

Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke

Secondary Direct Effect of Constitutional Fundamental Rights on Third Parties and Twelve Methodological Principles for the Judge to Follow in Constitutional Proceedings

O. Gökhan Antalya* 

ÖZ

Hukuk düzeninde değerler sisteminin yapı taşı oluşturulan anayasal temel haklar; bireye devlete karşı koruma (savunma) hakkı verirken, devlete de bireyi koruma yükümlülüğü yükler. Bu kapsamda temel hakların, bireylerin doğrudan uygulanabilir taleplerini içeren subjektif-hukuki boyutu ve tüm hukuk sistemi içinde hakların gerçekleştirilmesini ilgilendiren objektif-hukuki boyutu vardır. Temel hakların, devlet ve vatandaş arasındaki ilişkilerin yoğunlaşmasını ifade etmek üzere “özel hukukun anayasallaşması”ndan bahsedilmektedir. Bu bağlamda doktrinde gelişen ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin yüksek mahkeme içtihatlarında da başvurulan “temel hakların üçüncü – taraf – etkisi”, özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkide temel hakların geçerliliğini ve uyumsuzlukların çözümünde, hukukun yorumlanmasında (anayasaya uygun yorumla) dolaylı, tamamlanmasında ve düzeltilmesinde (anayasaya uygun yorumla) ikincil doğrudan etki olarak temel haklara başvurulabilmesini ifade eder. Temel hakların uygulanması dolaylıdır; doğrudan etkisi ise ikincildir. Bu yönüyle koruma yükümlülüğü ve üçüncü etki ile etkileşim içindedir ve birbirini tamamlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, anayasa merkezli yorumla, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyumsuzluklarda, maddi olayda temel hakların ve devletin koruma yükümlülüğünün gözetilip gözetilmediğini denetler. Yine iptal davasında anayasa merkezli yorum yapacaktır. Bu çalışmada, temel hakların özel hukuk uyumsuzluğuna uygulanmasına ilişkin teorik temeller ve buna ilişkin denetimde Anayasa Mahkemesi hâkiminin uyacağı on iki metodolojik ilke incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Temel Haklar, Kurucu Hak, Temel Hakların Üçüncü – Taraf – Etkisi, Koruma Yükümlülüğü, Korunma Hakkı, Norm Katmanları Teorisi, Ölçülülük İlkesi, Doğrudan Etki, Dolaylı Etki, İkincil Doğrudan Etki, Hukukun Uygulanması, Anayasa Yargısı, Anayasaya Uygun Yorum, Üç Aşamalı Metod, On İki Metodolojik Temel İlke

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-3005-2154.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: O. Gökhan Antalya

E-posta/E-mail: gantalya@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.04.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2022

ABSTRACT

The constitutional fundamental rights, lying at the heart of the system of values in legal order, not only grant a right of protection to the individual against the state but also oblige the state to protect the individual. In this sense the fundamental rights involve both a subjective legal dimension including individuals' directly applicable claims and an objective legal dimension concerning realization of rights within the legal order. The condensation of fundamental rights in the relationship between the state and the individual is expressed as the "constitutionalization of private law". As a concept enhanced in the literature and referenced to in continental European high courts' jurisprudence, "the effect of fundamental rights on third parties" indicate that fundamental rights are applicable in the horizontal relationship between the individuals, so that they play an indirect role for the dispute resolution, legal interpretation (with constitution-conforming interpretation), and a secondary direct role for the complementation and rectification (with constitution-conforming interpretation). Implementation of fundamental rights is indirect, yet their direct impact is secondary. In that regard it is in interaction with the obligation to protect, and the two concepts complement each other. With the constitution-centered interpretation, the Constitutional Court controls in an individual application whether the fundamental rights and state's obligation to protect are respected. It exercises constitution-centered interpretation in action for annulment. This study examines the theoretical foundations regarding the application of fundamental rights in a private law dispute and twelve methodological principles that the Constitutional Court judge shall follow through the control.

Keywords: Fundamental Rights, Founding Right, Effect of Fundamental Rights on Third Parties, Obligation to Protect, Right to Protection, Theory of Layers of Norm, Principle of Proportionality, Direct Impact, Indirect Impact, Secondary Direct Impact, Implementation of Law, Constitution-Conforming Interpretation, Three-Step Method, Twelve Methodological Principles, Constitutional Jurisdiction.

I. TEMEL HAKLARIN HUKUKTA FONKSİYONLARI

Anayasa düzenlenen temel haklar, aynı zamanda – sübjektif – hak olarak mutlak haklarda, örneğin kişilik haklarında ve nispi haklarda – alacak haklarında – farklı görünümle ortaya çıkar. Anayasada yer alan hukuk prensipleri hukukun evrensel genel hukuk ilkelerinin yansımasıdır; bu prensipler de özel hukuk ilkeleri, örneğin dürüstlük ve güven ilkesi, irade muhtariyeti (özerkliği) ilkesi şeklinde karşımıza çıkar.

Anayasadaki temel haklar, hukukun fonksiyonuna, yani toplumsal düzenin sağlanmasına ve denetlenmesi ile toplumsal barış ve huzurun sağlanmasına da hizmet eder¹.

Temel haklar; evlilik, çocuk, mülkiyet gibi hukuk kuramları ile kanunilik ilkesi gibi hukuk prensipleriyle, hukukun düzenleme ve kontrol fonksiyonuna hizmet eden objektif bir hukuki bir niceliğe sahiptir².

1 O Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt I Hukuk Teorisi* (2. Baskı, Seçkin 2020) N 2002.

2 Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre* (16. Baskı, CH Beck 2010) 256 vd.

Temel haklar, özel hukukta – kişisel – hakkın gerçekleşmesine ve sağlanmasına; başka bir deyişle, kişinin özgürleşmesine, örneğin kişinin iradesinin muhtariyetini sağlamaya hizmet eder; böylelikle kişi ve onun kişiliğini korur, onun iradesini özgürce oluşmasını ve gerçekleşmesini sağlar³.

Temel haklar, hukuk normlarının adalete uygun olarak gerçekleştirilmesine hizmet eder.

Diğer yandan, – subjektif – hakların önemli bir kısmı, temel hak olarak uluslararası andlaşmalar (ya da bildirilerle) ve anayasa ile korunan haklardır; onların hukuki dayanaklarını oluşturur. Temel haklar, hukuk düzenin kurallar hiyerarşisinde hem şekli hem de maddi olarak en üstünde yer alana haklardır. Hukuk düzenin maddi bütünlüğünü oluşturan değerler sisteminin temel taşlarını oluştururlar.

Temel haklar, hukuk normunun amacını ve amacında yer alan temel değeri belirlerler; başka bir deyişle, temel haklar ilgili kanun hükmünün TMK m.1/I anlamında “özü”nün (“ruh”unun) kavramsal çekirdeğinde yer alırlar; amaçsal yorumun temel yorum aracıdır. Bu noktada, temel haklar, kanunun sözündeki amacı belirleyen temel değeri ve anlamını ortaya koyar. Aynı zamanda, sistemsal yorum elemanı olarak yardımcı yorum aracıdır.

İlaveten, temel haklar, TMK m.1/II anlamında kanun boşluğunun tamamlanması ve düzeltilmesi şeklinde geliştirilmesinde anayasaya uygun yorum olarak hareket noktasını teşkil eder.

II. ANAYASAL TEMEL HAKLARI YORUMLAMA İLKESİ VE DEĞER ÖLÇÜTÜ OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Temel yorum ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir.

1982 tarihli Anayasamızın 15. maddesinde “*durumun gerektirdiği ölçüde*” ifadesinden hareketle, ölçülülük ilkesinin düzenlendiği kabul edilmektedir⁴. AİHM ve Anayasa Mahkemesi aşağıda inceleneceği üzere kararlarında sıklıkla ölçülülük ilkesini kullanmaktadır.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanır.

Anayasaya uygun temel hak düzenlemelerinin – kanunların – devletin yüklediği koruma durumlarının ve sınırlamalarının uygunluğu ölçülülük ilkesiyle değerlendirilir⁵. Bireyin temel haklarının devlete karşı korunmasının ve devletin koruma yükümlülüğünün ölçütü olarak ölçülülük

3 Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2025.

4 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Yayınları 1982) 179 vd.

5 Philip Künig, ‘Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht (Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi)’ (Burak Çelik, Gökçen Doğan ve Ahmet Çağrı Yıldız (çev)) (2019) (1) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 178.

ilkesi, temel haklarla korunan hukuki değerlerin gerçekçi bir şekilde korunduğunun ve ilaveten, normatif ve fiili şekilde korumanın gerçekten korumanın sağlandığının yeterlilik ölçütüdür.

Ölçülülük ilkesi, Anayasa dahil tüm pozitif hukuk düzeninde uygulama alanı bulur. Devlet, tüm işlem ve eylemlerinde ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek durumundadır. Özellikle iki hakkın çatışmasında ya da temel hakka bir sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi kullanılır.

Ölçülülük ilkesi anayasal bir ilkedir, bu sebeple de normların tabi olacağı ilkelerin hiyerarşisinde en üstte yer alır. Anayasa gereği, metinde yer alsın almasın ölçülülük ilkesi her durumda uygulanır. Özellikle hâkimin kanunu uygularken, yani kanunu yorumlanırken, tamamlanırken ve düzeltirken ölçülülük ilkesinden yararlanmak gerekir.

