan bu anayasal koruma, *ifadelerin gerçekliği, popülerliği veya sosyal faydasına göre belirlenmemelidir*.<sup>526</sup> Davacının kamu görevlisi olması nedeniyle, yönetilenlerin yönetenleri eleştirememesine dayanan görüş, artık kabul edilemez bir düşüncedir. Bunun nedeni, ifade özgürlüğünün kamuoyunun biçimlendirilmesinde oynadığı rolün önemi ve toplumun çıkarlarının bireylerin çıkarlarının çok daha önünde olmasıdır. Kaldı ki davacının kamu görevlisi olması ve görevi kapsamındaki eylemlerinin eleştirilmesinin mesleki şöhretinin etkilenmesi nedeniyle bu eleştiriler kısıtlanarak, ifade özgürlüğü anayasal koruma sınırları dışında bırakılmamalıdır.<sup>527</sup> Kamu görevlilerinin eylemleri nedeniyle onları eleştirenlere

---

<sup>523</sup> BALCI, (2003), s. 187.

<sup>524</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484, (1957)

<sup>525</sup> *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369.

<sup>526</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 255, 279 (1964); SADURSKI, (1999), s. 11; BALCI, (2003), s. 188.

<sup>527</sup> BALCI, (2003), s. 189.

dokunulmazlık tanınmazken; kamu görevlisine bu eylemleri nedeniyle koruma getirilmesi, hakkaniyetli değildir.<sup>528</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi, bu kararındaki gerekçelendirmeyi üç ana nokta üzerinde yoğunlaştırmıştır: *Birincisi*, ifade özgürlüğü, 1. Ek kapsamında anayasal güvence altına alınmıştır ve bu özgürlük, Amerikan devlet sisteminin de temelidir. *İkincisi*, kamu görevlisinin itibarının korunması veya kişiye zarar verilmesinin önlenmesi amacı, bu anayasal güvenceyi ortadan kaldıramaz. *Son olarak*, davalılardan *New York Times Gazetesi*'nin reklamı yayımlarken, kendi dosyalarından reklam metninde sözü edilen olayların doğruluğunu tespit etmemesi ihmale vücut vermektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'ye göre, bu ihmal bariz bir kötü niyet oluşturmamaktadır.<sup>529</sup> Mahkeme, diğer davalılar açısından ise, reklam metninde yer alan ifadelerin şahsi olarak davacı *Sullivan*'ı işaret ettiğine dair kesin bir delil bulunmadığına karar vermiştir. Bu olgular dikkate alındığında, Eyalet Mahkemesi tarafından verilen tazminat kararı, ifade özgürlüğüne ciddi bir sınırlama getirmektedir.

Yüksek Mahkeme'ye göre somut olayda, “*sınırsız olarak korunan ifadeler*” ile “*meşru olarak sınırlandırılan ifade*” arasındaki çizginin tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda kamu yararı gereğince bir hakka anayasal koruma sağlanıyorsa, bu durumda *kamusal ihtiyaçlar ve özel haklar arasında* adil bir denge kurulması gerekir. Özellikle hakaret fiilinden kaynaklanan tazminat taleplerinde mahkemeler, kişilerin menfaatleri arasında denge kurarak, yorumlarında bir tarafın hak veya menfaatine öncelik tanımaktadır.<sup>530</sup> Dolayısıyla, haksız fiillerden kaynaklanan bu davada, yayından

---

<sup>528</sup> BALCI, (2003), s. 193.

<sup>529</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); BALCI, (2003), s. 195.

<sup>530</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), s.??

doğabilecek olası zarar ile korunması gereken menfaat arasında denge kurulmalıdır. Yüksek Mahkeme, kamu görevlilerinin eylemlerinin *sınırsız* şekilde eleştirilmesini önemli ve değerli bulmaktadır. Diğer yandan, bu eleştirilerin, kamu görevlilerinin itibarını zedeleyebileceğini de kabul etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, “*söz konusu reklam metninin, kamuoyundaki en önemli konulardan birine ilişkin eleştiri ve şikayetleri içeriyor olması nedeniyle anayasal korumaya sahip olması gerektiğini*” ifade etmiştir.<sup>531</sup> Yüksek Mahkeme “*davalıların temel hakkına değil, toplumun özgür tartışmaya olan ihtiyacına*” vurgu yapmış, “*anayasal güvencelerin, toplumun istediği siyasal ve toplumsal değişikliklerin getirilmesi için fikirlerin serbestçe değiştirilmesini sağlamak amacıyla kabul edildiğini*”<sup>532</sup> ifade etmiştir. Bir görüşe göre Yüksek Mahkeme’nin bu kararı, bir kamu görevlisini işaret etmese dahi böyle bir reklamın anayasal güvenceye sahip olması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.<sup>533</sup> Dolayısıyla toplumsal sorunların dile getirildiği ifadeler, kamu görevlisi olmayan kişileri hedef aldığı hallerde de söz konusu ifadelerin bu anayasal korumadan faydalanması gerekir. Son olarak Yüksek Mahkeme, anayasal ilkeleri incelemekle görevli olduğunu belirterek, bu görevin yalnızca ilkeleri incelemekle sınırlı olmadığına; bu anayasal ilkelerin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesine ilişkin anayasal yetkiyi de içerdiğine işaret etmiştir.<sup>534</sup>

---

<sup>531</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), s. 271-272; CHEMERINSKY, (2006), s. 1046, 1095.

<sup>532</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); MILLER, (2016), s. 588.

<sup>533</sup> ENNIS, (1964), s. 113-115.

<sup>534</sup> BALCI, (2003), s. 194.

İfade özgürlüğü ve kişilik hakları çatışmasına örnek gösterilebilecek bir diğer karar da Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin temel hakların özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin ilk incelemesine dayanan *Du Plessis v De Klerk* kararıdır. Olayda, *The Pretoria News* isimli gazetede, Angola'da devam eden savaşta bazı havayolu firmalarının gizlice ve yasadışı olarak silah tedariki sağladığına ilişkin bir yazı dizisi yayımlanmaya başlamıştır. Kendisi ve şirketi hakkında iki köşe yazısı yayımlanan *De Klerk*, bu yazıları kaleme alan yazar *Du Plessis* hakkında tazminat talebinde bulunmuştur.<sup>535</sup> *De Klerk*'e göre *Du Plessis*'in yazıları hakaret ve iftira içerir niteliktedir ve kişilik haklarının ihlaline neden olmaktadır.

Davacı, 1993 Anayasası'nın, temel hakların özel hukuk ilişkilerinde uygulanmasına elverişli olduğunu, dolayısıyla, kişilik haklarının ihlali nedeniyle tazminat kararı verilebileceğini iddia etmiştir. Buna karşılık davalı yazar, söz konusu makalelerin yayım tarihinin 1993 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden önce olduğuna ve bu durumda anayasanın geçmişe yönelik olarak uygulanamayacağına dikkat çekmiştir. Ayrıca davalı, 1993 Anayasası'nda, Anayasa ve Bildirge'nin özel hukuk alanında etkili olmasını sağlayacak bir hükme yer verilmediğini ileri sürmüştür.<sup>536</sup> Yerel mahkeme de davalının bu iddialarına katılarak, anayasanın geçmişe yönelik olarak uygulanamayacağını

---

<sup>535</sup> FUTCH, (1997), s. 1012.

<sup>536</sup> CLAPHAM, Andrew, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, Oxford University Press, (2006), s. 451.

belirtmiş ve Bildirge'nin yalnızca dikey olarak uygulanmasının mümkün olduğuna karar vermiştir.<sup>537</sup>

Bu karara karşı başvurulmuş Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Kanada, ABD ve Almanya örneklerini inceledikten sonra Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin *dolaylı yatay etki* yaklaşımının uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.<sup>538</sup> Kararda mahkemenin çoğunluğu, Anayasa ve Haklar Bildirgesi'nin *common law* davalarında uygulanmadığını ve doğrudan etkisi bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Anayasa'nın, bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen *common law* üzerinde belli bir derecede etkili olması gerekmektedir. “*Anayasal haklar özel hukuka doğrudan uygulanmazlar, bununla birlikte mahkemeler, common law kurallarını Haklar Bildirgesi ışığında yorumlayıp uygulamalıdır.*”<sup>539</sup> Böylece Anayasa Mahkemesi tarafından anayasanın ilgili hükümleri yorumlanarak, temel hakların ve ifade özgürlüğünün yatay etkisi kabul edilmiştir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'ne göre, somut olayda basın ve ifade özgürlüğünün özgür ve adil siyasi ortamın sağlanmasına sunduğu katkı dikkate alınmalıdır. Ayrıca bu haberlerin hakaret içerdiği iddiasıyla, basın ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ve böylelikle politik eleştirilerden kaçınılması engellenmelidir. Bu nedenle, olayda, ifade özgürlüğünün kişilik hakları ve itibarın korunması hakkı karşısında korunması gerekmektedir. Aksi bir karar, Anayasa'nın amacıyla bağdaşmamaktadır.<sup>540</sup>

---

<sup>537</sup> Du Plessis v. De Klerk, 1996 (5) BCLR 658 (CC); FUTCH, (1997), s. 1013.

<sup>538</sup> FUTCH, (1997), s. 1016.

<sup>539</sup> Du Plessis v. De Klerk, 1996 (5) BCLR 658 (CC), 88-91. GARDBAUM, (2003), s. 401, 442; TUSHNET, (2003), s. 82 vd.; FUTCH, (1997), s. 1031.

<sup>540</sup> FUTCH, (1997), s. 1023.

### 3. İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE İŞ AKDİNDEN DOĞAN HAKLAR

Özel hukuk alanında ifade özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin bir diğer önemli husus, iş hukuku alanında *işçinin ifade özgürlüğünün korunması ve bu bağlamda işçi ve işverenin hak ve borçlarının dengelenmesidir.*

Kişiler arasında ifade özgürlüğünün kullanımından doğan uyuşmazlıkların önemli bir kısmı da iş akdine dayanan ilişkilerde karşımıza çıkmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki hiyerarşik durum, bu ilişkilerin hemen her safhasında işçinin baskı altına alınması ve birtakım haklarını kullanmaktan mahrum bırakılması sonucunu doğurabilir. Bu baskı ve sınırlamalar, iş akdinin kurulmasından, sözleşmenin feshine kadar birçok durumda söz konusu olabilir. İfade özgürlüğünün, diğer temel hakların kullanılması ve talep edilebilmesindeki özel önemi, bu özgürlüğün iş akdinden doğan ilişkilerdeki önemini de artırmaktadır. Nitekim işçi, sözleşmenin kurulması ve sonraki aşamalarda iş ve işyeriyle alakalı sorunları ve bunlara ilişkin düşüncelerini dile getiremediği takdirde, sözleşme ve kanundan doğan haklarını talep edememekte ve hak ihlalleriyle karşılaşmaktadır.<sup>541</sup> Dolayısıyla ifade özgürlüğünün, işçinin iş hukukundan doğan diğer haklarını kullanması bakımından da ciddi bir önemi olduğundan, bu özgürlüğün işveren karşısında da korunması gerekir. Nitekim temel hakların doğrudan yatay etkisine ilişkin ilk uygulama da Alman Federal İş Mahkemesi'nin 1954 tarihli kararına dayanmaktadır. Federal İş Mahkemesi, bu içtihadını uzun sayılabilecek bir süre devam ettirmiş ve temel hakların iş akdine dayanan ilişkilerinde doğrudan etkili olmasının, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerinin de doğal bir sonucu olduğunu savunmuştur.<sup>542</sup>

---

<sup>541</sup> ERDOĞAN, Gülnur, (2017), s. 125.

<sup>542</sup> BECKMANN, (2010), s. 269; ERGÜL, (2013), s. 445.

İşçinin ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar, en başta işçi ve işveren arasındaki hiyerarşi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. İşveren, işçiyi baskılamak veya işçinin ifadeleri dolayısıyla kendisi ve işyerinin birtakım sıkıntılarla karşılaşacağı düşüncesiyle, iş akdine işçinin ifade özgürlüğünü sınırlayıcı hükümler koyma eğiliminde olabilir. Bu amaçlarla, sınırlayıcı sözleşme hükümleriyle, işçinin siyasi veya dini görüşlerini dile getirmesi, işyeri hakkında açıklamalarda bulunması engellenebilir. Ancak böyle bir hüküm, bu temel hakkı, anayasada öngörülmemiş şekilde sınırlandırdığı ölçüde geçersiz sayılmalıdır.<sup>543</sup>

İşveren ve işçinin karşılıklı borçlarının da ifade özgürlüğüne ilişkin hakların kullanılmasında etkili olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda işçinin iş görme borcunu yerine getirmediği iddiasına neden olacak şekildeki ifadeleri, iş akdinin tehlikeye girmesine neden olabilir. Örneğin, grev hakkına ilişkin eylemler ayrık tutulmak üzere, işçinin, iş saatleri içerisinde bir gösteri veya toplantıya katılması halinde bu hakkın kullanımının sınırlandırılması gündeme gelebilir. Nitekim böyle bir durumda, iş akdinden doğan iş görme borcu yerine getirilememekte ve doğal olarak işverenin ekonomik anlamda zararı doğmaktadır.

İşçinin iş akdinden doğan bir diğer borcu olan *sadakat yükümlülüğü* de işçinin ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmalara temel teşkil edebilir. Bu bakımdan işçinin,

---

<sup>543</sup> Örneğin Türk hukuku bakımından ele alınacak olursa, işçinin ifade özgürlüğünü sınırlayan bir sözleşme hükmü, kanunun emredici hükümlerine veya ahlaka aykırı olduğu ve söz konusu özgürlüğü tamamen ortadan kaldırdığı takdirde hükümsüz sayılmalıdır. ÖKTEM SONGU, s. 633.

işyeri ve işverene ilişkin düşünce açıklamalarında, hangi noktaya kadar eleştiri yapabileceği ve işin niteliğine dair açıklamalarının sınırlarını bu sadakat borcunun çizdiği ifade edilebilir.<sup>544</sup> İşçinin işyerine veya işverene ilişkin eleştirilerini geniş topluluklarla paylaşması durumunda, işveren maddi zarara uğruyorsa, işverenin ekonomik menfaatleri ve işçinin ifade özgürlüğü dengelenmelidir. Bu dengelemede, işçinin sadakat borcunun ve ifadelerinin, *kamusal tartışmaya sağladığı katkının* göz önünde bulundurulması gerekir. Örnek vermek gerekirse, işyerinin faaliyetlerinin çevre kirliliğine sebep olduğuna dair açıklamaların hem işveren ve işyerinin itibarına, hem de işverenin ekonomik menfaatlerine birtakım zararları olacağı bellidir. Ancak *insan onuru, toplumun sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı* gibi haklar göz önüne alındığında, işçinin bu ifadeleri kamusal tartışmaya katkı sağlamaktadır. Bu halde işçinin sadakat borcu yanında, bu ifadelerin topluma sağladığı katkının da haklar dengelenirken dikkate alınması gerekir.<sup>545</sup>

Dolayısıyla işçinin, işyeri veya işveren hakkındaki ifadeleri ve eleştirilerinin sınırlarının iyi çizilmesi gerekir. İşçiye bu konuda tanınacak mutlak bir özgürlük işverenin ekonomik zararına ve itibar, özel hayatın gizliliği gibi kişilik haklarının ihlaline neden olabilir. Ancak işçinin ifade özgürlüğü, işverenin korunması amacıyla anayasaya aykırı olacak ve hakkı tamamen ortadan kaldıracak şekilde sınırlandırılmamalıdır. Bu bağlamda, işçinin ifade özgürlüğüne ilişkin haklarını kullanmasından doğan uyuşmazlıklarda tarafların hak ve menfaat dengesi gözetilmelidir.<sup>546</sup>

---

<sup>544</sup> ÖKTEM SONGU, s. 628.

<sup>545</sup> Böyle bir açıklamada bulunan işçinin, sadakat borcunu ihlal ettiğine ilişkin olarak, Bkz.

ÖKTEM SONGU, s. 629-630.

<sup>546</sup> ÖKTEM SONGU, s. 636.

İfade özgürlüğünün, iş ilişkilerine olan etkisine dair önemli uyumsuzluk türü, işçilerin görüşlerini açıklamaları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkindir. İşçinin yalnızca belli konulardaki düşünceleri değil, giyimi veya kullandığı aksesuarlar da düşünce açıklaması niteliğinde kabul edilmelidir. Düşünce açıklaması niteliğindeki birtakım ifadeler nedeniyle işveren tarafından iş akdinin sona erdirilmesi, belli durumlarda *haksız fesih* olarak nitelendirilmekte ve *işçinin ifade özgürlüğünü zedelemektedir*.<sup>547</sup>

Belirtmek gerekir ki, iş akdinin kurulmasından sona ermesine kadar olan süreçte işçinin düşünce ve ifadeleri nedeniyle uğradığı baskı ve sınırlandırmaların engellenmesi, aynı zamanda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile bağlantılıdır. Nitekim işçi, ifadeleri nedeniyle işyerinde mobbing veya ayrımcılığa maruz kalabilir ve hatta işveren tarafından iş akdi feshedilebilir. Bu bakımdan işverenin çalışanlar arasında ayırım yapmasının yasaklanması da ifade özgürlüğünü koruyucu niteliktedir.<sup>548</sup>

Alman Federal İş Mahkemesi'nin 1984 tarihli bir kararında, işçinin, savaşı yücelten ifadeler içermesi nedeniyle bir metni basmayı reddetmesi nedeniyle iş akdinin feshedilmesi incelenmiştir. *İşçi lehine yorum* yapan Mahkeme'ye göre, işçinin ifade ve vicdan özgürlüklerinden kaynaklanan anayasal değerler, *işveren iradesi üzerinde*

---

<sup>547</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016.