Ölçülülük ilkesi aynı zamanda, hâkimin takdir yetkisinin (TMK m.4) sınırlarını oluşturur. Devletin vatandaşın temel haklarına kanunla müdahale ettiği durumlarda, aşırılık yasağına, yani ölçülülük ilkesine uygun ölçütlere göre müdahale etmelidir.

Ölçülülük ilkesi üç aşamadan oluşur:

- Hedeflenen amaca ulaşmaya objektif katkı, yani müdahalenin uygunluğu (*elverişliliği*),
- Müdahalenin *gerekliliği* ve
- Müdahalenin *makullüğü (orantılılığı)*⁶.

B. AŞIRILIK YASAĞI – AŞIRI MÜDAHALESİZLİK YASAĞI

Ölçülülük ilkesi, devletin temel haklara müdahalesini iki şekilde değerlendirmektedir. Ölçülülük ilkesi sadece devletin aktif müdahalelerinde değil; pasif durumda, yani yapmama şeklindeki müdahalelerde de uygulama alanı bulur.

Ölçülülük ilkesi,

- İlk kavramsal yönüyle, devletin aktifi müdahalesinde *aşırı müdahale yasağı* yani *aşırılık yasağı* (Übermaßverbot) ölçütüdür ve bununla bağlantılı olarak,
- Diğer yönüyle, devletin pasif kalması gereği durumlardaki asgari korumayı sağlamaya ilişkin değerlendirme *yani aşırı müdahalesizlik yasağı* (Untermaßverbot) ölçütüdür⁷.

6 Bkz. Kunig (n 5) 159 vd.

7 Gunnar Folke Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation* (CF Müller 1980) 15; Claus-Wilhelm Canaris, 'Grundrechte und Privatrecht' (1984) 184 Archiv für die civilistische Praxis 201, 208.

C. TEMEL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Devletin temel bir anayasal haklara yönelik sınırlamanın ya da müdahalenin hukuka ve Anayasa'ya uygun olabilmesi için,

- *Müdahalenin kanuna dayanması (Kanunilik ilkesi),*
- *Kamu yararı amacı taşıması (Meşru amaç ilkesi) ve*
- *Ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir⁸.*

1. KANUNİLİK İLKESİ

Temel haklara yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçüt kanunilik ilkesinin gereğidir. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir⁹.

2. MEŞRU AMAÇ İLKESİ

Temel haklar, meşru amaçla sınırlandırılabilir. Örneğin mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkân verdiği için bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlandırılmasını engelleyerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak temel hakkını etkin bir şekilde korumaktadır.

Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca somutlaştırılarak değerlendirilmelidir¹⁰.

3. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Temel hakkına yapılan sınırlamayla ve müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

8 Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62 (*Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 57.

9 Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye İş Bankası A.Ş.*, B. No: 2014/6192, 12.11.2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26.10.2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30.12.2014, § 55; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 58.

10 Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Nusrat Külâh*, B. No: 2013/6151, 21.04.2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20.03.2014, §§ 28, 29; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 60.

Temel hakkın sınırlanmasının demokratik hukuk devletinde, bir toplumun zorunlu toplumsal ihtiyacın karşılanması yönelik amacın gerçekleşmesi zorunlu olmalı ve bu zorunluluk içinde amaca uygun ölçülülük içinde gerçekleşmesi gerekir. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkarak, bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesini ifade eder. Bu sebeple temel hakkı sınırlayan hukuk normu hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilir¹¹.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı ölçüt olarak gözüke de ikisi arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekliliği, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirme birlikte, temel haklara en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir¹².

Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki kullanımıdır. Temel hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ve de istisnai tedbir niteliğinde olması, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olmasını ifade eder¹³. Bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması, kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz¹⁴.

B. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DEĞERLENDİRME ÖLÇÜTLERİ

Ölçülülük ilkesi; *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç değerlendirme ölçütünden oluşmaktadır¹⁵:

– *Elverişlilik*, öngörülen müdahaleyle (sınırlamayla) ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını,

– *Gereklilik*, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını,

– *Orantılılık* ise, bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

11 Anayasa Mahkemesi, E 2017/130 K 2017/165, 29.11.2017.

12 Anayasa Mahkemesi, E 2017/130 K 2017/165, 29.11/2017.

13 Anayasa Mahkemesi, E 2017/130 K 2017/165, 29.11.2017.

14 Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2013/95 K 2014/176, 13.11.2014; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 63.

15 Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2011/111 K 2012/56, 11.04.2012; E 2014/176 K 2015/53, 27.05.2015; E 2016/13, K 2016/127, 22.06.2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 64.

C. ADİL DENGENİN SAĞLANMASI

Ölçülülük ilkesi gereği, kişilerin temel hakkının sınırlandırılması halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Sınırlandırma ile yasal ve meşru olsa da hak sahibine kişisel olarak katlanamayacağı aşırı bir yük yüklediğinin tespit edilmesi durumunda, adil denge bozulmuş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvuruçunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da göz önünde tutarak başvuruçuya yüklenen yükü dikkate almaktadır¹⁶.

Temel hakkı hakkını sınırlandıran bir uygulanmasının ölçülü olabilmesi için gerek kapsamı gerekse de süresi itibarıyla orantılı olması gerekir¹⁷.

Kişinin temel haklarıyla ilgili olarak bazı sınırlamalar getirilmesi ya da tedbirlerin uygulanmasının zarara yol açması mümkündür. Bu durumda, doğan zararın kaçınılmaz olanlarının, ağır veya aşırı sonuçlara da yol açmaması veya böyle bir zararın oluşması durumunda, kamu makamlarınca uygun yöntem ve vasıtalarla makul sürede giderimin sağlanması usul ve esaslarının öngörülmesi gerekmektedir¹⁸.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu davalarda, temel haklara, özellikle mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirlerin söz konusu olduğu durumlarda, tedbiri uygulayan kamu makamlarının ivedi olarak ve özenli bir biçimde davranma yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamaktadır. Getirilen sınırlamaların makul olmayan bir süre devam etmesini, hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılmasının belirsiz olacak şekilde ötelenmesi suretiyle hak sahibine orantısız bir yük yüklediğini ifade etmektedir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu davada, taşınmazların tapu kaydına askerî güvenlik bölgesi şerhi konulması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında, şerhin, malikleri olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemeyeceğini; bu itibarla, uygulanan şerhle başvuruçulara aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerektiğini; çevresinde bulunan taşınmazlar imara açıldığı hâlde askerî güvenlik bölgesi şerhi nedeniyle imara açılmayan ve fiilî yapılaşma yasağı da uygulanan

16 Anayasa Mahkemesi, *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15.02.2017, §§ 58, 60; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 65.

17 AİHM, imar planında taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasının ve bu çerçevede kamu makamlarının süre sınırlaması olmaksızın herhangi bir zamanda taşınmazı kamulaştırmaya yetkili olmalarının mülkiyet hakkının kullanımını belirsiz ve kullanılamaz hâle getireceğini vurgulamıştır (*Sporrong ve Lönnroth v İsveç* App no 7151/75 (ECtHR, 23 Sep 1982) § 60; *Hakan Arı v Türkiye* App no 13331/07 (ECtHR, 11 Jan 2011) § 35).

18 AİHM baraj inşaatı kapsamında su rezervuarının etrafında kısa mesafeli – mutlak – koruma alanındaki taşınmazlar yönünden kamulaştırma zorunluluğuna işaret ederek mülklerin tam değerine uygun bir tazminat ödenmediği için müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir (*Kutlu ve diğerleri v Türkiye* App no 14963/08 (ECtHR, 11 Jan 2011) §§ 53-61).

19 Anayasa Mahkemesi, *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/17196, 25.10.2018, § 73; *Cemal Taş ve diğerleri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 66.

taşınmazlar nedeniyle başvuruçuların bir zararlarının olduğuna ve yine derece mahkemelerinin henüz gerçekleşmeyen ve gerçekleşmesi muhtemel olan zararların tazminine olanak bulunmadığına yönelik yorumu başvuruçulara şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediğine ve bu durumda başvuruçuların mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvuruçular aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır²⁰.

III. TEMEL HAKLARIN NİTELİKLERİ

A. KİŞİNİN TEMEL HAKLARLA DEVLETE KARŞI KORUNMASI (KORUNMA HAKKI OLARAK TEMEL HAKLAR)

Temel haklar, tarihsel süreçte vatandaşın devlete karşı korunmasını olarak oluşmuş ve gelişmiştir²¹. Temel haklar bireye, devlet baskısının olmadığı bir özel ve özerk özgürlük alanı tanıır²².

Temel haklarının temel amacı, bireyin özgürlük alanını devlet müdahalesine karşı koruma sağlamaktır²³. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, geleneksel olarak devlete karşı savunma hakları olarak anlaşmıştır²⁴. Bu korunma hakkının muhatabı elbette devlettir. Gerçekten insanlığın tarihsel tecrübesi bize, birey özgürlüklerinin öncelikle devletin bu alanlarındaki faaliyetleriyle tehlikeye girdiğini göstermiştir.

Anayasalardaki temel haklar, bireyin devletle olan ilişkisi, devletin egemenlik yetkisi insan onuruna uygun şekilde sınırlandırılmış şekliyle düzenlenmektedir. Temel haklar da bireyin devlete karşı bir korunma hakkıdır.

Herkesin temel hak ve özgürlükleri, “*kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez*”dir (Anayasa m.12/I). Anayasa m.13’te temel hak ve özgürlüklerim, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini ve bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirtmiştir.

20 Anayasa Mahkemesi, *Cemal Taş ve diğeri*, B. No: 2016/3316, 29.12.2020, § 67 vd. Aynı nitelikte başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, *İhsan Uygun ve Nuran Kaya*, B. No: 2017/28373, 29.12.2020.

21 Georg Jellinek and Walter Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Nabu 2014) 419.

22 Hans Huber, ‘Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen’ (1955) 74 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 190; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt* (3rd edn, Stämpfli 1982) 293.

23 Ulrich Häfelin and Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (4th edn, Schulthess 1998) N 247.

24 Eugen Bucher, ‘Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu “Streikrecht” und “Drittwirkung” i. S. von BGE 111 II 245-259’ (1987) 83 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 37; Häfelin and Haller (n 23) N 257 vd.; Georg Müller, ‘Zur Problematik der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien’ (1993) 129 *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 153, 155 vd.; Saladin, *Wandel* (n 22) 292 vd.

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kötüye kullanılamaz (Anayasa m.14/I) .

İlaveten, Anayasa m.14/II hükmüne göre, “*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*”

B. DEVLETİN VATANDAŞLARINI TEMEL HAKLARINI KORUMA YÜKÜMLÜĞÜ (KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLARAK TEMEL HAKLAR)

Devletin egemenlik gücünün sınırlandırılmasıyla, devlet ve birey arasındaki güç dengesi özel bireyler lehine gelişmiştir. Korunma hakkı karşılığında, devlet bireysel özgürlüğün kullanılmasına izin verme ve temel hakları ihlal eden eylemlerden kaçınma yükümlülüğü, yani devletin koruma yükümlülüğü kabul edilmiştir²⁵. Bu özgürlük alanında temel hakkın muhatabına belirli bir davranıştan kaçınma ve katlanma yükümlülüğü, diğer yandan aksini yapmama yükümlülüğü getirmiştir²⁶.

Bazı yazarlar, temel haklar anlayışında, hakların sadece devlete olumlu davranma yükümlülüğü yüklediğini kabul etmektedir. Bu görüşte bireyler temel haklara dayanarak ne devletten bir edimin yerine getirilmesini talep edebilir, ne de devletten üçüncü kişilerin temel haklarına uygun davranmasını sağlamasını isteyebilirler. Bu görüşe göre, temel hakların tamamen savunma işlevi vardır²⁷.

Salt olumsuz (negatif) temel haklar anlayışı, 1960’larda başlayarak günümüzde de daha yoğun bir şekilde eleştirilmiştir²⁸. Eleştiriler ve hak anlayışındaki gelişmeler temel hakların sadece vatandaş ve devlet arasındaki ilişkiye değil, aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilere temel hakların uygulanmasını²⁹ savunan kurucu hak anlayışı ve daha sonra da temel hakların üçüncü – taraf – etkisi görüşünü getirmiştir³⁰.

25 Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller and Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (9th edn, Schulthess 2016) N 257; Georg Müller, ‘§ 204, Schutzwirkung der Grundrechte’ in Detlef Merten and Hans-Jürgen Papier (eds), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein* (Dike 2007) N 1; Regina Kiener and Walter Kälin, *Grundrechte* (2nd edn, Stämpfli 2013) 34 vd.

26 Häfelin and Haller (n 23) N 257; Tarkan Göksu, ‘Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes’ (2002) 98 Schweizerische Juristen-Zeitung 89 vd.

27 Bkz. Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 258 vd.; Saladin, *Wandel* (n 22) 292 vd. İsviçre Federal Mahkemesi’nin mülkiyetinin teminatında bu yaklaşımı sergilermiştir: Bkz. BGE 105 Ia 330, E. 3d s. 337.

28 Beatrice Weber-Dürler, *Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung* (De Gruyter 1998) 77.

29 Viktor Aeppli, *Grundrechte und Privatrecht, Hinweise für die Überprüfung der Grundrechtskonformität des Privatrechts im Sinne des Entwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung* (Diss. 1980) 13 vd.; Häfelin and Haller (n 23) N 280; Müller, *Grundrechtsgarantien* (n 24) 155 vd.; Saladin, *Wandel* (n 22) 308; Jörg Paul Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Stämpfli 1982) 80.

30 Huber (n 22) 179 vd., 190 vd.

Temel hakların üçüncü etkisinin varlığına (temel hakların özel kişilerle ilişkilerinde “temel hakların” geçerli olup olmadığı tartışmasına) ilişkin temel anlaşmazlığa ek olarak, bu üçüncü etkisinin şekli (nasıl olduğu) tartışılmaktadır³¹.

Temel haklar aynı zamanda devlete vatandaşını *koruma yükümlülüğü* yükler. Günümüzde devletin Anayasadan kaynaklanan hakların, özellikle temel hakları ihlal etmemek şeklinde “*olumsuz (negatif) yükümlülükler*”i yanında, bireyler arasındaki ilişkilerde hak ihlallerini önlemek ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak şeklinde “*olumlu (pozitif) yükümlülükler*”in olduğu kabul edilmektedir.

Koruma yükümlülüğü Anayasamızda m. 5’de “Devletin temel amaç ve görevleri” başlığında “... *kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Anayasanın özel olarak örneğin ailenin kadınları, çocukların korunması (Anayasa m.41), gençliğin korunması (Anayasa m.58), çevrenin korunması (Anayasa m.56) için getirdiği düzenlemeler söz konusudur.

Devletin koruma yükümlülüğü, vatandaşlarının bireysel tehditlere karşı değil, tüm vatandaşların örneğin salgın tehlikesi ile tehdit altına alındığı durumlarda da söz konusudur³². Bu durumlarda devlet sadece vatandaşların özgürlük alanlarına pasif şekilde dikkat etmek şeklinde değil, onları aktif davranışlarla koruma yükümlülüğü altındadır.

Anayasa özgürlüklerin korunmasına ve sınırlarına ilişkin devletin koruma yükümlülüğünü kanunla yapılacağını işaret etmektedir. Özel hukukta ve ceza hukukunda, kişinin ve kişi özgürlüklerinin korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Devletin koruma yükümlülüğü Anayasa yargısı ile teminat altına alınmış ve uygulamada geliştirilmiştir. Örneğin, annenin yaşamının korunması bağlamında hamileliğin sonlanmasında kadının korunması.

C. KURUCU HAK OLARAK TEMEL HAKLAR

I. GENEL OLARAK

Temel haklara ilişkisinin anlayış zaman içinde farklı bir şekilde geliştirilmiştir. Temel haklar artık sadece devlete karşı savunma hakları olarak değil, tüm hukuk sisteminde etkili olan objektif temel normlar olarak anlaşılmaktadır.

Temel hakları, yalnızca bu olumsuz fonksiyon olarak devlet gücünün sınırlandırması işlevi yerine getirmez. Liberal anlamda özgürlük hakları aynı zamanda birey ve devlet arasındaki anayasal düzlemdeki ilişki olarak, tüm devlet tüm hukuk sisteminin özgürlük temellerini oluşturur.

31 Aepli (n 29) 203 vd.; Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts* (Stämpfli 1964) 166 vd.

32 Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit* (De Gruyter 1983) 3 vd.; Georg Hermes, *Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit* (CF Müller 1987) 148 vd.; Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1992) 21 vd.

Saladin bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: Temel haklar, hukuk sisteminin en ince dallarına kadar etkili olan anayasal normlar olarak anlaşılmalıdır. Temel haklar, sadece salt kamusal yasak ve emirlerden vazgeçmeyi gerçekleştirme faaliyeti değil, sisteme hâkim temel idelerinin gerçekleştirilmesini sağlama çabasına yönelik ilgili hukuk sisteminin tamamını tasarlamadır³³.

Temel haklar, koruma işlevlerine ek olarak, tüm hukuk sisteminin temelini oluşturdukları için kurucu bir işleve sahiptir³⁴. Temel haklara ilişkin bu korucu anlayış, devleti tüm hukuk sistemi içinde temel hakları uygulanmasını sağlamaya teşvik eder. Devlet yetkilileri, bu nedenle temel haklarla ilgili olarak sadece kaçınma ya da katlanma – olumsuz – eyleminde bulunmamakla yetinmez, aynı zamanda olumlu davranmakla da yükümlüdür.

2. J.P. MÜLLER'İN NORM KATMANLARI TEORİSİ

J. P. Müller, temel hakları genişletme anlayışı temelinde, temel hakların farklı işlevlerini ve geçerlilik iddialarını göstermek için *norm katmanları teorisini* (Theorie der Normschichten) geliştirmiştir³⁵.

Temel bir hakkın üç katmanını birbirinden ayırıyor:

- *Gerekçelendirme katmanı* (justiziable Schicht),
- *Programatik katman* (programmatische Schicht) ve
- *Yandan çevreleme katmanı* (flankierende Schicht).

Gerekçelendirme katmanında temel hak sahibine doğrudan bir talep imkanı verilmektedir. Yargılanabilir bir tabakanın varlığı için bir temel hakkın yeterli bir şekilde normatif kesinliğinin olması gereklidir. Diğer bir deyişle, temel hak sahibinin doğrudan talebi, temel hak içeriğindeki veya yerleşik yargı uygulamasındaki belirsizliği, yasama organının müdahale etmesi zorunluluğunda kalmaksızın, hukuk sisteminde temel hakkın nasıl uygulanacağını gösterdiğinde söz konusu olur. Kural olarak, bu gerekçelendirme katmanı, tüm klasik temel haklara, özellikle de özgürlük haklarına ve eşitlik ilkesine ilişkindir.