<sup>548</sup> ÖKTEM SONGU, s. 626. Yazar, bu konuda işverenin İş Kanunu bağlamında *eşit davranma borcu* olduğuna vurgu yapmaktadır. Ancak bu kısımda Türk hukukuna özgülenmiş şekilde inceleme yapılmadığından, "*işverenin eşit davranma borcu*" yerine daha genel bir tabir olan "*ayrımcılık yasağı*" kavramı kullanılmıştır.

*etkilidir*. Mahkeme, işverenin menfaatleri ve işçinin temel haklarını birlikte değerlendirerek, sonuçta işçinin temel haklarının işverenin ekonomik menfaatlerine üstün olduğuna kanaat getirmiş,<sup>549</sup> daha sonra verdiği diğer kararlarda da bu duruma vurgu yapmıştır. Buna göre, işveren, işçiye verdiği talimat ve görevlerde *dürüstlük kuralı* ve *hakkaniyet* çerçevesinde hareket etmeli, mahkemeler ise yargılama esnasında işveren ve işçinin karşılıklı temel hak ve menfaatlerini göz önünde tutmalıdır. Bu bakımdan işveren emir ve talimatlarında, işçinin din ve vicdan özgürlüğünü dikkate almakla yükümlüdür. İşçinin, bu özgürlükler ile bağdaşmayan işleri yerine getirmeyi reddetmesi, iş sözleşmesinin ihlali sayılmamalıdır.<sup>550</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Dunmore v Attorney General for Ontario*<sup>551</sup> (*Dunmore*) kararı da iş ilişkilerinde ifade özgürlüğünün durumuna ilişkin önemli bir karardır. Somut olay, işçilerin sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarına ilişkindir. Olayda, tarım işçilerinin sendika kurma ve toplu iş sözleşmesi yapmalarına ilişkin haklarını genişleten mevcut yasa yürürlükten kaldırılmıştır. Yasamanın bu işlemi nedeniyle işçilerin *örgütlenme özgürlüklerinin* ihlal edildiği iddia edilmiştir. Nitekim, bu yasa yerine geçecek 1995 tarihli *İş İlişkileri Yasası*, işçilerin bağlı oldukları bir sendikayı tanıma yetkisi bakımından işverenleri *tamamen özgür* bırakmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesi, hem işçilerin sendika seçme haklarını koruyan bu yasanın yürürlükten kaldırılmasını; hem de 1995 tarihli *İş İlişkileri Yasası*'nın söz konusu hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre, kurulacak sendikanın tanınmasına ilişkin yetki işverene bırakılmış olsa da, olayda "*devlet veya hükümet*"in sorumluluğu

---

<sup>549</sup> 47 BAGE 363, 375-379, (1984), Akt., QUINT, (1989), s. 274-275; GARBDAM, (2003), s. 444

<sup>550</sup> BELLING, İNCE, (2014), s. 26.

<sup>551</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, (2001) 2 SCR 1016.

olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu olayda devletin, *sorumluluğunu yerine getirmemek* adına hukuki yollara başvurduğu görülmektedir. Devletin bu şekilde mevcut yasayı yürürlükten kaldırması, ***hükümet eylemi niteliğindedir*** ve *anayasaya aykırıdır*. Yüksek Mahkeme, bu kararında *Dolphin Delivery* kararında işaret edilen *hükümet/devlet eylemi* kavramının olgunlaştırıldığını belirterek; bu kavramın “*Bildirge'nin değerleri*” ışığında yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir.<sup>552</sup>

Yukarıda sayılan durumlarda önemli olan; işverenin, işçinin temel haklarıyla bağlı olup olmadığı tartışmasıdır. Önceki bölümde ifade edildiği üzere, kişilerin doğrudan anayasal haklarla bağlı olmaları, ancak *temel hakların doğrudan yatay etkisinin* kabul edilmesi halinde mümkündür. Aksi halde, işverenin, işçinin ifade özgürlüğü ile doğrudan bağlı olması veya anayasal bir yükümlülüğünün varlığı söz konusu olamaz. Bununla birlikte işverenin iş sözleşmesini feshederken dayandığı yasaların işçinin temel haklarını koruyacak şekilde ve anayasayla uyumlu şekilde düzenlenmesi gerekir. Bir uyuşmazlık halinde de bu yasalar Anayasa ve temel haklarla uyumlu şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.

Temel hakların özel hukuk ilişkilerindeki etkisi, iş akdinin haksız şekilde feshedildiği durumlarda, bu işlem nedeniyle bir temel hakkın sınırlandırıldığı ve ihlal edildiği iddiasıyla yargı yoluna başvurma imkânı verir. İş akdinin feshinde, işveren çoğunlukla bir yasa veya sözleşme hükmüne dayanarak bu işlemi gerçekleştirmektedir. Aslında yasaların anayasaya uygunluğunun denetlendiği hukuk sistemlerinde, işverenin

---

<sup>552</sup> *Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016, pr. 22, 26; Akt., BARENDT, (2007), s. 423.

bu sözleşmeyi feshederken dayandığı yasa, *doğrudan ve tamamen anayasaya uygunluk denetimine tâbidir*. Bu bağlamda, işçinin düşünce ve söylemleri nedeniyle iş akdinin sonlandırılmasına izin veren bir yasa, doğal olarak anayasaya aykırı olduğundan, işverenin böyle bir hükme dayanarak iş akdini feshi de anayasaya aykırı olarak nitelendirilmelidir.<sup>553</sup> Bu yorum aynı zamanda, anayasaya uygunluk denetiminin kabul edildiği hukuk sistemlerinde, *dolaylı yatay etkinin* zımni olarak tanındığı anlamında da değerlendirilebilir.

## **C. TÜRK HUKUKUNDA YATAY ETKİ KAVRAMI VE İFADE**

### **ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YATAY ETKİSİ**

#### **1. TÜRK HUKUKUNDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YATAY ETKİSİ**

Türk hukukunda temel hakların özel hukuk düzenine etkisi ilk kez Alman hukukundaki gelişmelerin de etkisiyle 1961 Anayasası'nın hazırlık sürecinde gündeme gelmiştir.<sup>554</sup> Tasarı metninin 8. maddesinde; “*temel hakların, yasama, yürütme, yargı*

---

<sup>553</sup> GARBDAUM, (2003), s. 445.

<sup>554</sup> 1924 Anayasası'nın 103. maddesinde anayasanın bağlayıcılığı ve kanunların anayasaya uygunluğu ilkesi düzenlenmiştir. Ancak 1924 Anayasası döneminde hem Anayasa Mahkemesi'nin yokluğu hem de Anayasa'da anayasal normların ve temel hakların özel hukuk alanına etkisi konusunda bir düzenleme olmaması nedeniyle konu doktrin ve yargıda tartışılmamıştır. 1961 Anayasası ise oldukça özgürlükçü şekilde kaleme alınmış ve hazırlanmasında Alman hukukundaki gelişmelerden etkilenilmiştir. HIRSCH, Ernst E., “*Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri*”, **Birinci Türk Hukuk Kongresi**, TBB Yayınları, No. 2, (1972), s. 7 vd; BELLING, İNCE, (2014), s. 37.

organları, **gerçek kişiler** ve idare için bağlayıcı olduğu” ve “**doğrudan uygulanmak zorunda olduğu**” açıkça belirtilmiştir.<sup>555</sup> Ancak Anayasa’nın nihai halinde, temel hakların “doğrudan uygulanması”na dair bu kısım metinden çıkarılarak yalnızca hakların bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.<sup>556</sup>

1982 Anayasası’nda ise “*Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü*” başlıklı 11. madde; 1961 Anayasası’nın temel hakların bağlayıcılığını düzenleyen 8. maddesini karşılayacak şekilde kaleme alınmıştır. “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” şeklindeki bu hüküm, anayasa normlarının yalnızca devlet-birey ilişkisinde değil, özel hukuk ilişkilerinde de etkili olmasına imkân tanımaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; 11. madde temel hak ve özgürlüklerin özel hukuka olan etkisini açıkça

---

<sup>555</sup> Anayasanın gerekçesine göre; “*Eski anayasamızda da kanunların Anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmiş ve Anayasaya aykırı kanun mefhumu mevcut bulunmuş olduğu halde, bu kabil kanunların çıkarılmasını önleyecek müessir bir kontrol sağlanamamıştır. Tasarı ihdas ettiği Anayasa Mahkemesi ile bu kontrolü sağladığı gibi, 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında eski Anayasa’nın maksadını daha belirli hale getirmektedir. Bu suretle anayasa kaidelerinin sadece yasama organına hitap ettiği gibi yersiz iddialar önlenmekte, anayasa hükümlerinin kurallar hiyerarşisindeki mevkiine işaret edilmektedir.*” **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7)**, Karar No. 27, 9.3.1961; GÖREN, (2001), s. 22-23.

<sup>556</sup> ŞİRİN, (2013), s. 351; Hazırlık çalışmaları için, ÖZTÜRK, Kazım, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 1, Md.1-75, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, (1966), s. 1160. Ayrıca Hirsh’e göre bu hüküm, Türk anayasa hukukunu temel hakların yatay etkisi konusunda zamanının ötesine taşımıştır. HIRSCH, (1972), s. 6.

düzenlemektedir. Hatta bu etkinin kapsamı yalnızca temel haklar değil, diğer anayasa normları ve başlangıç kısmındaki ilke ve kurallar bakımından da geçerlidir.<sup>557</sup> Diğer görüşe göre ise, 1982 Anayasası'nın 11. maddesi, temel hakların hem *doğrudan* hem de *dolaylı yatay etkisinin* kabul edilmesine olanak tanımaktadır.<sup>558</sup>

Türk hukuk doktrinde temel hakların özel hukuk düzenine etkisine ilişkin görüşler, genel yaklaşıma uygun olarak temelde ikiye ayrılmaktadır: *doğrudan yatay etki* ve *dolaylı yatay etki*. Bu kısımda, 1982 Anayasası'nın düzenlemeleri ve Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumu bağlamında, temel hakların ve ifade özgürlüğünün yatay etkisi incelenerek, hangi modelin Türk hukuk sistemine uygun olduğu araştırılmıştır.

---

<sup>557</sup> HIRSCH, (1972), s. 12; GÖREN, (2001), s. 23; BELLING, İNCE, (2014), s. 42.

<sup>558</sup> ERGÜL, (2013), s. 482.

### a. Türk Hukukunda Doğrudan Yatay Etki Görüşü

1982 Anayasası'nın düzenlemeleri, doktrinde, Türk hukukunda temel hakların *doğrudan yatay etkisinin* kabul edildiği görüşünü ortaya çıkarmıştır. Buna göre, 1982 Anayasası'nın düzenlemeleri göz önüne alındığında, Alman hukukuna kıyasla doğrudan yatay etki modelinin kabulü daha kolaydır. Alman Temel Kanunu, temel hakların yatay etkisine açık bir referans vermemiştir. Yatay etki teorisi bu ülkede doktrin ve içtihat yoluyla geliştirilmiş ve doğrudan yatay etki modeli de Temel Kanun'un *insan onurunu* düzenleyen 1. maddesine dayandırılmıştır. 1982 Anayasası ise *doğrudan yatay etki modeline* dayanak kabul edilebilir birtakım düzenlemelere yer vermektedir.<sup>559</sup> Bu görüşe göre Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığına ilişkin 11. madde ve hakimlerin Anayasa'ya uygun şekilde karar vermesi gerektiğini düzenleyen 138. madde bir arada değerlendirildiğinde Anayasa'nın özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.<sup>560</sup>

Örneğin, Türk hukukunda grev hakkının tanınması süreci, hukukumuzda doğrudan yatay etki modelinin uygulanabilirliğine bir dayanak olarak gösterilmektedir. Bilindiği üzere grev, 1961 Anayasası dönemine kadar yasaktı ve hizmet akdinin feshi sonucunu doğurmaktaydı. 1961 Anayasası'yla birlikte ise grev anayasal bir hak haline getirilmiş,<sup>561</sup> ancak grev hakkı ile ilgili yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Buna rağmen

---

<sup>559</sup> GÖREN, (2001), s. 23; ERGÜL, (2013), s. 442; BELLING, İNCE, (2014), s. 39-40.

<sup>560</sup> HIRSCH, (2017), s. 4 vd; GÖREN, (2001), s. 23; ÖDEN, (2003), s. 155; BELLING, İNCE, (2014), s. 41.

<sup>561</sup> 1961 Anayasası, m. 47; "*İşçiler, işverenlerle olan münasebetlerinde, iktisadî ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla toplu sözleşme ve grev haklarına*

bu hakkın anayasal güvenceye bağlanması nedeniyle, grev sonucunda işverenin sözleşmeyi fesih hakkının ortadan kalktığı yorumu yapılmıştır. Daha sonra ise bu durum 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile açıkça düzenlenmiştir.<sup>562</sup> Bir görüşe göre bu süreç, anayasal bir hakkın, bir özel hukuk ilişkisi olan hizmet akdi üzerindeki doğrudan etkisini göstermektedir.<sup>563</sup>

Anayasanın üstün ve bağlayıcı olması, tüm yasal düzenlemelerin ve hukuki işlemlerin bu normlara uygun olmasını gerekli kılar. Bu nedenle Anayasa'ya uygun olmayan her türlü hukuki işlem batıldır. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin<sup>564</sup> kanunun emredici hükümlerine aykırı olan hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olacağına ilişkin düzenlemesi de bu görüşü desteklemektedir. Yasa koyucu, üstün ve bağlayıcı nitelikleri nedeniyle anayasa ve temel haklara uygun şekilde düzenleme yapmak zorundadır. Dolayısıyla bir yasanın Anayasa'ya aykırı olması mümkün değildir; aksi halde ilgili normun iptali gerekir. Kanunların anayasaya uygun olma zorunluluğunun bir sonucu olarak, özel hukuk kişilerinin bu hukuki düzenlemelere dayanan ve tüm hukuki işlem ve eylemlerinin de anayasaya uygun olması gerekir.<sup>565</sup> Bu bağlamda, kanunun emredici hükümlerine aykırı bir hukuki işlemin aynı zamanda anayasaya da aykırı olması

---

*sahiptirler. Grev hakkının kullanılması ve istisnaları ve işverenlerin hakları kanunla düzenlenir.”*

<sup>562</sup> 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, m. 27; “Kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, böyle bir kararın alınmasına teşvik etme, böyle bir greve katılma ve böyle bir greve katılmaya teşvik etme fiilleri ve kanuni bir lokavta uğramış olma hali, hizmet akdini ortadan kaldırmaz.” 11462 sayılı ve 24 Temmuz 1963 tarihli Resmi Gazete.

<sup>563</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 125.

<sup>564</sup> Türk Borçlar Kanunu, m. 27/1; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

<sup>565</sup> BELLING, İNCE, (2014), s. 40, 41.

nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğu söylenebilir.

Doğrudan yatay etki modeline göre, üstün ve emredici nitelikteki anayasal normlar ve temel haklar, herkesi bağlar ve böylece kişilerin eylemlerini etkiler. Bu modelde kişiler özel hukuk ilişkilerinde anayasa ve temel haklarla *doğrudan* bağlıdır, dolayısıyla anayasa kişiler üzerinde başka yasal düzenlemelere gerek kalmaksızın etki doğurur. Doğrudan yatay etki modelinin bu niteliği dikkate alındığında, 1982 Anayasası'nın temel hakların niteliğini düzenleyen 12. maddesinin de doğrudan yatay etki uygulamasına temel oluşturduğu söylenebilir. Nitekim, bu hükme göre temel haklar, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını içermektedir. Dolayısıyla Anayasa, temel hakların hem öznesi hem de muhatabı olarak, kişileri işaret etmektedir.

Türk hukukunda doğrudan yatay etkinin geçerli olduğuna dayanak olarak gösterilen bir diğer düzenleme de 1982 Anayasası'nın 177/e hükmüdür. Buna göre; *“Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanı ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.”* Bu hüküm, doğrudan yatay etkiyi savunan yazarlar tarafından, anayasanın yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan yasaların anayasaya aykırı olmaları halinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararına gerek olmaksızın *zımnen ilga* edileceği yönünde yorumlanmıştır. Hatta, zımnen

ilga yetkisi yalnızca Anayasa Mahkemesi'ne değil, diğer tüm mahkemelere verilmiştir.<sup>566</sup> Bu yoruma karşılık olarak diğer görüş ise mahkemelerin zımnen ilga yetkisinin kabul edilmesi halinde, anayasaya aykırı olduğuna karar verilen bir yasa normu yerine, genel mahkemeler tarafından “doğrudan” Anayasa'nın uygulanmasının sakıncalı olduğunu savunmuştur.<sup>567</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 177/e hükmünün bu niteliğine vurgu yaptığı bir kararında<sup>568</sup>; “1982 Anayasası yürürlük açısından önceki 1924 ve 1961 Anayasalarına ve bunların tadillerine göre çok daha ayrıntılı ve kesin hükümler içermektedir. Anayasanın yürürlüğe girmesi kenar başlıklı 177. maddenin (e) bendinde 11. maddeye de atıfta bulunmak suretiyle kanunların anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan anayasa hükümlerinin uygulanacağı çok açık bir biçimde belirtilmiştir. Bu

---

<sup>566</sup> ÖZBUDUN, (2017), s. 426 vd. Nitekim Danıştay içtihadı birleştirme kararında, “anayasanın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu düzenleyen hükümlere aykırı olması halinde, konuyu yeniden düzenleyen anayasa hükmünün uygulanması(nın) tabî” olduğuna karar vermiştir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1969/2, K. 1970/1, k.t. 12/2/1970.