Gerekçelenebilir talepler, bir yandan bireysel temel haklardan kaynaklanan geleneksel savunma taleplerini; diğer yandan da ya belirli özgün temel haklardan ya da doğrudan anayasadan kaynaklanan edim taleplerini kapsar³⁶.

33 Saladin, *Wandel* (n 22) 295.

34 Jörg Paul Müller, 'Einleitung zu den Grundrechten' in Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René A Rhinow and Dietrich Schindler (eds), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (Helbing Lichtenhahn 1987) N 22; Jörg Paul Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Stämpfli 1982) 8

35 Jörg Paul Müller, 'Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten' in Daniel Thürer, Jean-François Aubert and Jörg Paul Müller (eds), *Verfassungsrecht der Schweiz* (Schulthess 2001) N 29; Müller, *Einleitung* (n 34) N 40. Bu konuda ayrıca bkz. Kiener and Kälin (n 25) 34.

36 Kiener and Kälin (n 25) 34 vd.; Bernard Waldmann, 'Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV' (2008) 1 ius.full 20, 21.

Öte yandan, temel hakların programatik katmanı, gerekçelendirme katmanının aksine subjektif talep oluşturmaz; ancak kanun koyucuyu öncelikle bunları gerçekleştirmesini zorunlu kılar. Bir temel hakkın yargısal olarak uygulanabilir subjektif talebi gerçekleştirmesi her zaman mümkün değildir. Temel haklar, programatik katmanı aracılığıyla tüm devlet yetkililerini, temel hakları objektif düzenleme ilkeleri olarak hukuk sistemi içinde uygulanmasını sağlamaya yönelmektedir. Özellikle kanun koyucu temel hakları somutlaştırmak ve temel hakları gerçekleştirmek üzere, onların kapsamını belirler ve bu yönde faaliyette bulunur³⁷.

Temel hakların yandan çevreleyen katmanda veya dolaylı olarak gerekçelendirme katmanında, temel hakların açık boşluğu veya takdir yetkisi veren kanun normların çözebilmesi için kullanıldığı her yerdeki etkisi söz konusudur.

Kanunu uygulayan yetkililer, temel hakların içeriğinde yer alan objektif temel ilkelerini hukukun uygulanmasına dahil etmelidirler; başka deyişle temel haklara uygun olarak kanunu hükümlerini uygulamalıdır³⁸. Kamu yetkilileri, özel hukuk normu, ceza hukuku normu ve idare hukuku normlarını temel haklara uygun yorumlama ve uygulayarak, temel hakları dolaylı olarak gerekçelendirir³⁹.

İsviçre hukuk doktrininde, temel hakların bu kurucu anlayışı hâkim görüş olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

3. DEĞERLENDİRME

Görüşümüze göre, temel haklar bireye devlete karşı bir korunma (savunma) hakkı verdiği gibi, devlete de bireyleri koruma yükümlülüğü yükler. Bu bireyin korunma (savunma) hakkı ve devletin koruma yükümlülüğü bir aynanın iki yüzü gibidir; her zaman diğerinin aynadaki görünümü olarak tezahür eder. Görünüş ve onun tezahürü pasif – olumsuz – davranış yanında aktif biri – olumlu – davranışı konu edinen hak ve yükümlülük şeklinde olabilir.

Diğer yandan temel haklar, özellikle Anayasal temel haklar, bireye haklar ve devlete yükümlülük yüklediği gibi, hukuk düzeninin kurucu ve temel değerleri olarak değerler sisteminin yapı taşı oluşturur.

Temel hakların iki boyutu söz konusudur:

- Temel hakların *subjektif-hukuki boyutu*, temel bir hakkın doğrudan uygulanabilir taleplerini içerirken,

37 Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 30; Müller, *Einleitung* (n 34) N 41.

38 Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 33; Müller, *Einleitung* (n 34) N 43 vd.

39 Waldmann, *Wirkung* (n 36) 21 vd.

40 Bernard Waldmann, 'Art. 35' in Bernard Waldmann, Eva Maria Belser and Astrid Epiney (eds), *Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV)* (Helbing Lichtenhahn 2015) Art. 35 N 2, Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 263; Giovanni Biaggini, *BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli 2007) Art. 35 N 4; René A Rhinow, Markus Schefer and Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht* (3rd edn, Helbing Lichtenhahn 2016) N 985 vd.; Patricia Egli, *Drittwirkung von Grundrechten* (Schulthess 2002) 137.

- Temel hakların *objektif-hukuki boyutu*, tüm hukuk sistemi içinde temel hakların gerçekleştirilmesi ile ilgilidir⁴¹.

Temel haklar, bu boyutlarına uygun olarak farklı fonksiyonları yerine getirir:

- Klasik yaklaşımın temel hakları kişi özgürlüklerini koruma hak ya da yükümlülüğü olarak gören *sübjektif-hukuki işlevi* yanında,
- Temel haklar bireyin hakkı yerine getirme talebini de içeren ve tüm devlet yetkililerini faaliyetlerini yerine getirirken temel hakların gerçekleşmesine katkıda bulunma şeklinde *objektif – hukuki işlevi* vardır.

Bu yaklaşım, objektif-hukuki işlev, temel hakların kurucu anlayışının tezahürüdür.

IV. ANAYASAL TEMEL HAKLARIN ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Anayasal hükümler, bu kapsamda temel haklar, öncelikle bireyin özgürlük alanını devletin otoritesinin müdahalesine karşı korumayı amaçlamaktadır; vatandaşın devlete karşı korunma hakkı vardır⁴².

Koruma hakkı yaklaşımı temel hakların klasik anayasa fonksiyonudur⁴³. Temel haklar korunma hakları olarak, Anayasa kapsamındaki temel hakların dogmatikliğinin başlangıç noktası olmuştur⁴⁴. Anayasalar temel hak ve özgürlüklere yer vererek, vatandaşların bu temel hak ve özgürlükleri devlet karşısından güvence altına alır ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi hizmete eder.

Temel haklarla bağlı olan devlet, vatandaşların korunma hakkı verir ve vatandaşlarını koruma yükümlülüğü yükler⁴⁵.

41 Ayrıntı için bkz. Kiener and Kälin (n 25) 34 vd., 42 vd.

42 Josef Isensee, '§ 111' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992) § 111 N 11; Eckart Klein, 'Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates' (1989) *Neue Juristische Wochenschrift* 1633 vd. Karş. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (2nd edn, Suhrkamp 1994) 395. Benzer yaklaşım: BVerfGE 68, 193, 205

43 Isensee, *Staatsrecht* (n 42) § 111 N 21; Alfred Söllner and Raimund Waltermann, *Grundriss des Arbeitsrechts* (13th edn, Vahlen 2003) N 90.

44 Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (Mohr Siebeck 2001) 88. Koruma yükümlülüğünün tarihsel gelişimi için bkz. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Mohr Siebeck 2003) 15 vd.

45 Horst Dreier, 'Art. 1' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) Art. 1 Abs. 3 N 53; Martin Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand* (Mohr Siebeck 2000) 225; Annette Guckelberger, 'Die Drittwirkung der Grundrechte' (2003) *Juristische Schulung* 1151, 1157; Wolfram Höfling, 'Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt' (1995) *Juristische Arbeitsblätter* 431 vd.; Martin Oldiges, 'Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht' in Rudolf Wendt and Karl Heinrich Friauf (eds), *FS für Karl Heinrich Friauf* (CF Müller 1996) 281, 282; Christian Starck, 'Art. 1' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018) Art. 1 N 189; Peter Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1996) 68.

Aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin sadece devletle birey arasındaki dikey ilişkilerde değil, aynı zamanda özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanabilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu sebeple, devlet ile vatandaşlar arasındaki ilişkileri yönetmek üzere oluşturulmuş temel hakların, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere giderek artan etkisini ifade etmek üzere “*özel hukukun anayasallaşması*”ndan bahsedilmektedir⁴⁶.

Tüm hukuk sistemini etkileyen objektif temel normlar olarak temel hakların ele alan anlayışının daha da gelişmesiyle birlikte, temel hakların yalnızca devlet ve vatandaş arasındaki ilişkilerde değil, aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili olduğu kabul görmeye başlamıştır⁴⁷. Ayrıca, temel hakların ihlali riskinin sadece devletten değil, aynı zamanda özel kişilerden, özellikle özel kişiler arasında bir güç dengesizliği olduğu zaman, ortaya çıktığı kabul edildi⁴⁸. Çünkü temel haklar insan varoluşunun, özgürlüğünün ve eşitliğinin temel alanlarını korumaya hizmet ettiğinden, özel kişilerin güçlerini kötüye kullanılması olgusu, temel haklar yönünden ihmal edilemez⁴⁹. Bu düşünce içinde temel hakların üçüncü – taraf – etkisi doktrinini geliştirmiştir⁵⁰.

“Temel hakların üçüncü – taraf – etkisi”, özel kişiler arasındaki yatay ilişkide temel hakların geçerliliğini ifade eder⁵¹. Üçüncü – taraf – etkileri yerine, genellikle temel hakların *yatay etkisinden* de söz edilmektedir.

Üçüncü – taraf – etkisi, temel hakların sadece devlet ile kişiler arasındaki ilişkide bir etkiye sahip olmadığı anlamına gelmez, aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili olduğu anlamına gelir⁵². Bu etkililik, temel haklarla ilgili kurucu anlayışının yani temel hakların hukuk sistemi bütününde uygulanmasının mantıksal bir sonucudur.

Koruma yükümlülüğünün Anayasadan kaynaklandığı ve bu yükümlüğün doğrudan etkisinin muhatabının devlet olduğu ve birey ile devlet arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanacağı genellikle

46 Ozan Ergül, ‘Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine’ iç *Erdal Onar Armağanı Cilt I* (AÜHF Yayınları 2013) 431-488; Selim Kaneti, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri’ (1989) 6 Anayasa Yargısı 19 vd. Oya Boyar, ‘Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki’ iç Sibel İnceoğlu (edr), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (3. Baskı, Beta 2013) 56-60. Boyar, temel hakların doğrudan ve dolaylı etkisinden bahsedilmektedir: “Doğrudan etkisi” ile temel hakların bir temel hak kullanımı mahiyetinde görülmemeyen, suça konu bir eylem veya haksız fiil ile ihlal durumu; “dolaylı etki” ile, özel hukuk normlarının uygulanmasıyla çözümlenecek uyumsuzluklarda doğrudan etkinin doğası gereği kabul edilmediği temel hak yarışmaları anlaşılmaktadır.

47 Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22.

48 Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 280; Georg Müller, ‘Die Drittwirkung der Grundrechte’ (1978) 79 Das Schweizerische Zentralblatt für Staats – und Verwaltungsrecht 233, 235.

49 Kiener and Kälin (n 25) 51; Müller, *Einleitung* (n 34) N 59; Müller, *Elemente* (n 29) 80; Müller, ‘Drittwirkung’ (n 48) 235. Karş. BGE 111 II 245, E. 4b S. 253.

50 Kiener and Kälin (n 25) 51; Müller, *Einleitung* (n 34) N 59; Müller, *Elemente* (n 29) 80; Müller, ‘Drittwirkung’ (n 48) 235.

51 Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (4th edn, Stämpfli 2016) § 7, Titelüberschrift vor N 61.

52 Andreas Auer, Giorgio Malinverni and Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse Volume II: Les droits fondamentaux* (Stämpfli 2000), N 118; Müller, *Elemente* (n 29) 80; Müller, *Grundrechte* (n 31) 160.

kabul edilmesine karşın, doktrinde ve uygulamada birey ile birey arasındaki özel hukuk ilişkilerine bir etkisi olup olmadığı tartışılmaya başlanılmıştır⁵³.

Doktrindeki hâkim görüş, temel hakların üçüncü taraf etkisini kabul etmektedir. Azınlıkta kalan görüş ise, temel hakların özel kişilik haklarından farklı bir işlevi olduğunu ve belirsizlikleri nedeniyle temel hakların özel hukuk ilişkilerine taşınması için uygun olmadığı görüşünü savunmaktadır⁵⁴.

İsviçre Federal Mahkemesinin temel hakların üçüncü – taraf – etkisi sorunuyla ilgili uygulaması uzun süredir tutarsızdı; ancak nihayet 1985 tarihli kararıyla temel hakların üçüncü – taraf – etkisini tanıdı⁵⁵.

Federal Mahkemenin en tanınmış kararı, boykot tedbirlerinin ZGB Art.28⁵⁶ hükmüne göre hukuka aykırı olduğuna hükmettiği BGE 86 II 365 kararıdır. Mahkeme bu kararında, İsviçre ekonomisinin serbest rekabete dayandığını ve serbest rekabetin özel anlaşmalarla ortadan kaldırılmaması gerektiğini belirtti. Toplu boykot önlemleri yoluyla, başkalarının rekabete katılmasını engelleyen veya zorlaştıran veya rekabete katılabilmesi için bazı zorlu koşullar dayatan fiillerin, serbest ticaret ve rekabet özgürlüğüne ilişkin özel kişilik hakkını ihlal ettiğine karar vermişti⁵⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi BGE 111 II 245'te, önemli sebeplerden dolayı iş akdinin süre vermeksizin feshinin (OR Art 337⁵⁸) haklılığı konusunda karar vermek zorunda kalmıştır. Dava konusu olayda fesihler, işçi grevinin bir sonucu olarak işçilere bildirilmiştir. Önemli nedenlerle önceden haber verilmeksizin iş sözleşmesinin feshini düzenleyen OR Art.337 hükmünün, temel haklara göre yorumlanabilecek tipik bir açık norm olduğunu belirtmiştir. Hâkimin OR Art. 337'yi uygularken, iş akdinin süre vermeksizin feshine anayasal olarak teminat altına alınmış grev hakkının etkileri ile değerlendirmeli ve yasal bir grevin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğini incelemesi gerektiğine karar

53 Claus-Wilhelm Canaris, 'Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts' (1989) Juristische Schulung 161 vd.; Dreier (n 45) Art. 1 Abs. 3 N 38; Dietlein (n 32) 82; Canaris, 'Grundrechte und Privatrecht' (n 7) 202 vd.; Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte* (Mohr Siebeck 2003) 415 vd.; Gellermann (n 45) 225; Guckelberger (n 45) 1157; Wolfram Höfling, 'Art. 1' in Michael Sachs (ed), *Grundgesetz: GG Kommentar* (3rd edn, CH Beck 2003) Art. 1 N 104; Jörn Ipsen, *Staatsrecht II Grundrechte* (6th edn, CH Beck 2003) N 59; Hans D Jarass, 'Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik' (1995) 120 *Archiv des öffentlichen Rechts* 345 vd., 352, 363; Hans D Jarass, 'Art. 1' in Hans D Jarass and Bodo Pieroth (eds), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* (7th edn, CH Beck 2004) Art. 1 N 35 Günter Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche* (Duncker & Humblot 2003) 327 vd.; Hartmut Maurer, *Staatsrecht I* (3rd edn, CH Beck 2003) § 9 N 38; Oldiges (n 45) 282; Starck (n 45) Art. 1 N 208, 216; Raimund Waltermann, 'Kollektivvertrag und Grundrecht' (1990) *Recht der Arbeit* 138, 139.

54 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 237; Müller, *Einleitung* (n 34) N 60; Müller, *Elemente* (n 29) 81.

55 İsviçre yargı uygulamasının gelişimi için bkz. Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 238 vd.; Müller, *Elemente* (n 29) 83 vd.

56 Karş. TMK m. 24.

57 BGE 86 II 365, E. 4c, s.376; Ayrıca StGB Art.181 anlamında zorlamanın hukuka aykırılığını değerlendirirken ifade özgürlüğünün dikkate alınması için bkz. BGE 101 IV 167, E. 5, s.172 ; (StGB Art.173 hükmünü yorumlarken basın özgürlüğünün dikkate alınması için bkz. BGE 104 IV 11, E. 1c s. 14); ZGB Art. 28'i yorumlarken basın özgürlüğünün dikkate alınması için bkz.107 Ia 277, E. 3a, s.280.

58 Karş. TBK m. 435.

vermiştir⁵⁹. Mahkeme, temel hakların üçüncü – taraf – etkisini, niteliği ve kapsamı hakkında nihai bir açıklama yapılmadan üçüncü – taraf – etkisini ilkesel olarak kabul etmiştir⁶⁰.

İsviçre Federal Yüksek Mahkeme, kurucu anlayış görüşünü benimsememiştir. Mahkeme, Anayasada düzenlenen kişisel özgürlüklere anayasal bir yol gösterici ilke niteliği vermiş; ancak bu yaklaşımı koruma talebi ötesine geçen bir kişisel özgürlük anlayışı ötesine gitmemiştir⁶¹. Aynı şekilde, Anayasada yazılı olmayan diğer temel hakları tanınırken, bunların Anayasada açıkça güvence altına alınan diğer temel hakların kullanılması için gerekli ön koşullar olduğu veya demokratik ve anayasal düzenin vazgeçilmez bir parçası gibi görüldüğü gerçeğine dayanmıştır⁶². Mahkeme temel haklara böylelikle kurucu bir yoruma yer vermiş olmakla birlikte⁶³, temel hakların kurucu anlayışı açıkça tanınamıştır.

Doktrinde, bu karar sonrasında temel hakların üçüncü taraf etkisi sorunu tartışılmıştır⁶⁴. Bu tartışmalarda temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilerde de bir etkiye sahip olduğu kabul edilmiştir.

Üçüncü etkinin⁶⁵ “olup olmadığı” konusu tartışması günümüzde doktrin⁶⁶ ve uygulamada⁶⁷ geride bırakılmış olsa da üçüncü etkiyi savunanlar arasında bu üçüncü etkisinin “nasıl” olduğu, yani doğrudan mı yoksa dolaylı mı olduğu, doğrudan ise ikincil olup olmadığı tartışılmaktadır⁶⁸.