<sup>567</sup> TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, (2013), s. 68-69; Aynı yönde, GÖREN, (2001), s. 28-29; ŞİRİN, (2013), s. 357; BELLING, İNCE, (2014), s. 42.

<sup>568</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1980/4-1714, K. 1983/803, 14.9.1983 tarihli kararı, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 9, S. 11, Kasım (1983), s. 1589, TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 127-128.

*hükümün muhalif mefhumundan kanunların anayasaya aykırı hükümlerinin anayasaya rağmen uygulanmasının söz konusu olamayacağı sonucu çıkarmak, gerçekçi ve aynı zamanda anayasanın özüne ve sözüne uygun bir yorum biçimi olarak kabul edilmelidir. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasası'ndan ayrılmış, kanunlardaki anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmuş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir.”*

Anayasa Mahkemesi de bir kararında Anayasa'nın 11. maddesi gereği, yargı organlarının gerektiğinde anayasayı yasalar gibi uygulayabileceğine karar vermiştir.<sup>569</sup> Buna karşılık, doktrinde bir kısım yazar 177/e hükmü gereğince, anayasaya aykırı yasalar zımnen ilga edilerek, anayasanın doğrudan uygulanacağı görüşüne karşı çıkmaktadır. Bu görüşe göre anayasaya aykırı hükümlerin iptali yetkisi, norm denetimi yoluyla yalnızca Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Aksi bir kabul halinde, anayasaya aykırılığı saptama yetkisinin diğer mahkemelere de tanınması gerekir. Böyle bir uygulamanın ise anayasaya aykırılık teşkil eden hükümlerin zımnen ilga ve ihmal edilmesine neden olacağı için, pozitif hukuk açısından sakıncalı olduğu savunulmaktadır.<sup>570</sup>

Yukarıda sayılan nedenlerle hukuk sistemimizde temel hak ve özgürlüklerin *doğrudan yatay etkisi* olduğu savunulmaktadır. Bu bağlamda, özel hukuk ilişkilerinde

---

<sup>569</sup> Anayasa Mahkemesi'nin E. 1991/25, K.1991/18 sayılı k.t. 21.6.1991 kararı. Ayrıca Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında, Anayasa'nın, ihmal yoluyla anayasanın uygulanmasına imkân tanıdığını kabul etmiştir. Örneğin, 1960'lı yıllarda verdiği kararlarında<sup>569</sup> anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi gereğince, anayasaya aykırı yasa hükümlerinin ihmal edilmesi ve anayasanın doğrudan uygulaması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. E. 1964/22, K. 1964/54, k.t. 3/7/1964, AMKD, S. 2, s. 204; E. 1969/24, K. 1969/50, k.t. 30/9/1969 AMKD, S. 7, s. 296.

<sup>570</sup> TANÖR /YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 128; ÖZBUDUN, (2017), s. 426; ŞİRİN, s.357.

herkes karşılıklı olarak temel hak ve özgürlüklerle *bağlıdır* ve bu *haklara saygı göstermekle yükümlüdür*. Ayrıca bu hükümlere ek olarak 1982 Anayasası'nda bazı temel hakların doğrudan uygulanmaya elverişli şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Örneğin, sendika kurma hakkını düzenleyen 51, çalışma şartlarını düzenleyen 50 ve toplu iş sözleşmelerine ilişkin 53. maddelerin doğrudan uygulanabilir hükümler olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, bir kısım yazar tarafından anayasanın *dolaylı yatay etki modeline* elverişli olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre Anayasa'nın 11. maddesi ve bahsi geçen diğer hükümleri; temel hakların özel hukuk kişilerine yöneltilebilmesi için bir temel teşkil etmektedir. Ancak, söz konusu hükümler, temel hak ve özgürlüklerin kişiler üzerinde doğrudan etkili olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır.<sup>571</sup> Aksi halde, bu hakların devleti bağladığı derecede kişileri de bağlayarak anayasal yükümlülük getirdiği ve kişilerin eylemlerinin anayasa kuralları ile yönetildiğinin kabul edilmesi gerekir.

### **b. Türk Hukukunda Dolaylı Yatay Etki Görüşü**

Doktrinde bu görüşü savunan yazarlara göre, Türk hukukunda temel haklar özel hukuk alanında doğrudan uygulanmaya gerek olmaksızın, yasalar yoluyla *dolaylı şekilde* etkili olmaktadır. Hukuk sisteminin işleyişi ile Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini değerlendiren bu görüş, *dolaylı yatay etki modelinin* unsurlarının Türk hukuk sistemine uygun olduğunu savunmaktadır.<sup>572</sup>

Çalışmanın önceki bölümünde incelendiği üzere, temel hakların (güçlü) dolaylı yatay etkisi belli şekillerde gerçekleşmektedir: *Öncelikle* yasa koyucu, anayasaya uygun şekilde yasal düzenlemeler yapmalı ve anayasal normlar yasalarla somutlaştırılmalıdır.

---

<sup>571</sup> ÖKTEM SONGU, s. 623-624.

<sup>572</sup> BELLING, İNCE, (2014), s. 44; ÖKTEM SONGU, s. 624-625.

Mahkemeler ise özellikle soyut ve belirsiz şekilde düzenlenmiş özel hukuk normlarını ve genel ilkeleri yorumlarken anayasal ilkeleri ve temel hakları göz önüne almalıdır. Mahkemelerin bu ödevi hem hukuk boşlukları doldurulurken anayasal normların dikkate alınmasını hem de yasaların anayasaya uygun şekilde yorumlanmasını gerektirir. Bir kuralın anayasaya uygun şekilde yorumlanarak uygulanması mümkün değilse, iptali veya geçersizliğine karar verilmelidir.

Bilindiği gibi, yasama organı anayasaya aykırı düzenlemeler yapamaz; aksi halde ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal yaptırımına tâbi tutulmaktadır. Yargı organları ise anayasaya uygun şekilde karar vermek ve temel hakları ihlal etmemekle yükümlüdür. Ayrıca bireysel başvuru kurumunun kabul edilmesiyle, Anayasa Mahkemesi'nin hak koruyucu işlevinin değeri artmıştır. Böylelikle Anayasa Mahkemesi yalnızca yasaların değil, bunun yanında kamu otoritelerinin eylem ve işlemleri ile mahkemeler tarafından verilen kararların da anayasaya ve temel haklara uygunluğu denetleyebilmektedir.

Yasaların anayasaya uygun şekilde düzenlenmiş olması, kişilerin temel haklara doğrudan dayanmasına gerek kalmaksızın da haklarının göz önünde tutulmasını sağlamaktadır. Nitekim böylelikle temel hakların dolaylı etkisinin zımnen kabul edilmiş olduğu görülmektedir.<sup>573</sup>

Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk düzenini dolaylı olarak etkileme biçimleri, anayasaya uygun düzenlenmiş *yasaların uygulanması*, hukuk kurallarının *anayasaya uygun yorumu*, *yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi* ve

---

<sup>573</sup> GÖREN, (2001), s. 24.

*yasal boşlukların* yargıç tarafından anayasaya uygun şekilde doldurulması olarak sınıflandırılabilir.<sup>574</sup> Anayasa Mahkemesi de farklı dönemlerde anayasanın üstünlüğü ilkesi kapsamında *anayasaya uygun yorum ilkesini* tartışmıştır.<sup>575</sup> Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında, yasaları uygularken anayasal ilke ve kurallara dayandığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra manevi tazminat davası açılmayacağı yönündeki yorumun, Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleriyle bağdaşmadığı ve dava hakkını kısıtladığına karar vermiştir. Yargıtay ayrıca işçi-işveren

---

<sup>574</sup> GÖREN, (2001), s. 23-26. Nitekim Türk hukuku açısından erken tarihli bir çalışmada da Kaneti tarafından anayasanın özel hukuk alanını etkileme biçimleri, yasaların anayasaya uygun yorumu, anayasaya aykırı yasaların iptali, hukuk boşluklarının anayasaya uygun şekilde doldurulması ve anayasal normların özel hukuk alanında doğrudan uygulanması olarak belirtilmiştir. Ancak yazar, bu etkileme biçimlerini belirlerken, karşılaştırmalı doktrinde tercih edilen yöntemi izlememiştir. Çalışmada, yatay etki teorisinin uygulama biçimlerini oluşturan doğrudan ve dolaylı yatay etki modellerine ilişkin bir ayırım yapılmaksızın, yalnızca genel olarak anayasal normların özel hukuk alanındaki etkisine değinilmiştir. KANETİ, (1989), s. 20.

<sup>575</sup> Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki bir kararında, anayasaya uygun yorum ilkesini, anayasanın üstünlüğü kavramı kapsamında değerlendirmiştir. E. 1968/38, K. 1969/34, k.t. 12/6/1969, AMKD, S. 7, s. 331; E. 1981/8, K. 1982/3 k.t. 6/5/1982, AMKD, S. 20, s. 1. Mahkeme'nin 1982 Anayasası dönemindeki bazı kararları için Bkz. ODER, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, (2010), s.121 vd.

uyuşmazlıklarında *işçi lehine yorum ilkesini* uyguladığı kararında, Anayasa'nın sosyal haklara ilişkin düzenlemelerine dayanmıştır.<sup>576</sup>

Dolaylı yatay etkinin bir diğer şekli olan *anayasaya uygunluğun yargısal denetimi* ise 1961 Anayasası'ndan itibaren Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda, örneğin, kadının iş ve sanatla uğraşmasını kocanın iznine bağlayan Medeni Kanun'un 159. maddesi, Anayasa'da düzenlenen *çalışma özgürlüğü ve eşitlik ilkesini* ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.<sup>577</sup> Yine Medeni Kanun'un miras paylaşımında çocukları nesebini sahih ve sahih olmayan şekilde ayrıma tâbi tutan 443/2 hükmünün iptali de, söz konusu düzenlemenin *eşitlik ilkesi* ile *ailenin ve çocuğun korunması ilkelerine* aykırı olmasına dayanmaktadır.<sup>578</sup>

Temel hakların özel hukuka dolaylı etkisinin gerçekleşme yollarından bir diğeri olan, *hukuk boşluklarının anayasaya uygun şekilde doldurulmasına* ilişkin içtihadı birleştirme kararında, Yargıtay, yasa boşluklarının doldurulması ve hakların

---

<sup>576</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.4.1968, E. 157, K. 4628; "... tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerindedir, toplu iş sözleşmelerinin T.C. Anayasasında düzenlenme biçimleri de hukukumuz açısından bu yoldaki bir yorum gereğini yeterince açıklar." SAĞLAM, Fazıl, "Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 29, Sayı: 1, (1974), s. 206. İşçi lehine yorum ilkesi için Bkz. ERDOĞAN, Gülnur, (2017), s. 206-207.

<sup>577</sup> E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29/11/1990, AMKD: S. 27, s. 48.

<sup>578</sup> 11.9.1987 tarihli 1/8 sayılı K., R.G: 29.3.1988.

sınırlandırılmasında yargıçların anayasayla çizilen sınırların dışına çıkmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>579</sup>

1982 Anayasası'nın bazı düzenlemeleri, temel hakların özel hukuk ilişkilerine *doğrudan* uygulanmaya elverişli olduğu yönünde yorumlanmasına rağmen, anayasadaki temel hak ve ilkeler, Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere diğer yasalarda çoğunlukla somutlaştırılmıştır. Örneğin, yaşam hakkı, kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, özel hayatın gizliliği ve korunması, düşünce ve ifade özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, miras hakkı gibi konular Türk Medeni Kanunu'nun kişilik haklarına ilişkin düzenlemeleri aracılığıyla korunmaktadır. Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu kapsamında dernek kurma özgürlüğü düzenlenmektedir. Çalışma özgürlüğüne ilişkin meseleler Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu ve Ticaret Kanunu'nda; adil yargılanma hakkı ve bu hakka dayalı ilkeler usul kanunlarında somutlaştırılmıştır. Bu bakımdan hukuki uyumsuzluklarda anayasa ve temel hakların doğrudan uygulanmasına gerek kalmaksızın, yasalar yoluyla *dolaylı şekilde* etkili olduğunu savunmak mümkündür.<sup>580</sup>

Dolaylı yatay etki teorisine göre, hukukun genel ilke ve kurallarının temel haklar ışığında yorumlanmasını gerekir. Bu bağlamda Medeni Kanun'un *başlangıç hükümleri* uygulanırken; *dürüstlük kuralı*, *hakkın kötüye kullanılması yasağı*, *iyi niyet* gibi genel ilkeler somutlaştırılırken ve *hukuk boşlukları* doldurulurken temel haklara uygun şekilde *yorum* yapılmalıdır.<sup>581</sup> Bu yorum faaliyeti, anayasanın ve temel hakların özel hukukta *dolaylı* şekilde etkili olmasını sağlamaktadır.

---

<sup>579</sup> 18.11.1964, 2/4 sayılı İBK, R.G: 31.5.1963.

<sup>580</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2015), s. 125; GÖREN, (2001), s. 30.

<sup>581</sup> ERGÜL, (2013), s. 454.

Son olarak, Türk hukukunda devletin koruma yükümlülüğü doktrininin mevcut olup olmadığı tartışmalı olan bir diğer konudur. 1982 Anayasası'nın 17. maddesine göre, “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip” olup, 5. maddeye göre, “devlet, temel hakları sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla” yükümlüdür. Devlete temel hakların başkalarına karşı korunması bakımından sorumluluk yükleyen bu düzenlemelerin yanında, 1982 Anayasası'nın 12. maddesi, kişileri, başkalarının temel hak ve özgürlüklerine saygılı olmakla ve bu hakları ihlal etmemekle yükümlü kılmaktadır. Bu düzenlemeler Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, 1982 Anayasası'na göre devletin, kişilerin temel haklarını üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>582</sup>

Sonuç olarak; 1982 Anayasası, temel hakların özel hukukta doğrudan uygulanmasına olanak vermekle birlikte, hukuk sistemimizde *hem doğrudan hem de dolaylı yatay etki anlayışlarının* kabulü mümkündür. Bununla birlikte, hem temel hak ve özgürlüklerin yasalarda somutlaştırılmış olması, hem de anayasa yargısının varlığı gibi sebeplerle hukuki ilişkilerde anayasa ve temel hakların doğrudan uygulanmasına çoğunlukla ihtiyaç duyulmamaktadır. Ayrıca hukukumuzda geçerli olan, yasaların anayasaya uygun olması gereği; anayasaya uygunluk denetimi; yargının anayasa ve temel haklara uygun karar verme yükümlülüğü gibi özellikler dikkate alındığında, bu nitelikleri bağlamında Türk hukuk sisteminin *güçlü dolaylı yatay etki* anlayışının özelliklerini yansıttığı savunulabilir. Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesi dikkate alındığında, sistemin devlete temel hakların korunması amacıyla birtakım pozitif yükümlülükler getirdiği ve

---

<sup>582</sup> ERGÜL, (2013), s. 457; Aynı görüşte, KARAN, (2018), s. 96.

söz konusu yükümlülüklerin devletin koruma yükümlülüğü doktrini bağlamında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir.

## **2. ÖZEL HUKUK ALANINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

Çalışmanın önceki kısımlarında, yatay etki modelleri ve bu bağlamda ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisi farklı hukuk sistemleri ve yargı kararları kapsamında incelenmişti. Bu incelemeye bağlı kalınarak, yatay etki bağlamında Türk hukukunda ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırları belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Bu kısımda, ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları incelenirken özel hukuk alanına ilişkin çerçevede kalmaya özen gösterilmiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması nedenlerinden olan “*devlet ve kamu menfaatlerinin korunması*” inceleme alanının dışında bırakılarak, esas itibarıyla “*başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması*” amacıyla bu özgürlüğün sınırlandırılması üzerinde durulmuştur. Bu sınırlama sebebi çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında, özel hukuk alanında ifade özgürlüğünün kapsamı ve bu özgürlüğün diğer temel haklarla ilişkisi incelenmiştir.

### **a. Türk Anayasa Hukukunda İfade Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları**

Düşünce ve ifade özgürlüğü, 1961 Anayasası'nın 20. maddesinde; “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.*” olarak düzenlenmiştir. Ancak bu maddede herhangi bir sınırlama hükmüne yer verilmemiş olması, doktrinde ifade özgürlüğünün mutlak olarak tanındığına ilişkin tartışmalara neden olmuştur. Ayrıca 1961 Anayasası'nın “*Temel Hakların Özünü*” başlıklı 11. maddesi de bu tartışmayı genişletmiştir. “*... Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özünü dokunamaz. ....*” şeklindeki bu düzenlemeye göre, temel

hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında *hakkın özünü* son nokta olarak kabul edilmektedir.

Ancak bu düzenlemeler, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda doktrinde iki ayrı görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir görüş bu hükmün genel bir sınırlama maddesi olmadığını ve hakkın özüne dokunma yasağı getirdiğini savunmaktadır. Buna göre temel haklar, yalnızca düzenlendiği maddedeki özel sınırlama nedenleriyle sınırlandırılabilir. Ancak ifade özgürlüğünü düzenleyen 20. maddede böyle bir sınırlama hükmü bulunmamaktadır; dolayısıyla, bu özgürlüğün sınırlandırılması mümkün değildir.<sup>583</sup> Buna karşılık diğer görüşe göre, 11. madde *genel bir sınırlama hükmüdür* ve temel hakların hangi nedenlerle sınırlandırılabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla her ne kadar Anayasa'nın 20. maddesi ifade özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama nedeni ihtiva etmiyor olsa da, genel bir sınırlama hükmü olan 11. madde kapsamında bu özgürlük de sınırlandırılabilir.<sup>584</sup> 1971 Anayasa değişikliği ile 11. maddenin genel bir sınırlama hükmü olduğu görüşü ağırlık kazanmış ancak doktrindeki tartışmalar, 1961 Anayasası'nın yürürlükte kaldığı süre boyunca devam etmiştir.<sup>585</sup>

1982 Anayasası'nda ise ifade özgürlüğü; düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünce açıklama ve yayma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi farklı görünüm biçimlerine göre düzenlenmektedir. Bununla birlikte, düşünce ve ifade

---

<sup>583</sup> TANÖR, (1969), s. 128.

<sup>584</sup> DÖNMEZER, Sulhi, “*Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar*”, **İÜHFD**, C. XXIX, (1963), s. 777-778.

<sup>585</sup> KORKMAZ, (2014), s. 318-321.

özgürlüklerinin, iki ayrı hükümde düzenlenmesi doktrinde eleştiriyile karşılanmıştır. Anayasa'nın gerekçesine göre, bu özgürlükler bağlantılı olmakla birlikte, nitelik ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.<sup>586</sup> Ayrıca bu düzenleme tercihinde, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği kararların da etkisi olmuştur.

Nitekim 1961 Anayasası'nda düşünce ve ifade özgürlükleri tek maddede düzenlenmiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi bu iki özgürlüğü ayrı ayrı ele alarak incelemiştir. Mahkeme'nin bu dönemdeki kararlarına göre düşünceyi açıklama özgürlüğü iki aşamalı bir özgürlüktür. Düşünce ve kanaat özgürlüğü iç özgürlük olarak kaldığı sürece kişinin iç dünyasını ilgilendirdiği için mutlak ve sınırsızdır; bu alana herhangi bir müdahalede bulunulması mümkün değildir. Ancak düşünce özgürlüğü topluma sunulduğu yani ifade özgürlüğüne dönüştüğü andan itibaren hukukun konusu haline gelerek sınırlandırmalara tâbi tutulabilir.<sup>587</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu ciddi eleştirilerle karşılanmıştır. Söz konusu düzenlemeyi destekleyen görüşe göre, bu düzenleme tercihi, biçimsel açıdan çağdaş bir

---

<sup>586</sup> “Bu maddedeki şekliyle düşünce ve kanaat hürriyeti kişinin düşünce ve kanaatlerinde tamamen hür olduğu; bunları açıklamaya zorlanamayacağı; düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanıp kınanamayacağıdır. Madde ile bu hürriyet, “Düşünceyi açıklama” hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbiriyle bağlantılı ise de nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.” **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekeçli**, TBMM, Ankara, 2008.

<sup>587</sup> Nitekim 1982 Anayasası'nın 25/2. maddesi de Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarını destekleyici şekilde düzenlenmiştir. TURHAN, (1998), s. 98; SUNAY, (2002), s. 31; KORKMAZ, (2014), s. 321-323.

çizgi izlenmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>588</sup> Buna karşılık bu düzenlemeyi *antidemokratik* ve *yapay* olarak nitelendiren görüş ise, düşüncüyü açıklama yollarının sınırlandırılmasında otoriteye daha geniş bir hareket alanı yaratılmasının amaçlandığını ifade etmektedir.<sup>589</sup> İfade özgürlüğünün tek başına bir hak olarak değerlendirilmemesi, aksine düşüncenin serbestçe edinilmesinden kanaat oluşumuna ve bu kanaat ve düşünceleri açıklama özgürlüğüne kadar uzanan bir süreç olarak nitelendirilmesi gerekir. 1982 Anayasası'nda ise, düşünce özgürlüğü, kişinin zihninde kaldığı sürece mutlak şekilde korunacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak dışa vurulmayan, soyut düzeyde kalmış düşünce ve fikirler, düşünce özgürlüğünün varlığını kanıtlamaz. Düşüncenin anlam taşıması ve bir işlevinin olabilmesi için başkalarına iletilebilmesi gerekir. Bu özgürlüğe verilen değer, kişinin kanaatlerini açıklayabilme düzeyiyle ölçülebilir. İfade özgürlüğü bu şekilde parçalarına ayrıldığında, kolaylıkla ayrıntılı düzenleme ve sınırlamalara konu olabilmektedir.<sup>590</sup>

1982 Anayasası'nın 26. maddesinde, herkesin düşüncüyü açıklama özgürlüğüne sahip olduğu belirtilerek, düşüncüyü açıklama biçimleri ve araçlarına yer verilmektedir. Hükümde, ifade araçları belirtilirken sınırlayıcı bir dil tercih edilmeyerek, “*başka yollarla*” ifadesiyle düşüncüyü açıklama araçlarına geniş bir alan sağlanmaktadır. Ayrıca ifade özgürlüğünün tek başına veya toplu olarak kullanılabilmesi belirtilerek, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerini de kapsayan bir düzenleme yapılmıştır. İfade özgürlüğünün

---

<sup>588</sup> BATUM, Süheyl, “*Düşünce ve Bilim Özgürlüğü*”, **Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu**, İÜHF Sempozyumu II, (1996), s. 38-39; KORKMAZ, (2014), s. 321.

<sup>589</sup> HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınları, Ankara, (2000), s. 170.

<sup>590</sup> BATUM, (1996), s. 39; SUNAY, (2002), s. 31; KORKMAZ, (2014), s. 322.

bilgi edinme, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüklerini de içine aldığı belirtilerek, bu özgürlüğün unsurlarına yer verilmiştir.<sup>591</sup>

İfade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen Anayasa'nın 26/2 hükmüne göre, devletin ve kamu menfaatlerinin korunması kapsamında; “*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin korunması*” nedenleriyle sınırlandırılabilir. (md. 26/2) Dolayısıyla bu özgürlük iki amaçla sınırlandırılabilir; 1. *devletin ve kamusal menfaatlerin korunması*, 2. *başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması*.<sup>592</sup> Ancak çalışmanın bu kısmı, ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkilerini incelemeyi amaçladığından, bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin olarak, devlet ve kamu menfaatlerinin korunması amacı üzerinde durulmayarak, yalnızca ikinci kategori olan *başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması amacı* incelenmiştir.

İfade özgürlüğü, 26/2 hükmü bağlamında “*başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması*” amacıyla sınırlandırılabilir. (md. 26/2) İfade özgürlüğünün bu nedenle sınırlandırılmasında, özellikle diğer kişinin tanınırlığı ve resmi bir sıfatının olup olmadığı önemlidir. Nitekim hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında, bir kişinin

---

<sup>591</sup> 26/1'e göre ifade özgürlüğü; düşüncüyü açıklama özgürlüğü, enformasyon (bilgilendirilme) özgürlüğü, basın, radyo, televizyon ve film yoluyla haber verme özgürlüğünü içermektedir.

KORKMAZ, (2014), s. 323-324; ÖKTEM SONGU, s. 610-611.

<sup>592</sup> SUNAY, (2002), s. 80.

itibarı veya özel hayatının korunması amacıyla uygulanacak kurallar belirlenirken, öncelikle bu kişinin toplumdaki tanınırlığı incelenmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, bir haber yazısının kamu yararına sağladığı katkının ölçülmesi için, ilgili kişinin kamuoyundaki tanınırlık derecesinin önemli olduğunu belirterek; sıradan bireyler ile kamusal ve siyasi kişiler arasında ayırım yapmıştır. Mahkeme'ye göre toplumda tanınırlığı olmayan kişilerin itibarına ve özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının derecesi, kamu tarafından tanınan kişilere göre daha yüksektir.<sup>593</sup> Mahkeme'nin bu hususta, somut olayın niteliklerini, örneğin haber yazısının içeriğini dikkate aldığı görülmektedir.

1982 Anayasası'nda, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen bilim ve sanat özgürlüğü ile dernek, toplantı ve sendika özgürlüklerini de düzenlenmiştir. Ancak, Anayasa'nın 27. maddesinde, bilim ve sanat özgürlüğü hakkında hiçbir sınırlama nedeni düzenlenmemiştir. Ayrıca dernek, toplantı ve sendika özgürlükleri açısından m. 26/2 madde kapsamında öngörülen *kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin bölünmez bütünlüğü* gibi sınırlama nedenlerine de yer vermemiştir. Bu nedenle, ifade özgürlüğü hakkında oldukça ayrıntılı ve geniş sınırlama nedenleri içeren m. 26/2, *genel bir sınırlama maddesi* olarak da nitelendirilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması*” başlıklı 13, “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması*” başlıklı 14. maddeleri de temel hak ve özgürlüklerin

---

<sup>593</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §69;

Minelli / İsviçre (k.k), B. No: 14991/02, 14/6/2005.

sınırlandırılmasına hizmet etmektedir.<sup>594</sup> Anayasa'nın 12. maddesinin, “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” hükmü bağlamında da kişiler, başkalarının anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri karşısında saygılı olma ve bu özgürlükleri ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır. Söz konusu düzenlemeler ifade özgürlüğü ve ilgili diğer özgürlüklerin, başkalarının temel hakları karşısındaki sınırlarının belirlenmesinde başvurulan kurallar niteliğindedir.<sup>595</sup>

Temel haklara ilişkin olarak öngörülen sınırlama nedenlerinin meşru kabul edilebilmesi için, bu haklara getirilen sınırlamaların 13. maddede öngörülen sınırlara uygun olması gerekir. Bu hüküm kapsamında değerlendirildiğinde ifade özgürlüğü, Anayasa'da öngörülen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. Sınırlama için başvurulan tedbir demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalı ve ayrıca bu özgürlüğün sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amaç ve sınırlama aracı arasında uygun bir denge bulunmalıdır; yani sınırlama, *ölçülülük ilkesine* uygun olmalıdır.<sup>596</sup> Ölçülülük ilkesi; aslında “*demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma*”nın bir alt kavramı olarak nitelendirilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de sınırlamaların ölçülü olup olmadığını “*demokratik toplum düzeni*” kavramına giren unsurlar bakımından değerlendirmektedir. Ayrıca Mahkeme, ölçülülük denetimini yaparken, *elverişlilik, gereklik, oranlılık, amaç ve araç arasında uygun bir denge olması* gibi unsurları da göz önüne almaktadır.<sup>597</sup> Bu kapsamda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik

---

<sup>594</sup> YILDIZ, (2013), s. 102-103. İfade özgürlüğü kapsamında Anayasa'nın 14. maddesinin değerlendirmesi için, Bkz. KARAN, (2018), s. 161-164.

<sup>595</sup> KORKMAZ, (2014), s. 329-331.

<sup>596</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26/11/1986, AMKD, S. 22, s. 364.

<sup>597</sup> E. 1986/17, K. 1987/11, k.t. 22/5/1987, AMKD, S. 23, s. 208; SUNAY, (2002), s. 99-101.

tedbirlerin ölçülü olup olmadığı denetlenirken, öncelikle bu tedbirin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı incelenmektedir. Ayrıca başvuru tedbir, bu amacı gerçekleştirmek için gerekli ve amaçla orantılı olmalıdır. Ölçülülük ilkesinin, ifade özgürlüğü ve diğer temel özgürlüklerin özel hukuk alanındaki etkisi bakımından da göz önünde tutulması gerekir. Örneğin bir haber nedeniyle, başka bir kişinin itibarı zedeleniyor veya özel hayatının gizliliği ihlal ediliyorsa, ifade özgürlüğünün bu haklar karşısındaki konumu değerlendirilmelidir. Bu bağlamda bir özel hukuk uyuşmazlığında, bir diğer menfaat ile ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda hangi hakka öncelik verileceği belirlenirken, ölçülülük ilkesine başvurulmalıdır.

### **b. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğünün Yatay Etkisi**

Demokratik ve çoğulcu toplumun bir gereği olan ifade özgürlüğü, insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına dayanmaktadır. Devlet, pozitif yükümlülükleri bağlamında bu hakkın korunması ve etkili kullanımının sağlanmasından sorumludur. Bu özgürlük, kamu hukukuna özgü sınırlama nedenlerinin yanında, özel hukuk kişilerinin hak ve menfaatlerinin çatışması durumunda da sınırlandırılabilir. Yatay etki teorisine göre kişiler temel haklarının veya bu haklardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edildiğini ileri sürebilirler. Böyle bir uyuşmazlık durumunda mahkemeler, tarafların temel haklarını göz önüne alarak, hakları uyumlu hale getirmelidir. Anayasal güvence sistemi ve haklar arasındaki hiyerarşi, temel hak ihlalinin belirlenmesi ve çatışan hakların dengelenmesinde ciddi öneme sahiptir.

İfade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisi kabul edildiğinde, bu özgürlüğün özellikle bazı hak ve menfaatlerle karşı karşıya geldiği gözlemlenmektedir. Nitekim çalışmanın önceki kısmında söz konusu hak ve menfaatler, ayırım yapılarak incelenmiştir. Bu bağlamda, ifade özgürlüğünün yatay etkisi kabul edildiği takdirde bu özgürlüğün

özellikle kişilik hakları ve ekonomik menfaatler ile çatıştığı görülmektedir. Buna ek olarak iş hukuku alanında da ifade özgürlüğünden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Çalışmanın bu kısmında Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ve bu özgürlüğün özel hukuk ilişkilerindeki konumuna ilişkin görüşleri tartışılmaktadır.

Nitekim yakın dönemde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bazı bireysel başvuru kararlarında, ifade özgürlüğünün özel hukuk ilişkilerindeki konumunun sorgulandığı görülmektedir. Söz konusu kararlarda Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü ile diğer hak ve menfaatler arasında bir denge kurulması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu bağlamda incelenen kararlardan **İlhan Cihaner Başvurusu**'nda, haber yazıları nedeniyle itibarın zedelendiği ve kişilik haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. **Özün Kanbay Başvurusu** ise, sosyal medyada dile getirilen yorumlar nedeniyle mahkeme tarafından karar verilen adli para cezasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır. Mahkeme, **İlter Nur Başvurusunda** ise işçinin ifade özgürlüğünü kullanması nedeniyle iş akdinin feshinin, işçinin ifade özgürlüğü ihlali olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin **Cihaner Kararı**,<sup>598</sup> Türk hukuku açısından ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin önemli kabul edilebilecek bir karardır. Başvuru, bir dönem cumhuriyet savcısı olarak görev yapan başvurucu hakkında bir gazetede yayımlanan haberlerin, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında korunan

---

<sup>598</sup> Anayasa Mahkemesi, **İlhan Cihaner Başvurusu**, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, **Bireysel Başvuruda Hukuk Davalarına İlişkin Kararlar**, hzr. Murat AZAKLI, Avrupa Konseyi, (2017), s. 507-531.

kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu iddiasına dayanmaktadır. Yerel mahkeme, söz konusu haberlerde basın özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığı gerekçesiyle, başvuruçunun tazminat talebinin reddine karar vermiştir.<sup>599</sup> Yargıtay tarafından da onanan bu karara karşı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur.