Temel hakların üçüncü – taraf – (yatay) etkisinin “nasıl” olmasını gerektiğinin niteliği ve kapsamı konusundaki görüşler farklılık göstermektedir⁶⁹. Bu farklı yaklaşımları üç temel başlıkta toplayabiliriz⁷⁰:

59 BGE 111 II 245, E. 4b s. 25

60 BGE 111 II 245, E. 4b, s.253 – 256

61 BGE 97 I 45, E.3 s.49 f.; BGE 124 I 85, E.2a s.86.

62 BGE 91 I 480, E. II 1 s.485 f. (Konuşma özgürlüğü); 96 I 104, E. 1 s.107 (serbestçe mezar tasarımı özgürlüğünün olmadığı); 96 I 219, E.4 s.223 f. und 99 Ia 689, E.6 s.692 f. (fikir ve toplanma özgürlüğü).

63 Egli (n 40) 138; Rainer Schweizer, ‘Art. 35’ in Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J Schweizer and Klaus A Vallender (eds), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar* (3rd edn, Dike 2014) N 5.

64 Bkz. Bucher (n 24) 37 vd.; René A Rhinow, ‘So nicht!’ (1987) 83 Schweizerische Juristen-Zeitung 99 vd.; Peter Saladin, ‘Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte’ (1988) 84 Schweizerische Juristen-Zeitung 373 vd.; Roger Zäch, ‘Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung’ (1989) 85 Schweizerische Juristen-Zeitung 1 vd.

65 Auer, Malinverni and Hottelier (n 52) N 117; Saladin, ‘Drittwirkung’ (n 64) 373.

66 Höfling, GG (n 53) Art. 1 N 104; Ipsen (n 53) N 59; Jarass, GG (n 53) Art. 1 N 35; Christian Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte* (2nd edn, Springer 2003) A 5, N 38 vd.; Alman Federal Anayasa mahkemesi (BVerfG) uygulaması için bkz. Claus Dieter Classen, ‘Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des BVerfG’ (1997) 122(1) Archiv des öffentlichen Rechts 65-107; Poscher (n 44) 234 vd.; Jürgen Schwabe, ‘Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte’ (1975) 100 Archiv des öffentlichen Rechts 442 vd.

67 Temel karar için bkz. BVerfGE 7, 198, 204 ff.; İlgili kararlar için bkz. BVerfGE 24, 278, 282 ff.; 25, 256, 263 ff.; 42, 143, 148 ff.; 73, 261, 268 ff.; 81, 242, 254 ff., 84, 192, 194 ff.; 90, 27, 33 ff.

68 Aepli (n 29) 1.

69 Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22; Biaggini (n 40) Art. 35 N 21; Egli (n 40) 141; Müller, *Einleitung* (n 34) N 62

70 Türk hukukunda: Ernst E Hirsch, ‘Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri’ iç Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler (TBB Yayınları 1971) 7 vd.; Kaneti (n 46) 19 vd.; Hüseyin Özcan, ‘Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei’ (2005) 9(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 181-200; Zafer Gören, *Temel Hak*

- Temel hakların doğrudan üçüncü taraf – etkisi,
- Temel hakların dolaylı üçüncü – taraf – etkisi,
- Temel hakların ikincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisi.

B. TEMEL HAKLARIN DOĞRUDAN ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

I. HUKUK DOKTRİNİ

Üçüncü etkinin doğrudan olduğunu savunan yazarlar, temel hakları, bireyin özel hukuk ilişkilerine, özel hukukta açık bir düzenlememiş olsa da doğrudan uygulanabilecek özel hak niteliğinde kabul etmektedir⁷¹. Bu görüşe göre, temel haklar, özel kişiler arasındaki ilişkiler üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir⁷². Böyle bir etki kabul edilince de özel kişiler temel haklarına dayanarak, yasama organının anayasa hükmünü kanunla somutlaştırmasına gerek olmaksızın, diğer özel kişilere karşı doğrudan başvurabilir.

Büyük ölçüde Almanya’da Hans Carl Nipperdey tarafından geliştirilen bu teori⁷³, İsviçre’de pek benimsenmemiştir⁷⁴. Alman Federal (İş) Mahkemesi Başkanlığı görevini de yapmış olan Alman hâkim Nipperdey, doğrudan üçüncü etkisi (*unmittelbare Drittwirkung*) teorisini savunmuştur⁷⁵. Nipperdey, kadın ve erkek çalışanlarının eşit ücret alması gerektiğini savunduğu makalesinde, temel haklarından eşitlik ilkesinin özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bu görüşü de Alman Federal Anayasası’nın m.1/III üncü fıkrasındaki temel hakların “..yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan bağlar” düzenlemesine dayandırmıştır. Bu hüküm geniş yorumlayarak, temel hak ve özgürlüklerin sadece salt amacı ortaya koyan üstün değerleri tanımlamadığını, ilaveten buna ilişkin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması gereken hükümler olması gerektiğini savunulmuştur.

Genel Teorisi (DEÜ Yayını 2000) 75 vd.; Zafer Gören, *Anayasa ve Sorumluluk C. II* (DEÜ Yayını 1999) 292 vd.; Zafer Gören, ‘Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi’ iç *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I* (BTHAE 2001) 1-27; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (YKY 2002) 121 vd.; Feyzan Ünsal, *Politische und religiöse Symbole im Betrieb: Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen und türkischen Recht* (Peter Lang 2008); Detlev W Belling ve Nurten İnce, ‘Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi’ (2014) 12(137) *Legal Hukuk Dergisi* 3, 3 vd.

71 Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Mohr Siebeck 1959) 93 vd.; Häfelin and Haller (n 23) N 281; Müller, *Grundrechtsgarantien* (n 24) 157; Müller, *Grundrechte* (n 31) 169; Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 37.

72 Schweizer (n 63) N 58; Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 34; Biaggini (n 40) Art. 35 N 18; Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 281; Kiener and Kälin (n 25) 53; Tschannen (n 51) § 7 N 63; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1171; Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 37; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22.

73 Nipperdey, *AT* (n 71) 23 vd.

74 Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 281; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1171; Müller, *Allgemeine Bemerkungen* (n 35) N 37; Schweizer (n 63) N 58; Biaggini (n 40) Art. 35 N 18; Pascal Mahon, ‘Art. 35’ in Jean-François Aubert and Pascal Mahon (eds), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (Schulthess 2003) N 10.

75 Hans Carl Nipperdey, ‘Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung’ (1950) *Recht der Arbeit* 121-128.

Nipperdey’i takip eden Alman hukukçular, üçüncü taraf etkisi teorisini genelleştirerek, anayasal temel hakların hukuk sisteminin bütünü için temel objektif kurallar olarak özel hukuk ilişkilerine de uygulanabilmeyi sağlayan bir doğrudan etkiye sahip olduğunu savunmuşlardır.

Alman hukukunda hâkim görüş, temel hakların özel hukuk kişileri arasında doğrudan uygulanabileceğini kabul etmemektedir. Anayasanın temel hakları, özel hukuk kişileri arasında değil, kanunlaştırmada ve de geçerli hukuk normlarının yürütme organı tasarruflarında uygulanır⁷⁶.

Teubner, doğrudan ya da dolaylı yatay etki ayırımının yapay olduğunu; bu yanlış anlayışın hukukun tek kaynağının devlet yani yasama ya da yargı olarak görülmesinden kaynaklandığını iddia ederek, temel hak ve özgürlüklerin “doğrudan etkisini” savunmuştur. Yazara göre, çağdaş toplumlarda hukukun kaynağını kişilerin oluşturduğu sosyal yapılar içinde kendi düzenlenmeleri oluşturmaktadır. Bunun somut kanıtı olarak da alternatif çözüm yolları, hakem heyetlerini vd.lerini göstermektedir. Bu da “özel hukuk ilişkilerinin anayasallaştırılması” şeklinde, temel hakların sadece kamu kurumlarını değil, özel hukuk ilişkilerinde kişileri de bağlayıcı olmasını gerekli kıldığını iddia etmektedir⁷⁷.

Tük hukuk doktrininde hâkim görüş, Anayasa hükümlerinin, bu kapsamda temel hakların doğrudan uygulanacağı yönündedir⁷⁸.

Türk Doktrinde, *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, özel hukuk işlemlerinde anayasal kuralların doğrudan etkisi, anayasal kural ve ilkelerin aracısız uygulanabileceğini savunmaktadır⁷⁹. Gerçekten, 1982 Anayasası’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” kenar başlığını taşıyan 11. maddesinin “Anayasa hükümleri, (...) diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” hükmünden hareketle, anayasa hükümlerinin ve bu kapsamda temel hak ve özgürlüklerin bireyler arası ilişkilere de doğrudan uygulanabileceğini savunulabilir.

Tanör, temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisinin üç ayrı biçimde gerçekleşebileceğini iddia etmektedir. Birincisi, özel hukuk alanını düzenleyen yasalardır. Yazarlara göre, Türk hukukunda anayasal kurallar, “özel hukuk yasalarında yansımalarını bulur.” İkincisi, özel hukuk işlemlerinde anayasa kurallarının doğrudan etkisidir. Üçüncüsü ise, dolaylı etkilemedir. Dolaylı etkilemede, anayasa kuralları, özel hukuk kurallarının yorumunda ve kişiler arasındaki uyumsuzlukların çözümünde “birer yorum kaynağı ve ölçüsü” durumundadır.

Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerini doğrudan etkisini savunan görüş, sadece 1982 Anayasanın 11. maddesine değil, Anayasa’nın 12, 138 ve 177e maddelerine de dayanmaktadır.

76 Aksi görüş için bkz. Canaris, ‘Grundrechte und Privatrecht’ (n 7) 203 vd.; Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat* (CH Beck 1999) 157 vd.