---

<sup>599</sup> Ankara 5. Asliye hukuk Mahkemesi, 30/6/2011 tarih, E. 2011/76, K. 2011/296 sayılı kararı; “*Basın özgürlüğünün Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasasının 1 ve 3. maddelerinde güvence altına alındığı, basına sağlanan güvencenin amacının toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmek olduğu, bu durumun da halkın dünyada ve içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklı olduğu, basının olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma yetkisi ve sorumluluğu bulunduğu,*” basın organlarının hak ve ödevlerini sıralamıştır. Yerel mahkeme, “*...basın özgürlüğünün sınırsız olmayıp, basın özgürlüğü ile Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile T.M.K.nun 24 ve 25. maddelerinde güvence altına alınan kişilik haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerekeceği, burada temel ölçütün kamu yararı olduğu, ... toplumsal ilginin varlığı, konunun güncelliği gözetilerek özle biçim arasındaki denge korunarak objektif sınırlar içinde kalınarak yayın yapılması gerektiği ... Dava konusu olan haberde basın özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığı, haber verilirken basının kamuoyu oluşturma ve toplumsal eleştiri hakkının kullanıldığı, özle biçim arasındaki dengenin bozulmadığı, haberin görünürdeki gerçekliğe uygun olduğu, hukuka uygunluk sınırları içerisinde kaldığı, başlıkta yer alan ifadelerin ve haberin içeriğinin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunmadığı ...”*

Başvurucu, mesleği nedeniyle hedef haline getirildiğini ve bu sebeple anayasayla korunan kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, ifade özgürlüğünün Anayasa'nın 26/2 maddesinin “*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi*” düzenlemesine dayanan başvurucu, *yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması ve yargı görevlisinin korunması* amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini iddia etmiştir.<sup>600</sup>

Davalı gazete ise, davacının özel hayatı ve itibarının korunması gibi kişilik hakları karşısında, basın ve ifade özgürlüğünün korunması gerektiğini savunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nda basın özgürlüğünün özel bir önem verilerek detaylı şekilde düzenlendiğini belirtmiştir.<sup>601</sup> “*basın özgürlüğü, düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanabilmesi, açıklanan düşünceye paydaş sağlanabilmesi, düşünceyi gerçekleştirme konusunda ilgililerin ikna edilebilmesi, çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin isleyişi için yaşamsal önemdedir.*”<sup>602</sup> Bununla birlikte ifade ve basın özgürlükleri, mutlak değildir ve 1982 Anayasası'nın 26. ve 27. maddeleri kapsamında sınırlandırılabilir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından, gazetenin basın özgürlüğünün, başkalarının itibarı, özel hayatının gizliliği ve diğer haklarının korunması amacıyla sınırlandırılmasının mümkün

---

<sup>600</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §40.

<sup>601</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §53, §54.

<sup>602</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §56.

olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ayrıca devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında, bireyin şeref ve itibarını korumakla yükümlü olduğuna işaret etmiştir. Bu yükümlülüğün hem devletin keyfi müdahalelerinin hem de üçüncü kişilerden gelebilecek saldırıların önlenmesini kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bir kişiye yöneltilen eleştiriler kamusal bir tartışma<sup>603</sup> bağlamında dahi olsa bu kişinin itibarı, manevi bütünlüğün bir parçasını oluşturmaktadır. Sözlü veya basın yoluyla gerçekleşen saldırılara karşı bireyin korunmaması halinde Anayasa'nın 17/1 hükmü ihlal edilmiş olur.<sup>604</sup> Bununla birlikte bir hak ihlalden söz edilebilmesi için kişinin itibarına yönelik saldırının *belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması gerekir*.<sup>605</sup>

Anayasa Mahkemesi ayrıca, başvurucunun, yargı organlarının temel haklarını korumada yetersiz kaldığına ilişkin iddiasını<sup>606</sup> değerlendirerek, devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini de kapsadığını

---

<sup>603</sup> “Kamusal tartışma” kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. SUNAY, (2013), s. 219-237.

<sup>604</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §42. Bu açıklama bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin 17. maddeye yüklediği bu değer, Türk hukukunda devletin koruma yükümlülüğü olduğu yönünde yorumlanabilir.

<sup>605</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §45; Mater/Türkiye, B. No: 54997/08, 16/7/2013, §52.

<sup>606</sup> Anayasa Mahkemesi kararda hak ihlali iddiasının devletin bir eylemine dayanmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte mahkemelerin yerine getirdiği yargılama görevi de devletin eylemleri içinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin kararı bu noktada sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

belirtmiştir. Bu nedenle itibarın korunması hakkının güvence altına alınması amacıyla devletin birtakım tedbirler alması gerektiğine vurgu yapmıştır.<sup>607</sup>

Mahkeme'ye göre olayda çatışan kişilik hakları ve basın özgürlüğü eşit şekilde saygı gösterilmesi gereken ve aynı değerde haklardır. Dolayısıyla bir hakkın diğerine üstünlüğü olmayıp, haklar arasında somut olay bağlamında bir dengeleme yapılması gerekir. Mahkeme bu amaçla, *maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ile basın özgürlüğü* arasında denge kurmak üzere belli kriterler belirlemiştir. Buna göre bu haklar arasında dengeleme yapılırken, uyuşmazlığa konu haber yazısının; 1. *Kamu yararına katkısı*<sup>608</sup>, 2. *Hedef aldığı kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu*<sup>609</sup>, 3.

---

<sup>607</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §47; X ve Y / Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985, §23.

<sup>608</sup> Mahkemeye göre, ihtilafli yazıların içerikleri ve somut olayın şartları da göz önüne alınarak, bir haber, makale veya fotoğrafın basın yer almasının *kamu yararına yönelik tartışmaya yapacağı katkının* belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §67.

<sup>609</sup> Mahkemeye göre bir haber yazısının kamu yararına sağladığı katkının ölçülmesi için aynı zamanda ilgili kişinin kamuoyundaki tanınırlık derecesi ve haber içeriğinin konusu önemlidir. AİHM'nin çeşitli kararlarından da yararlanan Anayasa Mahkemesi, sıradan bireyler ve kamusal veya siyasi kişiler arasında bir ayırım yapmaktadır. Toplumda tanınırlığı olmayan bireylerin kişisel itibarına ve özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının derecesinin, kamu tarafından tanınan kişilere göre daha yüksek olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §69; Minelli / İsviçre (k.k), B. No: 14991/02, 14/6/2005. Ayrıca kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip

*İlgili kişinin önceki davranışı*<sup>610</sup>, 4. *Yayımın içeriği, şekli ve sonuçları*<sup>611</sup>, 5. *Haber veya makalenin yayımlanma şartları* dikkate alınmalıdır.<sup>612</sup>

Anayasa Mahkemesi, bu kriterlerin yanında ayrıca *bir haberin kamuoyunu bilgilendirme değerini* ölçü olarak almıştır. Mahkeme'ye göre, bu değer ne kadar yüksekse, ilgili kişinin haberin yayımlanmasına aynı derecede kabul göstermesi gerekir. Ancak bilgilendirme değeri düşükse, haber içeriğinde hedef gösterilen kişinin anayasa ile korunan çıkarlarına üstünlük tanınmalıdır.<sup>613</sup> Anayasa Mahkemesi, kamu görevlisi olan

---

olmaları gerekir. Bu bakımdan hem asılsız suçlamalara karşı korunmaları hem de kişisel itibar ve özel hayatlarına ilişkin koruma taleplerinin siyasi kişilerin taleplerin göre üstün tutulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §70.

<sup>610</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre, ihtilaf konusu haber veya yazının daha önce yayımlanmış olup olmadığı veya bu haber yazısının yayımlanmasından önce ilgilinin davranışları dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §71.

<sup>611</sup> Mahkemeye göre, ihtilaf konusu haberin yayımlanma şekli, yazı içeriğinde hedef alınan kişiye ilişkin ifadelerin biçimi ve haberin yayımlandığı basın organının yayım genişliği önemlidir. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §72.

<sup>612</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre, uyuşmazlığa konu edilen haber yazısının yayımlandığı dönemin şartları ve haberin yayımlanmasının yarattığı etkinin değeri göz önüne alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §73.

<sup>613</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §74.

başvurucunun, kamu güvenine sahip olması gerektiğini ve kişisel itibarının korunması isteme hakkı bulunduğunu belirtmiş<sup>614</sup>; ancak kamusal alandaki tanınırlığına işaret etmiştir.<sup>615</sup> Mahkeme'ye göre, doğası gereği eleştiri içerikli olması beklenen haber yazılarının ve bu bağlamda basın özgürlüğünün, belli bir dereceye kadar abartı ve provoke etmeye izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerekir.<sup>616</sup> Bu ölçü ve kriterleri somut olaya uygulayan Anayasa Mahkemesi, gazetenin ifade ve basın özgürlüğünün; başvurucunun maddi ve manevi varlığını koruma hakkına göre üstün olduğuna ve başvurucunun kişilik haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>617</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk alanında ifade özgürlüğüne ilişkin verdiği çok daha yakın tarihli bir karar ise **Kanbay Başvurusu**dur.<sup>618</sup> Başvurucu Kanbay, Havyan Hakları Derneği'ne yaptığı bağışın nasıl kullanıldığı konusunda dernek yetkilisinden bilgi alamaması nedeniyle sosyal medya hesabı üzerinden (*Facebook*) üçüncü bir kişiye ait bir

---

<sup>614</sup> Mahkemeye göre, demokratik toplum düzeninin bir gereği olarak, kişilere, yargı sistemi ve kamu görevlilerini eleştirme hakkı tanınmış olmakla birlikte bu eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasını isteme haklarının ihlal edecek düzeyde olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §83-4.

<sup>615</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §82.

<sup>616</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §86; Aynı yönde, Anayasa Mahkemesi, *Tuğrul Culfa Başvurusu*, B. No. 2013/2593, k.t. 11/3/2015, §54; KARAN, (2018), s. 51.

<sup>617</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014, §89.

<sup>618</sup> Anayasa Mahkemesi, Özün Kanbay Başvurusu, 9/1/2018 K. Tarihi, B. No: 2014/5584, R.G Tarih ve Sayı: 1/2/2018-30319.

gönderiyi paylaşmıştır. Bu gönderinin altına eklediği “(R.E) denen haddini bilmez kadına sesleniyorum” şeklindeki yorumu<sup>619</sup> nedeniyle Kanbay hakkında hakaret suçundan dava açılarak, adli para cezasına karar verilmiştir.<sup>620</sup> Başvurucu, sosyal medya hesabında paylaştığı bu yorumların ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ve yerel mahkeme kararıyla bu hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.<sup>621</sup>

Bu kararın incelemesinde öncelikle, internet ve özellikle sosyal medya alanında ifade özgürlüğü ve diğer temel hakların etkisinin değerlendirilmesi gerekir. İnternet, düşüncelerin geniş çevrelere ulaştırılması açısından oldukça hızlı ve kolay bir ulaşım aracı haline gelmiş olması nedeniyle, hem ifade özgürlüğü hem de bilgi edinme özgürlüğünün sağlanmasında ciddi bir öneme sahiptir.<sup>622</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de internet ve sosyal medyanın “modern demokrasilerde, başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değeri

---

<sup>619</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §8-9.

<sup>620</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §10.

<sup>621</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §1, §16.

<sup>622</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından da internet platformlarının ifade özgürlüğünün sağlanmasındaki önemine işaret edilmiştir. “Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/2623, k.t. 11/11/2015, § 34; KARAN, (2018), s. 54.

*olduğu*”nu kabul etmekte<sup>623</sup>; “*sosyal medya platformlarının, bilgi ve düşünceleri açıklama ve yayma bakımından vazgeçilmez niteliğine*” vurgu yapmaktadır.<sup>624</sup> Bu bağlamda, çevrimiçi ifade özgürlüğü, bir toplumda ifade özgürlüğünün tam olarak sağlandığına dair en güçlü kanıtlardan biridir. Bununla birlikte, kişilerin internette sınırsız hareket alanına sahip oldukları düşüncesiyle hareket etmeleri, çeşitli temel hakların daha sık karşı karşıya gelmesine neden olmaktadır. Kişi hak ve özgürlüklerinin korunması amacı, bu alana ilişkin birtakım düzenlemelerin yapılmasını da zorunlu kılmaktadır. Ancak çevrimiçi platformlarda ifade özgürlüğünün sınırları, hem diğer kişilerin temel hakları, hem de çoğulculuk ve demokrasi kavramları zedelemeyecek şekilde belirlenmeli; bu alanda çatışan temel hakların dengelenmesinde oldukça hassas davranılmalıdır. Bu zorunluluklar internet alanında temel hakların nasıl etkili olması gerektiği, kişilerin doğrudan karşı tarafın temel haklarıyla bağlı olup olmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır.

---

<sup>623</sup> AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı*, B. No. 2014/3986, 2/4/2014, §39; KARAN, (2018), s. 54.

<sup>624</sup> Mahkemeye göre, “*internet ve sosyal medya araçları günümüzde düşünceleri açıklamanın en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelmiştir. Bu nedenle bu alanda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerekir.*” AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı*, B. No. 2014/3986, 2/4/2014, §39; KARAN, (2018), s. 55.

Bir görüşe göre çevrimiçi ifade özgürlüğünün korunmasında *doğrudan yatay etki* modeli benimsenmelidir.<sup>625</sup> Bu argümana göre, yapılacak yasal düzenlemelerin internete erişimde ve internet ortamında yaşanan hızlı değişime ayak uydurması oldukça güç olduğundan, *devlet temel hakları koruma yükümlülüğünü* yerine getiremeyebilir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün bu alanda kişilerin eylem ve işlemleri üzerinde doğrudan etkili olduğu kabul edilerek, mahkemeler tarafından gerekli olan durumlarda anayasanın doğrudan uygulanması gerekmektedir.<sup>626</sup> Ancak kişilerin doğrudan anayasal yükümlülüklerle bağlı olması, temel hakların korunmasını sağlamanın yerine, aksine kişilerin ifade özgürlüğü veya diğer temel özgürlüklerinin anayasanın öngörmediği derecede ve ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasına neden olabilir. Dolayısıyla anayasanın ve temel hakların internet ortamında kişiler üzerinde dolaylı şekilde etkili olması, devletin hem yasal düzenlemeler ve hem de etkin yargı yollarıyla bu temel hakların korunmasını sağlaması gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Kanbay başvurusunda, yerel mahkeme tarafından verilen kararın ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamaya neden olup olmadığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 26/2 hükmü, başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin vermektedir; ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen sınırlama ölçütlerine uygun olup olmadığı incelenmelidir. Bu bağlamda, yerel mahkemenin kararı, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesine dayandığından, kanunla

---

<sup>625</sup> ALİYEV, Cabir, **Çevrimiçi İfade Özgürlüğü Teorisi ve Hukuku**, Liberte Yayınları, Ankara, (2018), s. 231.

<sup>626</sup> ALİYEV, (2018), s. 231-232.

sınırlama ölçütüne uygundur. Ayrıca Kanbay'ın ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin, “başkalarının itibar veya haklarının korunması” sınırlama sebebine dayanması nedeniyle meşru amaç taşıdığına karar verilmiştir.<sup>627</sup> Bununla birlikte Mahkemeye göre, başkalarının itibarının ve diğer haklarının korunması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ancak, bu sınırlama *ölçülü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu* sürece kabul edilebilir.<sup>628</sup>

Anayasa Mahkemesi, *Cihaner kararındaki* görüşünü devam ettirmiş ve devletin bireyin haklarına keyfi şekilde müdahale etmemenin yanında, üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korumakla yükümlü olduğuna işaret etmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu koruma yükümlülüğü gerçekleştirilirken tarafların haklarının çatışması adeta kaçınılmaz olduğundan; somut olayda ifade özgürlüğü ve diğer kişinin itibar ve diğer hakları arasında adil bir denge kurulması gerekir.<sup>629</sup> Bunun için öncelikle başvurunun ifade ve açıklamalarının, olayın bütünü göz önünde tutularak ve *bağlamından koparılmaksızın* değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bir hakka yönelik müdahalenin meşru sayılması için, mahkeme gibi devlet organları tarafından ortaya konan sınırlama gerekçeleri “yeterli” ve müdahalenin amacıyla “ilgili” olmalı; ayrıca müdahalenin “*gözetilen meşru amaçla orantılı*” olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu incelemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi somut olaya uyduğu ölçüde; “a. *Başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, b. Kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, c. İfadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, d. İfadelerin kimin tarafından*

---

<sup>627</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §19-22.

<sup>628</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §24.

<sup>629</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §25-26.

*dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin” ve “e. Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini” incelemiştir.*<sup>630</sup>

Bu ilkeleri olaya uygulayan Anayasa Mahkemesi, bir temel hak ihlal edilmediği sürece kural olarak bireysel başvuru incelemesinde yerel mahkemenin hukuki yorumuna müdahalede bulunulmaması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte somut olayda, yerel mahkeme yalnızca dava konusu ifadenin hakaret niteliğinde olduğunu belirlemekle yetinmiş, tarafların temel hakları arasında bir denge kurmamıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda bu dengelemeyi yapmıştır.<sup>631</sup>

Anayasa Mahkemesi’ne göre, yerel mahkeme kararında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin *ilgili ve yeterli bir gerekçe* gösterilmediği gibi, başvurunun ifade özgürlüğü karşısında, diğer kişinin itibarının korunmasındaki üstün yarar belirlenmemiştir. Ayrıca başvurunun ifadesi nedeniyle cezalandırılmasının hangi yönlerden demokratik toplum gereklerine uygun olduğu da belirtilmemiştir.<sup>632</sup> Yukarıdaki gerekçelere dayanan Anayasa Mahkemesi, yerel mahkeme kararıyla başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>633</sup>

İfade özgürlüğünün özel hukuk ilişkilerine etkisi, iş hukuku alanına ilişkin uyuşmazlıklarda önem kazanmaktadır. Nitekim işçinin ifade özgürlüğünü kullanması nedeniyle işçinin mobbing’e uğraması ve iş akdinin haksız şekilde feshedilmesi mümkündür. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi’ne yapılan **İlter Nur Başvurusunda** da

---

<sup>630</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §26.

<sup>631</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §28.

<sup>632</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §31.

<sup>633</sup> Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, §36.

uyuşmazlık, işçinin ifadeleri nedeniyle iş akdinin feshedilmesinden kaynaklanmaktadır. Olayda başvuru, işin yürütülmesinde karşılaştığı, hukuka ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşündüğü konular hakkında Başbakanlık İletişim Merkezi'ne (BİMER) başvuruda bulunmuştur. Bu başvurusu nedeniyle iş akdi feshedilen başvuru, bunun üzerine işe iade davası açmıştır. Yerel mahkeme tarafından feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiş olmasına rağmen;<sup>634</sup> karar bozulmuştur. Yargıtay'ın bozma gerekçesine göre, işçinin hak arama hakkı bulunmasına rağmen, şikâyet dilekçesinde işverene karşı hakaret içeren ifadeler kullanılması; iş akdinin İş Kanunu'nun 25/II hükmü bağlamında haklı nedenle feshine dayanak oluşturmaktadır.<sup>635</sup>

Başvuru, iş akdinin haksız nedenle feshedilmesi ve Yargıtay'ın bozma ilamı nedeniyle hak arama ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, işçinin yazdığı dilekçe nedeniyle, çalıştığı şirket tarafından haklı fesih hükümleri kapsamında işten çıkarılmasını, başvuru ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, başvuru ifadesinden ayrı olarak, ifade özgürlüğü çerçevesinde inceleme yapmıştır.<sup>636</sup>

Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun vazgeçilmez bir şartı olduğuna ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesine olan katkısına<sup>637</sup> vurgu yapmıştır. Bu bağlamda çoğulcu bir toplum, ancak her türlü düşüncenin özgür şekilde

---

<sup>634</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 9.

<sup>635</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 10.

<sup>636</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 18, 19.

<sup>637</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 23.

ifade edilebilmesine bağlıdır. Bireyin kişiliği ise düşüncelerini serbest şekilde ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gelişebilir.<sup>638</sup> İfade özgürlüğünün hem birey hem de toplumun gelişmesindeki bu önemi karşısında, devletin bu özgürlük bakımından yalnızca negatif yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Devletin ifade özgürlüğünün etkin kullanımının sağlanması ve korunması bakımından pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu belirlemeyi yaparak, “pozitif yükümlülüğün sadece devlet ile birey arasındaki ilişkileri değil bireyler arasındaki ilişkileri de kapsamı” gerektiğini vurgulamıştır.<sup>639</sup> Bu bağlamda Mahkeme’ye göre, kamu otoriteleri tarafından, birey ve toplumun yarışan menfaatleri arasındaki dengenin adil kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir.<sup>640</sup>

İşçinin, işyeri ve işverene ilişkin düşüncelerini açıklaması, ifade özgürlüğü ve kamu yararı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bakımdan işçinin açıklamalarında, hangi noktaya kadar eleştiri yapabileceği ve işin niteliğine dair açıklamalarının sınırlarını, iş akdinden doğan *sadakat borcu*<sup>641</sup> belirlemektedir. Bu bağlamda işçinin, ahlak ve iyi niyet kuralları çerçevesinde hareket etme yükümlülüğü gereği, işçinin ifadelerinin işverenin şeref ve itibarına saldırı niteliğinde olması haklı fesih nedeni sayılmaktadır.

---

<sup>638</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 22.

<sup>639</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 24; KARAN, (2018), s. 98-99; işçinin ifade özgürlüğüne ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak Bkz. ERDOĞAN, Gülnur, (2017), s. 142 vd.

<sup>640</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 25-26; KARAN, (2018), s. 95-96.

<sup>641</sup> İşçinin sadakat borcu hakkında, Bkz. ERDOĞAN, Gülnur, (2017), s. 242 vd.

İşçinin işyerine veya işverene ilişkin eleştirilerini geniş topluluklarla paylaşması durumunda, işveren maddi zarara uğruyor veya itibarı zedeleniyorsa, işverenin bu hak ve menfaatleri ile işçinin ifade özgürlüğü dengelenmelidir. Bu dengelemede, işçinin sadakat borcunun ve ifadelerinin, *kamusal tartışmaya sağladığı katkının* göz önünde bulundurulması gerekir.<sup>642</sup> Nitekim Yargıtay da bir kararında işyerindeki hukuka aykırı durumların açıklanmasının işçinin hem hakkı hem de borcu olduğuna işaret etmiştir. Bu karara göre, *“hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da daha az üstün olan yararın daha üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır.”*<sup>643</sup>

Somut olayda ise başvuru, işyerine ilişkin şikayetini kamuoyu ile paylaşmamıştır. İşçinin amacı, yalnızca kamu otoritelerinden yardım istemek amacıyla bu şikayetlerin dile getirilmesidir. Dolayısıyla işyerine ilişkin bu şikayetlerin oldukça sınırlı bir kesim ile paylaşılması nedeniyle, işverenin itibarının zedelendiği söylenememektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Yargıtay’ın yorumunun aksine, işçinin ifadelerinin hakaret olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını vurgulamıştır.<sup>644</sup> Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’ne göre, kararda işçinin ifade özgürlüğü ile işverenin itibarı arasında adil bir dengeleme yapılmamıştır. Bu bağlamda, işçinin şikayetlerini dile getirmesi nedeniyle iş akdinin feshedilmesi, işçinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak nitelendirilmiştir.<sup>645</sup>

---

<sup>642</sup> ÖKTEM SONGU, s. 628-630.

<sup>643</sup> YHGK, E. 2008/4-158, K. 2008/154, k.t. 20.02.2008.

<sup>644</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 37-38.

<sup>645</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 26-29.

Anayasa Mahkemesi'nin bu bölüm kapsamında incelenen *Cihaner* ve *Kanbay* kararlarında, kişilerin doğrudan birbirine karşı olan anayasal yükümlülükleri nedeniyle değil, mahkeme kararları nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi söz konusudur. Ayrıca Mahkeme, iki kararında da devletin bireyleri üçüncü kişilere karşı koruma yükümlülüğü olduğuna vurgu yapmıştır. Söz konusu koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, hem bireyleri koruyan yasal düzenlemeler hem de mahkemelerin temel hakları gözeterek karar vermeleri yoluyla mümkündür. Nitekim bu durum dikkate alındığında; Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları sonucunda, ifade özgürlüğünün özel hukuk alanında güçlü dolaylı yatay etkiye sahip olmasının yolunu açtığını söyleyebiliriz.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, *Kanbay başvurusunda*, saf özel hukuk ilişkisi sayılabilecek bir olay üzerinden karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca bu kararında ifade özgürlüğünün kişilik hakları ve özellikle itibarın korunması hakkıyla dengelenmesinde başvurulması gereken kriterleri *Cihaner Kararına* göre *daha net şekilde* belirlemiştir. Bu bağlamda *Cihaner kararı*, ifade özgürlüğünün yatay etkisine kapı açmış; buna karşılık *Kanbay kararı*, Mahkeme'nin bu yorumunu berraklaştırmış ve özel hukuk alanında ifade özgürlüğünün kullanımı nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda uygulanacak bir yol haritası çizilmiştir.

Söz konusu kararları, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla karşılaştırdığımızda, Türk Anayasa Mahkemesi'nin, kişilik hakları karşısında ifade özgürlüğüne daha bir geniş koruma sağladığını söyleyebiliriz. Nitekim, *Mephisto* ve *Böll* kararlarında, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, ifade özgürlüğü karşısında kişilik hakları ve itibarın korunması hakkına ağırlık verdiği görülmektedir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi *Kanbay* ve *Cihaner* kararlarında, hem devletin pozitif yükümlülüklerine hem de ifade özgürlüğünün önemine vurgu yaparak, bu özgürlüğe özel hukuk alanında **güçlü dolaylı yatay etki** tanımıştır.

Buna karşılık *İlter Nur Başvurusunda* ise işçinin yazdığı başvuru dilekçesi nedeniyle işveren tarafından iş akdi sonlandırılmıştır. Dolayısıyla bu olayda işçinin ifade özgürlüğüne karşı gerçekleşen müdahale, mahkeme kararlarıyla değil, doğrudan işverenin işleminden kaynaklanmaktadır.<sup>646</sup> Bu karar, Mahkeme'nin iş akdine dayanan ilişkiler bakımından, işçi ve işverenin temel haklarla **doğrudan bağlı olduğunu** kabul ettiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin kararları da göz önünde tutularak, genel bir değerlendirme yapmak gerekir. Öncelikle, aksine görüşler olmakla birlikte,<sup>647</sup> hukukumuzda iş akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ilişkinin taraflarının temel haklarla doğrudan bağlı olduğu kabul edilmelidir.<sup>648</sup> Nitekim, bu ilişkilerde, klasik özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak taraflar arasında hiyerarşik bir durum söz konusudur. Buna karşın, iş hukukuna dair uyuşmazlıklar ayrı tutulmakla birlikte, Türk hukukunda temel haklar ve ifade özgürlüğü, kişilerin eylem ve işlemleri üzerinde doğrudan değil ve fakat dolaylı şekilde etkili olmalıdır. Her ne kadar Anayasa'nın 11. Maddesi temel hakların doğrudan etkisine zemin oluşturmakta ise de, bu hakların etkisi yasal düzenlemeler ve devlet organları aracılığıyla olmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi, yasal düzenlemelerin temel haklarla uyumlu olmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla bu yasal düzenlemelere dayanan özel hukuk ilişkileri de anayasayla uyumlu hale gelmektedir. Buna karşılık, anayasa ve temel hakların doğrudan etkisinin kabul edilmesi halinde hem hukuk sistemi ve kuvvetler ayrılığı, hem de irade özerkliği bakımından ciddi sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir.

---

<sup>646</sup> Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016, § 29.

<sup>647</sup> ERTÜRK, Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, (2002), s. 34; ÖKTEM SONGU, (2013), s. 617.

<sup>648</sup> ERGÜL, (2017), s. 481.

## SONUÇ

Günümüzde temel haklar devlet iktidarının yanında, diğer güç odakları ve kişilerden kaynaklanan tehdit ve ihlallere açık hale gelmiştir. Bu nedenle temel hakların devlet dışındaki kişilerin eylem ve işlemlerine karşı korunması gereğinin, modern dünyada adeta bir zorunluluk olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim insan onurunun ve temel hakların kamu hukukundan, özel hukuk alanına genişleyen bir şekilde etkili olarak korunması düşüncesi, artık doktrin ve uygulamada da kabul görmektedir. Bununla birlikte, bu hakların özel hukuk alanında, kişilerin davranış ve işlemleri üzerindeki etki derecesi ve bu hakların korunması amacıyla nasıl bir hukuki çözüm geliştirileceği belirlenmelidir.

Temel hakların özel hukuk alanındaki etkisinin, her bir somut olay ve hak bakımından değişkenlik gösterdiği kabul edilmektedir. Bu nedenle her hakkın özel hukuk ilişkilerindeki etki düzeyi ve korunma ihtiyacı farklı olmaktadır. Çalışmamızda da diğer temel haklar açısından “vazgeçilmez” ve “kaynak özgürlük” olarak nitelendirilen ifade özgürlüğünün yatay etkisi karşılaştırmalı bir yöntemle incelenmiştir. Nitekim demokratik ve çoğulcu toplumun inşasında önemli bir yere sahip olan ifade özgürlüğünün etkin kullanımı sağlandığı ölçüde, diğer temel hak talepleri de dile getirilebilmektedir.

Bu çerçevede öncelikle yatay etki teorisine ilişkin model ve yaklaşımlar doktrinde izlenen yönetime bağlı kalınarak incelenmiştir. Ardından farklı yüksek mahkeme kararları bağlamında ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisi ve sınırları karşılaştırmalı bakış açısıyla belirlenmeye çalışılmıştır.

İlk olarak ele alınan *doğrudan yatay etki modeline* göre özel hukuk uyumsuzluklarında, *yasalara ve yorum gerektiren diğer basamaklara bağlı kalınmaksızın doğrudan* temel haklara dayanılması mümkündür. Ancak bu model, temel haklara saygı

yükümlülüğü getirerek, kişilerin irade özerkliğini sınırlandırması nedeniyle, istisnai bazı örnekler dışında, kabul görmemiştir. Bu modele yöneltilen eleştirilerle geliştirilen *dolaylı yatay etki modeline* göre ise, temel hakların özel hukuk düzenine etkisi, yasal düzenlemeler aracılığıyla gerçekleşir ve kişiler anayasal yükümlülüklerle doğrudan bağlı değildir. Bununla birlikte dolaylı yatay etki modeli de kendi içinde çeşitli ayrımlara tâbi tutulmaktadır:

*Zayıf dolaylı yatay etki anlayışı*, temel haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle özel hukuk ve sözleşme hukuku kuralları kapsamında çözülmesine dayanır. Bu yaklaşım çerçevesinde, mahkemeler kararlarını ilk olarak özel hukuk düzenlemelerine dayandırmalıdır; ancak söz konusu kararın, aynı zamanda anayasa ve temel haklara uygunluğunun da sağlanması gerekir. Doktrinde bu anlayışa örnek olarak Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *hükümet eylemi teorisi* gösterilmektedir.

*Güçlü dolaylı yatay etki anlayışı* ise; özel hukuk uyuşmazlıklarında, hukuki çözümün öncelikle anayasa ve temel haklar temelinde bulunması gerektiğini savunur. Ancak, bu çözüm aynı zamanda özel hukuk düzenlemeleri bağlamında da temellendirilmelidir. Zayıf dolaylı yatay etki anlayışından farklı olarak bu yaklaşıma göre, özel hukukta temel hakları koruyan düzenlemelerin bulunmaması halinde, *yargı organları* çeşitli hukuk araçlarıyla bu hakları korumalıdır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği ve Türk hukukunu da etkileyen bir diğer yaklaşım, *devletin koruma yükümlülüğü doktrini* olarak ifade edilmektedir. Buna göre öncelikle yasama organı tarafından temel haklarla uyumlu yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Ancak, yasama organının bu hakları korumakta yetersiz kaldığı durumlarda mahkemeler, anayasal normları dikkate alarak temel hakları korumakla *yükümlüdür*.

1982 Anayasası Türk Hukukunda, *hem doğrudan, hem de dolaylı yatay etki anlayışlarının* kabulüne zemin hazırlamıştır. Nitekim Anayasa'nın 11. maddesine göre, devlet organlarının yanında kişiler de anayasayla bağlıdır. Bununla birlikte, hukuk sistemimizde geçerli olan, anayasanın üstünlüğü ilkesi, anayasaya uygunluk denetimi gibi nitelikler dikkate alınmalıdır. Ayrıca, temel haklar çoğunlukla yasalarla somutlaşarak özel hukuk alanında etkili olmaktadır. Bu bağlamda hukuk sistemimizde ***dolaylı yatay etki*** modelinin özellikleri bulunmakta, uygulamada da genel olarak temel hakların özel hukuk ilişkilerinde dolaylı şekilde etkili olduğu görülmektedir. Buna ek olarak, Anayasa'nın 5. maddesi bağlamında, devletin temel hakların korunmasında pozitif yükümlülükleri olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da ***devletin koruma yükümlülüğüne*** vurgu yapılmaktadır. İş hukukuna dair uyuşmazlıklarda ise, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini ***doğrudan yatay etki modeline*** yakın bir yaklaşımda konumlandığı görülmektedir. Bu çerçevede, her bir somut olay ve temel hak kendine özgü niteliklerine göre değerlendirilerek temel hakların ve bireyin en yüksek derecede korunmasını sağlayacak yaklaşım tercih edilmelidir. Dolayısıyla mahkemelerin, özel hukuk uyuşmazlıklarında anayasa ve temel hakları göz önünde tutarak karar vermeleri gerekir. Böylece hem özel hukuk alanının kendine özgü dinamiklerinin, hem de temel hakların korunması sağlanabilir.

Temel hakların özel hukuk düzeninde nasıl uygulanacağı belirlenirken, her somut uyuşmazlık özelinde çatışan hak ve menfaatler ayrıca değerlendirilerek bir yaklaşım benimsenmesi gerekir. Bununla birlikte, ***güçlü dolaylı yatay etki anlayışı*** ile ***devletin koruma yükümlülüğü doktrininin*** sentezi niteliğindeki şu hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir: (i) Bu haklar, tüm hukuk düzeninde tam ve etkin şekilde sağlanmalı ve korunmalıdır. Tarafların temel haklarına dayandığı uyuşmazlıklarda, çatışan haklar dengelenirken, bireylerin temel haklarının anayasaya aykırı şekilde sınırlandırılmamasına özen gösterilmelidir. (ii) Anayasa ve temel hakların özel hukuk alanına etkisi

modellenirken, özel hukukun kendi dinamikleri ve sahip olduğu özellikler korunmalıdır. Bu bağlamda, özel hukuk, anayasa hukukunun bir alt alanı haline gelmemelidir. (iii) Bununla bağlantılı olarak özel hukukun bağımsız niteliği ve kişilerin irade özerkliklerinin zedelenmemesine dikkat edilmelidir. (iv) Son olarak, mahkemelerin temel hakları korurken kanunları göz ardı ederek doğrudan anayasa ve temel hakları uygulaması, nihayetinde yasamanın yetki alanının sınırlanması sonucunu doğurabilir. Bu durumda varılması gereken sonuç, yasama organının anayasal yükümlülüklerini yerine getirerek mahkemelerin bu yola başvurmayaya olan ihtiyaçlarını ortadan kaldırmaları gerekliliğidir.