77 Bkz. Gunther Teubner, ‘The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors’ (2006) 69(3) *The Modern Law Review* 327 vd.

78 Hirsch (n 70) 7; Kaneti (n 46) 21; Gören, ‘Özel Hukuk Düzenine Etkisi’ (n 70) 31; Özcan (n 70) 186; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 70) 121.

79 Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 70) 125.

Özcan, Anayasa m.12 hükmünün özel hukuk kişilerinin sadece temel hakların süjesi olduğunu değil, devlet dahil diğer bireylerim temel hak ve özgürlüklerle ilgili sorumluluğu olduğunu belirttiğini ifade etmektedir⁸⁰.

Gören, 1982 Anayasası'nın 138 maddesinde hâkimlerin anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verebileceğini düzenlemesi Anayasanın 11. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, hâkim anayasa hükümlerini doğrudan uygulanacağını ortaya koyduğunu⁸¹; yine 1982 Anayasası'nın 177e maddesine dayanılarak mevcut kanunların anayasaya aykırı hükümlerinin Anayasa Mahkemesinin kararı olmaksızın zımnen ilga edildiğini iddia etmektedir⁸².

Temel haklar doğrudan etkisi anlayışına karşı çeşitli eleştiriler öne sürülmektedir:

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının, özel hukuk ilişkilerine hâkim irade muhtariyeti ilkesini ve dolayısıyla nihayetinde bireyin özgürlüğünü zayıflatacağı ileri sürülmektedir⁸³.

Hâkim temel hakları doğrudan uygulama durumunda kalması halinde, iki özel bireyin temel haklarını birbirinden ayırmak, bunlar arasındaki sınırlarını çizmek ve kaçınılmaz olarak da temel haklar çatışmasını çözmek için ilişkiye müdahale etmesinin özel hukuka uygun olmadığını iddia edilmektedir⁸⁴.

Buna ek olarak, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması, temel hakların çoğunlukla son derece açık düzenlemelerinin sağladığı yasal kesinlik ve belirlilik nedeniyle reddedilmelidir.

Bununla birlikte, bireysel ilişkilerde, doğrudan üçüncü taraf etkisi doğrudan anayasadan kaynaklanıyorsa, özel kişiler arasında da doğrudan etkili olabilir. Bu etkinin eşit ücret ilkesinde söz konusu olduğu kabul edilebilir. Diğer temel haklar durumunda, örneğin işkence yasağı, sendika özgürlüğü ve grev hakkı, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağında doğrudan üçüncü taraf etkisi tartışılabilir⁸⁵.

Doğrudan etkiyi savunanlar, doğrudan üçüncü taraf etkisinin belirli temel hakların düzenlenmesinde ve yorumunda⁸⁶ veya doğrudan üçüncü taraf etkisinin temel hakkın koruma amacının emredici olması gerektirdiği⁸⁷ iddia etmektedirler.

80 Özcan (n 70) 181

81 Gören, 'Özel Hukuk Düzenine Etkisi' (n 70) 33. Aynı yönde bkz. Özcan (n 70) 186.

82 Gören, 'Özel Hukuk Düzenine Etkisi' (n 70) 28 vd.

83 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 241; Tschannen (n 51) § 7 N 63; Schweizer (n 63) N 58; Mahon (n 74) N 10; Kiener and Kälin (n 25) 54.

84 Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 241 vd.; Egli (n 40) 142.

85 İsviçre doktrininde doğrudan üçüncü etki (direkte Drittwirkung) için bkz. Schweizer (n 63) N 60 vd.; Özellikle işkence yasağı ve grev hakkı için bkz. Waldmann, BV (n 40) Art. 35 N 29; Örgütlenme hakkı ve grev hakkı için bkz. Tschannen (n 51) § 7 N 63; Basın özgürlüğü ve örgütlenme hakkı için bkz. Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1172. Doğrudan üçüncü etkiyi red eden görüş için bkz. Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 34 vd.; Biaggini (n 40) Art. 35 N 19. Grev hakkı için bkz. Kiener and Kälin (n 25) 394 vd.

86 Schweizer (n 63) N 60.

87 Tschannen (n 51) § 7 N 63.

Öte yandan karşı görüş, yorumda bu temel haklar normlar yeteri kadar somutlaştırılmadığından düşük özgül ölçütler getirmediği ve bu nedenle özel kişiler arasında subjektif talepte bulunmaya uygun olmadığına itirazında bulunmaktadırlar⁸⁸. Ayrıca, doğrudan üçüncü – taraf – etkilerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan temel hak çatışmalarının siyasi boyutu nedeniyle, bunları çözmesi gereken yargı organı değil, yasama organıdır.

Ayrımcılık yasağının doğrudan üçüncü taraf etkisi dolayısıyla temel hakların doğrudan etkisinin kabulü, özel kişiler arasındaki yasal ilişkileri şekillendiren irade özerkliği ilkesine uygun değildir⁸⁹.

2. YARGI UYGULAMASI

Alman Federal Mahkemesi, iş hukuku uyuşmazlıklarında doğrudan üçüncü – taraf – etkisini kabul etmiş ve uygulamıştır⁹⁰. Alman Federal mahkemesi kararlarında temel haklardan eşitlik ilkesi yanında ayrımcılık yasağı ve insan onurunun korunması hakkını özel hukuk ilişkilerine uygulamıştır. Bu etkinin hukuki gerekçesini hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesi ile pekiştirmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, inanç ve vicdan özgürlüğüne ilişkin erken dönemde verdiği bir kararında, yalnızca doğrudan üçüncü etkiyi tanıdığına işaret etmiş; daha yeni içtihatlarında ise bu etkiyi kabul etmemiştir. Bunu tek istisnası, BV Art.8 Abs.3 Satz.3 hükmünde yer alan özel hukuk kapsamındaki iş ilişkilerine tartışmasız doğrudan uygulanabilen eşit ücret ilkesidir.

Federal Mahkeme, bir eski kararında yalnızca temel bir hakkın doğrudan üçüncü taraf etkisini tanınamış; sadece bu etkiye işaret etmiştir. Davaya konu olayda, koca, eşinin bölge kilisesinden ayrıldığı için boşanma davası açmıştır. Mahkeme kararında⁹¹: “*Tıpkı devletin, BV Art. 49 uyarınca üyelerine belirli bir dini mezhep koyup yasaklayamadığı veya inançlarından dolayı herhangi bir medeni hakların tamamen veya kısmen kullanılmasını reddedemeyeceği gibi, koca da eşinin dini inançlarını kontrol etme ve inanç ve vicdan özgürlüğünü zorlama hakkına sahip değildir*”.

Daha yeni İsviçre Federal Mahkeme uygulamasında, temel hakların doğrudan üçüncü taraf etkisi defalarca açıkça reddedilmiştir: Örneğin Mahkeme, kat malikleri arasındaki hukuki uyuşmazlıkta, Anayasanın mülkiyeti teminat altına alan hükümlerinin kat mülkiyeti sahipleri arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir⁹².

Başka bir kararına konu olaya göre, bir çalışan, Genel İstihdam Yönetmeliğinin emekliliği düzenleyen hükümlerinin Anayasanın kadın-erkek eşitliğini düzenleyen Anayasa hükümlerinin (aBV Art.4

88 Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 35; Benzer yaklaşım bkz. Biaggini (n 40) Art. 35 N 19.

89 Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 36.

90 Alman yargı uygulamasında bu görüşü kabul eden karar için bkz. BAG, Urt. v. 03.12.1954, 1 AzR 150/54, BGAE 1, N.25. genel kişilik hakkında bu görüşü red eden kararı için bkz. BAG, Beschl. v. 27.02.1985 (GS 1/84), BGAE 48, 122, N.45.

91 BGE 4,434, E.2 s.435.

92 BGE 111 II 330, E.5 s.337 f.

Abs.2) ihlal edildiğini iddia etmiştir⁹³. Federal Yüksek Mahkeme kararında⁹⁴, Anayasada “.. belirtilen kural [Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV] bireyler için değil, Devlet içindir; ...özel kişiler arasındaki ilişkilerde... doğrudan yata y bir etki yaratmaz ... “

Yine, Verein Scientology Kirche Zürich ile Verein infoSekta arasındaki bir uyumsuzluğa ilişkin başka bir kararında, İsviçre Federal Mahkemesi, inanç ve vicdan özgürlüğünün doğrudan üçüncü taraf etkisini reddetmiştir⁹⁵.

C. TEMEL HAKLARIN DOLAYLI ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

I. GENEL OLARAK

Dolaylı üçüncü etkisini savunan yazarlar, temel hakları, yalnızca özel hukuk ilişkilerinde yer alan belirsiz hukuki terimlerin, genel kayıtların ve açık normların yorumlanmasının değerlendirilmesinde dikkate almaktadırlar⁹⁶. Başka deyişle, temel haklar, özel, ceza ve idare hukuku normlarından genel kayıt (Generalklauseln) ile belirsiz hukuki terimler (unbestimmten Rechtsbegriffe) yorumlanması yoluyla özel kişiler arasındaki hukuki ilişkileri etkilemektedir⁹⁷. Bu da dolaylı üçüncü etkisi, özel kişiler arasındaki ilişkiyi düzenleyen veya üzerinde etkisi olan “açık normlar”ın temel haklar uygun yorumlanması gerektiği anlamına gelir.