Görüldüğü gibi temel hakların özel hukuk alanındaki etkisi, kaçınılmaz olarak tarafların hak ve menfaatlerinin çatışması ve dengelenmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. İfade özgürlüğü de özel hukuk alanında etkili olduğu takdirde, özellikle ekonomik haklar ve kişilik hakları olmak üzere çeşitli hak grupları ile çatışma yaşanması muhtemeldir. Dolayısıyla bu özgürlüğün etkin kullanımı sağlanırken, diğer hak ve menfaatlerin ihlal edilmemesine ve sınırlandırılmamasına da özen gösterilmelidir. Bu durumda, çalışmanın ikinci bölümünde incelenen yaklaşımlar bağlamında ifade özgürlüğünün kişilerin eylem ve işlemleri üzerindeki etkisinin belirlenmesi gerekir. Bu özgürlüğün özel hukuk alanındaki sınırları belirlenerek, diğer haklarla dengelenmesi meselesi, değişik dönemlerde Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler tarafından da incelenmiştir. Nitekim bu yargılamalarda ifade özgürlüğünün, kimi zaman kişilik hakları karşısında ağırlığını kaybettiği, kimi zaman ise kişilere doğrudan anayasal yükümlülükler getirdiği görülmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün yatay etkisi açısından genel bir çıkarım yapmak mümkün olmayıp her bir somut olayda tarafların temel haklarının ölçülü şekilde temin edilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ekonomik menfaatler karşısında ifade özgürlüğüne üstünlük tanıdığı görülmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme, çatışan hak

ve menfaatleri uygun şekilde dengelememesi nedeniyle eleştirilmektedir. (*NAACP Kararı*) Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise özel hukuk ilişkilerinde ifade özgürlüğünün sınırlarını tartıştığı kararlarında; bu düşünce açıklamalarının, kamusal menfaatlerle olan ilgisini değerlendirmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi, özellikle çoğulcu ve demokratik bir toplumun, fikirlerin serbestçe çatışmasıyla inşa edilebileceğine vurgu yapmaktadır. (*Lüth kararı*) Bununla birlikte Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, düşünce açıklamaları ve boykot gibi geniş kapsamlı hareketler, ekonomik baskı unsuru olarak kullanıldığında, entelektüel tartışma özgürlüğünü engellemektedir. Anayasa Mahkemesi bu hallerde, ifade özgürlüğünün “*kamuoyunda özgür tartışma ortamı sağlamak*” amacıyla çelişkili bir durum olması nedeniyle, ifade özgürlüğünü sınırlandırma eğilimindedir. (*Blinkfüer kararı*)

Kişilik haklarının, düşünce açıklamaları nedeniyle ihlal edildiği iddiasına dayanan uyuşmazlıklarda da yüksek mahkemelerin farklı tercihleri söz konusudur. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğünün Amerikan devlet sisteminin temeli olduğunu ve toplumun özgür tartışmaya olan ihtiyacını vurgulayarak kişilik hakları karşısında ifade özgürlüğünün korunması gerektiğine karar vermiştir. (*Sullivan Kararı*) Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise bu tip uyuşmazlıklarda öncelikle, bu haklar arasında adil bir denge kurulmasını amaçlamakta ve kişilik haklarını ifade özgürlüğü karşısında üstün tutmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre kişilik hakkının özünün ihlal edildiği durumlarda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gerekir. (*Mephisto ve Böll kararları*) Türk Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğü ile diğer temel hakların çatışması durumunda, bu hakların dengelenmesi gerektiğine ve bu bağlamda devletin temel hakları *koruma yükümlülüğü olduğuna* vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında dengeleme yapılırken, ifadelerin niteliği, kamusal tartışmaya sağladığı katkı ve tarafların toplumsal konumu gibi çeşitli hususlar dikkate alınmalıdır. Türk Anayasa Mahkemesi, genel olarak kişilik hakları karşısında ifade

özgürlüğüne ağırlık verme eğilimindedir. Devletin pozitif yükümlülükleri ve ifade özgürlüğünün önemine vurgu yapan bu kararlar dikkate alındığında, kişilik hakları ve ifade özgürlüğü çatışmasında, ifade özgürlüğü bakımından **güçlü dolaylı yatay etki** yaklaşımının uygulandığı sonucuna varılabilir. (*Cihaner ve Kanbay kararları*)

İfade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar iş hukuku alanında da sıklıkla karşımızda çıkmaktadır. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi'nin temel hakların özel hukuk alanındaki etkisini değerlendirdiği ilk kararından itibaren, iş hukuku alanında temel hakların ve *ifade özgürlüğünün doğrudan yatay etkisi* olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Federal İş Mahkemesi'ne göre, temel hakların özel hukuk kişileri üzerinde doğrudan etkili olması, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerinden doğan bir zorunluluktur. Kanada Yüksek Mahkemesi ise sendikaların tanınması konusunda işvereni tamamen özgür bırakarak işçilerin örgütlenme ve dolayısıyla ifade özgürlüğünü ortadan kaldıran bir yasal düzenleme yapılmasını, devletin ihmali hareketi olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkeme, devletin sorumluluklarından kaçınmak adına yaptığı yasal düzenlemeleri hükümet eylemi kapsamında değerlendirmiş ve anayasaya aykırı bulmuştur. (*Dunmore kararı*) Türk Anayasa Mahkemesi ise işçinin açıklamaları nedeniyle iş akdinin feshedilmesi halinde ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ve devletin pozitif yükümlülüklerinin bireyler arasındaki ilişkileri de kapsadığına işaret etmiştir. İşçinin düşünce açıklamaları nedeniyle işveren maddi zarara uğruyor veya itibarı zedeleniyorsa, işverenin menfaatleri ile işçinin ifade özgürlüğü dengelenmelidir. Bu dengelemede, işçinin ifadelerinin, *kamusal tartışmaya sağladığı katkının* ve işverene sadakat borcunun göz önünde bulundurulması gerekir. Anayasa Mahkemesi, işçinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, iş akdinin taraflarını temel haklarla **doğrudan** bağlı görmektedir. (*İlter Nur Başvurusu*)

Sonuç olarak, temel hakların özel hukuk alanındaki etki ve sınırları, her bir temel hak özelinde, ilgili hukuk sistemi ve buradaki toplumsal yapı da göz önüne alınarak belirlenebilir. İfade özgürlüğünün özel hukuk uyumsuzluklarında konumu belirlenirken, öncelikle bu özgürlüğe verilen toplumsal ve hukuki değer ile diğer temel hakların korunması açısından taşıdığı önem dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte yalnızca ifade özgürlüğünün bu niteliklerine dayanılarak, diğer temel hak ve özgürlükler öze dokunacak şekilde sınırlandırılmamalı, özel hukuk alanına hâkim olan ilkeler de dikkate alınarak haklar arasındaki denge gözetilmelidir.



## KAYNAKÇA

### I. Kitaplar ve Makaleler

**ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. ARSLAN, Zühtü), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003).

AK, Gökhan, “*John Stuart Mill Düşününde Bireyin Özgürlüğü*”, **EUL Journal of Social Sciences**, LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, S. VI-I, (2015).

AKANDJİ - KOMBE, Jean-François, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*”, Özgür Heval Çinar, Abdulcelil Kaya (çev.), **Avrupa İnsan Haklarının Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap No. 7**, Strasbourg, Avrupa Konseyi, (2008).

ALEXY, Robert, “*Rights and Liberties as Concepts*”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ROSENFELD, Michel, SAJO, Andras (ed.), (2012).

ALEXY, Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, Oxford University Press, (2010).

ALEXY, Robert, “*Balancing, Constitutional Review, and Representation*”, **I-Con**, Vol. 3, S. 4, Oxford University Press and New York University School of Law, (2005), ss. 572-581.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, (2007).

ALİYEV, Cabir, **Çevrimiçi İfade Özgürlüğü Teorisi ve Hukuku**, Liberte Yayınları, Ankara, (2018).

- AYBAY, Rona, **İnsan Hakları Seçilmiş Makaleler**, Pencere Yayınları, İstanbul, (2010).
- BALCI, Bora, “*New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)”, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003), ss. 180-196.
- BARAK, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (ed.), Hart Publishing, (2001).
- BARAK, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Yale Law School Legal Scholarship Repository, Review of Constitutional Studies**, Vol. 3, No. 2, (1996).
- BARENDT, Eric, “*Freedom of Expression*”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ROSENFELD, Michel, SAJO, Andras (ed.), (2012).
- BARENDT, Eric, “*The United States and Canada: State Action, Constitutional Rights and Private Actors*”, **Human Rights and Private Sphere - A Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007).
- BARENDT, Eric, **Freedom of Speech**, Oxford, 2. Baskı, (2005).
- BATTAL, Ahmet, “*Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları*”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 383, Ankara, (2001), ss. 47-94.

BATUM, Süheyl, “*Düşünce ve Bilim Özgürlüğü*”, **Türkiye’nin Demokratikleşme Sorunu**, İÜHF Sempozyumu II, (1996), ss. 37-45.

BECKMANN, Philip, et.al., “*Germany*”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union**, BRÜGGEMEIER, Gert (ed.), Cambridge University Press, (2010), ss. 253-324.

BELLING, W. Detlev, İNCE, Nurten, “*Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 12., sf. 3-59, (2014).

**Bireysel Başvuruda Hukuk Davalarına İlişkin Kararlar**, Hazırlayan, Murat AZAKLI, Avrupa Konseyi Yayını, (2017), ss. 507-531.

BOYAR, Oya, “*Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)**, Sibel İnceoğlu (ed.), Avrupa Konseyi, (2013), ss. 53-80.

BRÜGGREMEIER, Gert, “*Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective*”, **Constitutionalisation of Private Law**, BARKHUYSEN, Tom, Siewert LINDENBERGH (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, (2006), ss. 59-82.

CEVİZCİ, Ahmet, **Felsefeye Giriş**, Say Yayınları, 4. Baskı, (2015).

CHEADLE, Halton, “*Third Party Effect in the South African Constitution*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, SAJO, Andras, UITZ, Renata (ed.), Eleven International Publishing, (2005), s. 55-78.

- CHEMERINSKY, Erwin, *“Rethinking State Action”* GARVEY, John H., T. Alexander ALEINIKOFF, Daniel A. FARBER, **Modern Constitutional Theory: A Reader**, 5. Ed., Thomson West, (2004).
- CHEMERINSKY, Erwin, **Constitutional Law, Principles and Policies**, 3rd Edition, Aspen Publishers, (2006).
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., *“Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementary?”*, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, December (2007).
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., *“Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?”*, **Constitutional Values And European Contract Law**, S. Grundmann (ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, (2008).
- CHIRWA, Danwood Mzikenge, *“The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective”*, **Law, Democracy & Development**, (2006), ss. 21-48.
- CLAPHAM, Andrew, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, Oxford University Press, (2006).
- CLAYTON, Richard, TOMLINSON, Hugh, **Privacy and Freedom of Expression**, (Reprinted From The Law of Human Rights), Oxford University Press, (2001).
- COHEN, Joshua, *“Freedom of Expression”*, **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 22, No. 3, (1993), 207-263.

- CORRADO, Micheal Louis, **Comparative Constitutional Review – Cases and Materials**, Carolina Academic Press, Comparative Law Series, (2005).
- COVINGTON, George Carruthers, “*Constitutional Law--The First Amendment and Protest Boycotts: NAACP v. Claiborne Hardware Co.*”, *North Carolina Law Review*, Vol. 62, Issue 2, (1984).
- CROSS, Frank B., LINDQUIST, Stefanie A., “*The Scientific Study of Judicial Activism*”, **Minnesota Law Review**, Vol. 91, No. 6, (2007), ss. 1752-1784.
- CURRIE I., J. De WAAL, **The Bill of Rights Handbook**, 5th ed., (2005).
- CURRIE, David P, **Federal Courts - Cases and Materials**, West Publishing, (1968).
- ÇAKIR, Faruk, “*Whitney v. California*, 274 US 357, (1927)”, **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, (der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu AB Komisyonu, (2003), s. 25-38.
- DAHL, Robert, “*Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*”, **Journal of Public Law**, Vol. 6, Emory University Law School, (1957).
- DONNELLY, Jack, **Universal Human Rights in Theory and Practice**, Cornell University Press, 3. Baskı, New York, (2013).
- DÖNMEZER, Sulhi, “*Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar*”, **İÜHFD**, C. XXIX, (1963), ss. 761-780.
- DÜRİG, G., “*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*”, (ed.), **Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung**, MAUNZ, T. (ed.), (1956).
- ENDERS, Christoph, **Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung**, Tübingen, (1997).

ENGLE, Eric, “*Third Party Effect of Fundamental Rights*”, **Hanse Law Review**, Vol. 5, No. 2, (2009), ss. 165-173.

ENNIS, Bruce L., “*New York Times Co. v. Sullivan*”, 376 U.S. 254 (1964), **Montana Law Review**, Vol. 26, Issue 1, (1964).

ERDOĞAN, Gülnur, **İşyerinde İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Temelinde)**, Adalet Yayınevi, Ankara, (2017).

ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, (2012).

ERDOĞAN, Mustafa, “*Demokratik Toplumsal İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif*”, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, ÖZİPEK, Bekir Berat (ed.), Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2003).

EREN, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, (2012).

ERGÜL, Ozan, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine*”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Ankara Üniversitesi Yayınları, (2013).

ERTÜRK, Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, (2002).

FAGAN, Andrew, **Human Rights Confronting Myths and Misunderstandings**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, (2009).

FEDTKE, Jörg, “*Drittwirkung in Germany*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, FEDTKE, Jörg (ed.) Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), ss. 125-156.

- FEDTKE, Jörg, “*From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, FEDTKE, Jörg (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), ss. 351-377.
- FERRERES COMELLA, Victor, **Constitutional Courts and Democratic Values, A European Perspective**, Yale University Press, (2009).
- FUTCH, Delisa, “*Du Plessis v. De Klerk: South Africa's Bill of Rights and the Issue of Horizontal Application*”, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 22, N. 3, (1997).
- GARBDAUM, Stephen, “*The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, December (2003), ss. 387-459.
- GARBDAUM, Stephen, “*Where The (State) Action Is*”, **International Journal of Constitutional Law (I-CON)**, Vol. 4, No. 4, (2006), ss. 760-779.
- GARBDAUM, Stephen, “*The Structure and Scope of Constitutional Rights*”, **Comparative Constitutional Law**, GINSBURG, Tom, DIXON, Rosalind (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, (2011), ss. 387-405.
- GÖNENÇ, Levent, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, (2015).
- GÖREN, “*Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 12, (1995), ss. 199-243.

GÖREN, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. Baskı, İzmir, (2000).

GÖREN, Zafer, “*Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi*”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, C. II, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 383, Ankara, (2001), ss. 3-42.

GÖREN, Zafer, “*Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7 S. 14, (2008), ss. 1-24.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Yayınevi, Bursa, (2011).  
GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı**, Ekin Yayınları, 9. Baskı, Bursa, (2017).

GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, 1. Baskı, Bursa, (2017).

GREEN, Craig, “*An Intellectual History of Judicial Activism*”, **Emory Law Journal**, Vol. 58; No. 5, (2009), ss. 1195-1264.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, (2009).

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınları, Ankara, (2000).

HAREL, Alon, “*Theories of Rights*”, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, GOLDING, Martin P., William A. EDMUNDSON (ed.), Blackwell Publishing, (2005), ss. 191-206.

- HART, H. L. A., “*Legal Rights*”, **Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory**, HART, H. L. A., Oxford Clarendon Press, (1982), ss. 162–193.
- HIRSCH, Ernst E., “*Anayasa'nun Özel Hukuk Kurallarına Etkileri*”, **Birinci Türk Hukuk Kongresi**, TBB Yayınları, No. 2, (1972).
- HUNT, Murray, “*The “Horizontal Effect of the Human Rights Act”*”, **Public Law**, (1998).
- IPSEN, H.P., “*Die Freiheitsrechte im Deutschland*”, **Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Vol. II**, BETTERMANN, K.A., F.L. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY (ed.), Duncker & Humboldt, Berlin, (1954).
- JOUANJAN, Olivier, “*Freedom of Expression in The Republic of Germany*”, **Indiana Law Journal**, Vol. 84, Is. 3, (2009), ss. 867-883.
- KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Yayınevi, İstanbul, (2002).
- KABOĞLU, İbrahim, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İmge Yayınevi, İstanbul, (2007).
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1 – İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul, (2013).
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, (2017).
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “*Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları*”, **Düşünce Özgürlüğü**, ÖKÇESİZ, Hayrettin (hazırlayan), İstanbul, (1998), ss. 205-233.

KANETİ, Selim, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri*”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 6, (1989), ss. 19-35.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, (1993).

KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 56. Baskı, BB101 Yayınları, (2017).

KARAN, Ulaş, “*İfade Özgürlüğü Hakkı*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)**, Sibel İnceoğlu (ed.), Avrupa Konseyi, (2013), ss. 355-380.

KARAN, Ulaş, **İfade Özgürlüğü – Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Ankara, (2018).

KARAN, Ulaş, **Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü – Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-3**, Ankara, (2018).

KAY, Richard S., “*The State Action Doctrine, The Public-Private Distinction, And The Independence Of Constitutional Law*”, **10. Constitutional Comment**, (1993), ss. 329-360.

KELSEN, Hans, **General Theory of Law and State**, Trans. by Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, LTD., Clark, New Jersey, (2007).

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara (2013).

KNOX, John H., “*Horizontal Human Rights*”, **The American Journal of International Law**, Vol. 102, No. 1, (2008), ss. 1-47.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul, (2010).

KOMMERS, Donald P. ve MILLER, Russel A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press, Third Edition, (2012).

KONTACI, A. Ersoy, “*Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 66/2, (2017), ss. 427-459.

KORKMAZ, Ömer, **Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2014).

KORUCU, Serdar, **Yargısal Aktivizm**, Seçkin Yayınları, Ankara, (2014).

KUÇURADİ, Ioanna, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, (2009).

KUMM, Mattias ve FERRERES COMELLA, Victor, “*What Is So Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, Andras SAJO, Renata UITZ (ed.), Eleven International Publishing, (2005), ss. 241-286.

KÜÇÜK, Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2003).

LOOSCHELDERS, Dirk ve MAKOWSKY, Mark, “*The Impact of Human Rights and Basic Rights in German Private Law*”, **The Influence of Human Rights and**

- Basic Rights in Private Law**, Verica TRSTENJAK, Petra WEINGERL (ed.), Global Studies in Comparative Law, Vol. 15, Springer, (2016), ss. 295-317.
- MILL, John Stuart, **Hürriyet Üstüne**, (Çev. M. Osman Dostel), Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara, (2014).
- MILLER, Jonathan M., “*The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Verica TRSTENJAK, Petra WEINGERL (ed.), Global Studies in Comparative Law, Vol. 15, Springer, (2016), ss. 577-593.
- MUMCU, Ahmet ve KÜZECİ, Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, (2007).
- NACHMAN JR., M. Roland, “*Limits on Free Speech and Press*”, **Presidential Studies Quarterly**, Vol. 22, Issue 4, (1992).
- NIPPERDEY, Hans, “*Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*”, **Recht der Arbeit**, (1950).
- NIPPERDEY, Hans C., **Grundrechte und Privatrecht**, (1961).
- O’CINNEIDE, Colm, “*Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect – A Successful Experiment?*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE (ed.), Routledge-Cavendish, London-New York, (2007), ss. 213-251.
- ODER, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, (2010).
- OĞUZMAN, Kemal ve ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, Vedat Kitapçılık, 14. Baskı, İstanbul, (2016).

ONDREJEK, Pavel, “A Structural Approach to The Effect of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 13, Issue 2, (2017), ss. 281-304.

ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2003).

ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **Demokrasi ve Yargı**, (ed. Ozan Ergül), 1. Basım, TBB Yayınları, Ankara, (2005), ss. 1-16.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş 17. Baskı, (2017).

ÖZTÜRK, Kazım, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 1, Md.1-75, Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, (1966).

PETEK, Hasan, **Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2015).

PREUSS, Ulrich, “The German Drittwirkung Doctrine”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, Andras SAJO, Renata UITZ (ed.), Eleven International Publishing, (2005), ss. 23-32.

POROY, Mehmet Akif, “Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, Sayı 3, (2006), ss. 1005-1011.

REDISH, Martin H., **Freedom of Expression, A Critical Analysis**, The Michie Company, Virginia, (1984).

RUMPF, Christian, UZAR, Gökçe (Çev.), **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, (2012).

RISHWORTH, Paul, “*Taking Human Rights into the Private Sphere*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, (ed.) OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE, Routledge- Cavendish, London-New York, (2007), ss. 312-350.

QUINT, Peter, “*Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*”, **Maryland Law Review**, Vol. 48, Issue 2, (1989), ss. 247-349.

SABUNCU, M. Yavuz, “*Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C. 7-8, (1985-1986), ss. 15-26.

SADURSKI, Wojciech, **Freedom of Speech and Its Limits**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Netherlands, (1999).

SAĞLAM, Fazıl, “*Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 29, Sayı: 1, (1974), ss. 205-218.

SAĞLAM, Fazıl, “*Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi*”, **Anayasa Yargısı**, C. 13, (1996), ss. 43-76.

SARTORI, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, (1997).

SAUNDERS, Cheryl, “*Constitutional Rights and The Common Law*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, Andras SAJO, Renata UITZ (ed.), Eleven International Publishing, (2005), ss. 183-216.

SCANLON, Thomas, “*A Theory of Freedom of Expression*”, **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 1, No. 2, (1972), ss. 204-226.

SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme**, SEÇİLMİŞOĞLU, Bahattin (Çev.), Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2002).

SMITS, Pan, “*Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View*”, **Constitutionalisation of Private Law**, Tom BARKHUYSEN, Siewert LINDENBERGH (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, (2006), ss. 9-22.

SPIELMANN, Dean “*The European Court of Human Rights*”, **Human Rights and Private Sphere a Comparative Study**, (ed.) OLIVER, Dawn, Jörg, FEDTKE, Routledge- Cavendish, London-New York, (2007), ss. 427-464.

STARCK, Christian, “*Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*”, **Human Rights in Private Law**, Daniel FRIEDMANN ve Daphne BARAK-EREZ (ed.), Hart Publishing, (2001).

STEINBERGER, Helmut, “*Freedom of the Press and of Broadcasting and Prior Restraints*,” **Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschri für Hermann Mosler**, Rudolf Bernhardt ed., Springer, (1983).

STONE, Adrienne, “*The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*”, **Comparative Constitutional Law**, Tom GINSBURG, Rosalind DIXON (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, (2011), ss. 406-421.

SUNAY, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya, (2013).

SUNAY, Reyhan, “*İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, (2015), ss. 9-52.

SUNAY, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, (2002).

ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü (Gerekçeleri ve Sınırları)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, (2009).

ŞAHBAZ, İbrahim, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, (2007).

ŞİRİN, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, (2013).

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 15. Bası, (2015).

TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul, (1969).

TANÖR, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, (1994).

TAŞTAN, Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, Ankara, (2017).

TEZİÇ, “*Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü*”, **Anayasa Yargısı**, C. 7, Ankara, (1990).

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, (2013).

TRSTENJAK, Verica, “*General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*” **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Verica TRSTENJAK, Petra WEINGERL (ed.), Global Studies in Comparative Law, Vol. 15, Springer, (2016), ss. 3-61.

TURHAN, Mehmet, “*Anayasa ve Anayasacılık*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 3, (1994), ss. 3-12.

TURHAN, Mehmet, “*Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası*”, **DÜHFD**, S. 4, (1998), ss. 87-117.

TUSHNET, Mark, “*The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol.1, Issue 1, (2003).

TUSHNET, Mark, “*The Relationship Between Judicial Review of Legislation and The Interpretation of Non-Constitutional Law, With Reference to Third Party Effect*”, **The Constitution in Private Relations Expanding Constitutionalism**, SAJO, Andras, UITZ, Renata (ed.), Eleven International Publishing, (2005).

USLU, Ferhat, **Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, (2014).

UYGUN, Oktay, **Kamu Hukuku İncelemeleri – İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, (2013).

ÜNAL, Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, (1997).

WEINRIB, Lorraine E., WEINRIB, Ernest J., “Constitutional Values and Private Law in Canada”, **Human Rights in Private Law**, Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (ed.), Hart Publishing, (2001), ss. 43-72.

WELLMAN, Carl, **The Moral Dimensions of Human Rights**, Oxford University Press, New York, (2011).

**Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 9, S. 11, Kasım (1983).

YAVUZ, Bülent, “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, S, 1-2, (2009), ss. 283-302.

YILDIZ, Ferhat, **Türk Anayasa Hukukunda Basın Özgürlüğü**, Adalet Yayınevi, Ankara, (2013).

YOUNG, Alison L., “*Mapping Horizontal Effect*”, **The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law**, David HOFFMAN (ed.), Cambridge, (2011), ss. 16-47.

## **II. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları**

*Abortion I Case*, 39 BVerfGE 1 (1975).

*Blinkfrier Case*, 25 BVerfGE 256 (1969).

*Böll Case*, 54 BVerfGE 208 (1980).

*Lüth Case*, 7 BVerfGE 198 (1958).

*Mephisto Case*, 30 BVerfGE 173 (1971).

*Parabolantenne Case*, 90 BVerfGE 27 (1994).

42 BVerfGE 163.

## **III. Alman Federal İş Mahkemesi Kararları**

1 BAGE 185 (1954).

47 BAGE 363 (1984).

## **IV. ABD Yüksek Mahkemesi Kararları**

*Abrams v US*, 250 U.S. 616, (1919).

*Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 19–21 (1948).

*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

*NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

*Burton v Wilmington Park Authority*, 365 U.S. 715 (1961).

*Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

*Palko v Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

*Reitman v Mulkey*, 387 U.S. 369, (1967).

*Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

*Town on Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005).

*Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

*Lugar v. Edmondson Oil Co.* (1982). 457 U.S. 922 (1982).

*Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

*Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

## **V. Kanada Yüksek Mahkemesi Kararları**

*Retail, Wholesale and Development Store Union v Dolphin Delivery*, [1986], 2 S.C.R. 573.

*Hill v. Church of Scientology of Toronto and Manning*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

*McKinney v University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

*Dunmore v Attorney General for Ontario*, [2001] 3 S.C.R. 1016.

*Stoffman v Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483.

*C.B.S v Dagenais*, [1994] 3 S.C.R. 835.

*Vriend v Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

*Irwin Toy v Quebec*, [1989] 1 S.C.R. 927.

## **VI. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Kararları**

*Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC).

*Khumalo v Holomisa*, 2002 (5) SA 401 (CC).

*Carmichele v Minister of Safety and Security and Another*, 2001 (10) BCLR 995 (CC).

## **VII. İrlanda Anayasa Mahkemesi Kararları**

*Hosford v. John Murphy & Sons*, [1987] I.R. 621.

[1973] I.R. 121.

[1980], I.R. 102

[1961], I.R. 368

## **VIII. Türk Anayasa Mahkemesi Kararları**

E. 1964/22, K. 1964/54, k.t. 3/7/1964, AMKD, S. 2, s. 204.

E. 1969/24, K. 1969/50, k.t. 30/9/1969, AMKD, S. 7, s. 296.

E. 1968/38, K. 1969/34, k.t. 12/6/1969, AMKD, S. 7, s. 331.

E. 1979/31, K. 1980/59, k.t. 27.11.1980, AMKD, S. 18, s. 339.

E. 1981/8, K. 1982/3 k.t. 6/5/1982, AMKD, S. 20, s. 1.

E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26/11/1986, AMKD, S. 22, s. 364.

E. 1986/17, K. 1987/11, k.t. 22/5/1987, AMKD, S. 23, s. 208.

E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29/11/1990, AMKD, S. 27, s. 48.

E. 1991/25, K.1991/18, k.t. 21.6.1991.

Anayasa Mahkemesi, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2014/3986, k.t. 2/4/2014.

Anayasa Mahkemesi, *İlhan Cihaner Başvurusu*, B. No. 2013/5574, k.t. 30/6/2014.

Anayasa Mahkemesi, *Tuğrul Culfa Başvurusu*, B. No. 2013/2593, k.t. 11/3/2015.

Anayasa Mahkemesi, *Bekir Coşkun Başvurusu*, B. No. 2014/1215, k.t. 4/6/2015.

Anayasa Mahkemesi, *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/2623, k.t. 11/11/2015.

Anayasa Mahkemesi, *İlter Nur Başvurusu*, B. No: 2013/6829, k.t. 14/4/2016.

Anayasa Mahkemesi, *Özün Kanbay Başvurusu*, B. No: 2014/5584, k.t. 9/1/2018, R.G Tarih ve Sayı: 1/2/2018-30319.

## **IX. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

*Young, James, Webster / İngiltere*, B. No. 7601/76, 7806/77, k.t. 13/8/1981.

*Minelli / İsviçre (k.k)*, B. No. 14991/02, k.t. 14/6/2005.

*X ve Y / Hollanda*, B. No. 8978/80, k.t. 26/3/1985.

*Handyside / UK* B. No. 5493/72, k.t. 07/12/1976,

*Mater / Türkiye*, B. No. 54997/08, k.t. 16/7/2013.

## **X. Yargıtay Kararları**

18.11.1964, 2/4 sayılı İBK, R.G: 31/5/1963.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1980/4-1714, K. 1983/803, k.t. 14/09/1983

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 1991/10052, K 1991/12118, k.t. 4/1/1991

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9.4.1968, E. 157, K. 4628.

YHGK, E. 2008/4-158, K. 2008/154, k.t. 20/02/2008.

## **XI. Danıştay Kararları**

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1969/2, K. 1970/1, k.t. 12/2/1970.

DÖNMEZKUŞ, Dilara, Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü, Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ali Ersoy KONTACI, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, ss. 300, 2019.

## ÖZET

Bu çalışma, temel hakların ve ifade özgürlüğünün özel hukuk alanındaki etkisini karşılaştırmalı bakış açısıyla inceleyerek, Türk hukukunda yatay etki teorisinin uygulanabilirliğini belirlemeyi amaçlamaktadır. İnsan haklarının anayasalarda tanınmasının asıl amacı, özgürlüklerin ve insan onurunun devlete karşı korunmasıdır. Bununla birlikte, temel hakların yalnızca birey-devlet arasındaki ilişkileri düzenlediği düşüncesine dayanan dikey etki teorisi, günümüzde yerini temel hakların yatay etki anlayışına bırakmaktadır. Nitekim, temel hakların tam olarak korunması için bu hakların tüm hukuk düzeninde belli bir derecede etkili olması gerekir. *Drittwirkung*/ temel hakların yatay etkisi teorisi, anayasacılık anlayışının da bir sonucu olarak, temel hakların özel hukuk alanında da etki doğurması anlayışına dayanır. Çalışmada yatay etki teorisinin bir haritası çıkarılarak, temel hakların özel hukuk alanındaki etkisi karşılaştırmalı şekilde incelenmiştir. Bununla birlikte, her temel hakkın özel hukuk ilişkilerindeki etkisinin farklı olması gerektiği anlayışına bağlı kalınarak, çalışmanın sınırları ifade özgürlüğünün yatay etkisi çerçevesinde belirlenmiştir.

Çalışmanın çerçevesinin bu şekilde belirlenmesinde, demokratik ve çoğulcu bir toplumun gereği olan ifade özgürlüğünün, temel haklar arasında özel bir yere sahip olması dikkate alınmıştır. Bu nedenle ifade özgürlüğünün yalnızca devletin müdahaleleri karşısında korunması yeterli değildir. Devletin pozitif yükümlülükleri de göz önüne alınarak, bu özgürlüğün özel hukuk alanında da etkili olması ve korunması gerekmektedir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğü, diğer kişilerin hak ve menfaatleri ile çatışabilir. Bu durumda söz konusu çatışan menfaatlerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelenmesi gündeme

gelmektedir. Dolayısıyla çalışmanın son bölümünde, özel hukuk ilişkilerinde ifade özgürlüğünün kapsamı ve diğer temel haklar karşısındaki durumu incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Drittwirkung, Temel hakların yatay etkisi, İfade özgürlüğü, Hakların dengelenmesi, Devletin pozitif yükümlülükleri.



DÖNMEZKUŞ, Dilara, Horizontal Effect of Constitutional Rights and Freedom of Expression, Thesis Advisor: Asst. Prof. Ali Ersoy KONTACI, Ankara University Graduate School of Social Sciences, Master Thesis, p. 300, 2019.

## ABSTRACT

This study aims to examine the effects of fundamental rights and freedom of expression in the private law from a comparative perspective and applicability of theory of horizontal effect in Turkish law. The main purpose of the regulation of human rights in constitutions is the protection of freedoms and human dignity against the state. However, the theory of vertical effect, based on the idea that fundamental rights only regulate the relations between the individual and the state, leaves its place to the understanding that fundamental rights have the horizontal effect. Hence, in order to fundamental rights to be fully protected, these rights must be effective in a certain degree in the whole legal order. *Drittwirkung*/theory of horizontal effect of fundamental rights, is based on the understanding that fundamental rights have an impact on private law as a result of constitutionalism. In the study, a map of horizontal effect theory was drawn and the effects of fundamental rights in the private law were examined comparatively. Nevertheless, the boundaries of the study were determined within the framework of the horizontal effect of freedom of expression by adhering to the understanding that the effect of each fundamental right on private law relations should be different.

In determination of the framework of this study, freedom of expression which has a special place among fundamental rights and is a necessity of a democratic and pluralistic society is taken into consideration. For this reason, it is inadequate to protect the freedom of expression only against state interventions. This freedom needs to be

effective and protected in the private law by taking the positive obligations of the state into account. However, freedom of expression may conflict with the rights and interests of others. In this case, the balancing of the conflicting interests in the framework of the principle of proportionality comes up. Therefore, in the last section of the study, the scope of freedom of expression and its status against other fundamental rights in private relations are examined.

**Keywords:** Drittwirkung, Horizontal effect of fundamental rights, Freedom of expression, Balancing of the rights, Positive duties of the state.