Doğrudan üçüncü etkinin aksine, dolaylı üçüncü – taraf – etkinin söz konusu olabilmesi yani özel kişiler arasındaki ilişkilerde temel haklara dayanabilmek için her zaman hukuk düzenindeki hiyerarşide Anayasanın altında bir kanun normunun bulunması gerektirir.

Üçüncü taraf etkisinin niteliğinin dolaylı olması, özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanacak kanun normunun yorumlanmasındaki etkisiyle açıklanmaktadır.

Temel hakların dolaylı üçüncü taraf etkisi görüşü, mukayeseli hukuk doktrinde genel olarak kabul görmektedir. Türk hukukunda, *Sungurtekin Özkan*, yasamanın Anayasaya aykırı bir kanun yapamayacağını, Anayasa’ya aykırı olarak yapıldığında da Anayasa’ya aykırılığının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği; özel hukuktaki temel kavramların Anayasa uygun olarak yorumlanması ve boşluklarında Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁸.

93 BGE 114 Ia 329.

94 BGE 114 Ia 329, s. 330.

95 BGE 118 Ia 46, E.4c S.56.

96 Häfelin and Haller (n 23) N 282; Müller, *Elemente* (n 29) 84.

97 Schweizer (n 63) N 56; Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 37; Biaggini (n 40) Art. 35 N 18; Mahon (n 74) N 12; Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 282; Kiener and Kälin (n 25) 55; Tschannen (n 51) § 7 N 65; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1169 vd.; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 22.

98 Meral Sungurtekin Özkan, ‘Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku’ (2009) 11 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553 vd.

2. İSVİÇRE HUKUKUNDA

A. HUKUK DOKTRİNİ

İsviçre doktrinde bazı Yazarlar, BV Art.23, 35/II hükümlerden hareketle üçüncü etkinin şeklinin, dolaylı (indirekte Drittwirkung) olduğunu görüşü kabul etmektedir⁹⁹: Kamu yetkilileri, temel hakların özel kişiler arasında, yalnızca temel hak olduğu ölçüde etkili olmasını sağlamalıdır. BV Art.35/III göre, özel hukukta temel hakları uygulamak zorunda olan yetkililer sadece yasama organları (kanun koyucu) değil, aynı zamanda yargı organıdır. BV Art.35/III hükmü, üçüncü etkiyi temel hakların özel kişiler arasında geçerli olmasını, uygulanmasının uygun olması şeklinde sınırlandırmıştır.

İsviçre Federal Anayasa'sının (BV) madde 35/I hükmü, temel hakların tüm hukuk düzeninde geçerli olduğunu ve uygulanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu hükmün üçüncü fıkradaki temel hakların üçüncü etkisini düzenlemektedir. Bu hükme göre, kamu yetkilileri, temel hakların, uygun olduğu ölçüde, özel kişiler arasında da yürürlüğünü sağlamalıdır. Buna göre, BV Art. 35/III hükmü, temel hakların üçüncü etkisinin olduğunu belirtmekte; ama bu üçüncü etkinin nasıl olduğu konusunu ise tartışmalı bırakmıştır.

İsviçre Federal Anayasası, temel hakların tüm hukuk düzeninde yürürlüğe girmesi gerektiği (BV Art.35/I) ve kamu yetkilileri, bunların özel kişiler arasında bile yürürlüğe girmelerine imkan vermesi gerektiği direktifini verdiği için (BV Art. 35/III), temel hakların yatay ilişkide üçüncü etkisinin varlığını kabul etmiştir. İsviçre Federal Anayasası, değişen temel haklar anlayışı dikkate alarak, BV Art. 35/I hükmünde, temel hakların hukuk sistemi genelinde uygulanmasını gerektiğini kabul ederek, temel hakların sınırlı kurucu anlayışını kabul etmiştir¹⁰⁰. Bu hükümle temel hakların İsviçre hukuk düzeninin temelini oluşturduğu ve siyasi sistemin bütününde yürürlüğe girmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Dolaylı etkiyi savunan yazarlar, kamu hukukunda, devletin bireylerine ancak meşru kamu menfaatlerinin gerekli kıldığı ölçüde temel hakların kısıtlayabileceğini kabul etmektedir¹⁰¹. Buna karşın özel kişiler arasındaki ilişkide ise, durumun farklı olduğunu söylemektedirler. Zira onlara göre, hukuk düzeninde bireylerin özel yararlarının izlenmesine izin verilir ve yine hukukun sınırları içinde başkalarının yararına da kendi yararını sınırlanması konusunda ona yetki verir; bu şekilde kendisi yükümlenir ve bu yetki, tüm ilgili kişilere irade özgürlüğü içinde herkese eşit olarak tanınır; her kişi hukuk düzeninde irade muhtariyetini içinde eşit (hukuki) olarak davranış özgürlüğüne sahiptir¹⁰².

Bu görüşü savunan yazarlara göre, özel bir kişiden, başka bir kişinin temel haklarına saygı göstermesi gerektiği şeklinde bir sınırlama talep edilirse, o zaman ondan “fiili” bir fedakarlık beklenir. Halbuki

99 BBl 1997 I, 192; Häfelin and Haller (n 23) N 287.

100 Waldmann, BV (n 40) Art. 35 N 7; Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 1; Häfelin, Haller, Keller and Thurnherr (n 25) N 265; Rhinow, Schefer and Uebersax (n 40) N 1144.

101 August Simonius, ‘Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten’ in Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten (eds) *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung* (Polygraphischer 1948) 291.

102 Müller, *Grundrechte* (n 31) 86

“özel” olan, nihayetinde kişisel bir şeydir ve – devletin aksine – kişi bu fedakarlıktan dolayı mağdur olur. Bu mağduriyet, kendisini başkalarının temel haklarını kısıtlayan özel kişinin, temel hakların üçüncü etkisi nedeniyle çatışan temel haklarından veya diğer yararlarından kendi payına düşeni kısıtlamaları kabul etmek şeklinde gerçekleşir. Bu sebeple, özel hukukta birbiriyle çelişen temel haklarda korunan yararlar ve değerler, denkleştirilerek uzlaştırılmalıdır¹⁰³. Devlet organları, kişiler arasındaki yararların (değerlerin) dengelenmesini, üçüncü kişilere uygunluk şartı ile gerçekleştirir. Bir kişinin temel hakları ancak diğer tarafın yararına ağır basarsa özel kişiler arasında etkili olabilir. Bu durumun söz konusu olduğu hallerde, temel hakların özel hukukta geçerlilik kazanabilir.

Bazı İsviçreli yazarlar ise, üçüncü kişiler için etkinin uygunluğu şartını, anayasa hükümlerinin doğrudan üçüncü etki görüşünü reddetmeye yönelik anayasal niyetin bir gerekçesi olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁴. Belirsiz hukuki durumların yorumlanması gerekiyorsa, temel haklara dolaylı üçüncü yetki tanınmalı; diğer durumlarda üçüncü etkisinin uygunluğu reddedilmelidir¹⁰⁵.

G. Müller, temel hakların üçüncü taraf etkisine tartışılmasını görünür bir sorun (Scheinproblem) olarak ele almaktadır. Zira Anayasanın temelini oluşturduğu yeknesak bir hukuk sistemi fikrinden hareket edilirse, anayasal temel haklara ilişkin anayasadaki değer yargıları hukukun tüm alanlarında yani özel hukukta, ceza hukukunda ve idare hukukundan farklı yaratılmaksızın aynı şekilde dikkate alınmalıdır¹⁰⁶. Yazar sonraki bir makalesinde, temel hakların dolaylı üçüncü – taraf – etkisine yer vermiştir¹⁰⁷.

Kiener ve Kälin, temel hakların dolaylı etkisinin gerçekte görünür bir sorun olduğunu, dolaylı üçüncü taraf etkisini basitçe anayasaya uygun yorum ilkesi olarak değerlendirmektedir¹⁰⁸.

B. YARGI UYGULAMASI

İsviçre Federal Mahkemesinin uygulamasında, anayasal temel hakların dolaylı üçüncü taraf etkilerini kabul ettiği çok sayıda örnek kararı vardır. Federal Mahkemenin örnek bazı kararlarına yer verirsek:

Federal Mahkeme, boykotun önlemlerinin uygunluğunu konusundaki davada, ZGB Art.28 hükmünün değerlendirilmesine anayasal ekonomik özgürlüğü de dahil ederek yapmıştır¹⁰⁹. Bir dizi kararında, özel veya ceza hukuku normlarının yorumlanmasına fikir özgürlüğü ve basın özgürlüğünü gerekçesine dahil etmiştir¹¹⁰. Daha sonra, BV. Art.4 Abs.2 hükmünde düzenlenen cinsiyet eşitliği ilkesini açıkça kabul etmiştir¹¹¹.

103 Luzius Wildhaber, ‘Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht’ (1971) 72 Das Schweizerische Zentralblatt für Staats – und Verwaltungsrecht 465, 468.

104 Häfelin and Haller (n 23) N 288; René Rhinow, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung* (Helbing Lichtenhahn 2000) 153; Göksu (n 26) 93.

105 Müller, *Grundrechte* (n 31) 177 vd. Ayrıca bkz. Pierre Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité* (Schulthess 1984) N 192 vd.

106 Müller, ‘Drittwirkung’ (n 48) 242 vd.

107 Müller, *Grundrechtsgarantien* (n 24) 158.

108 Kiener and Kälin (n 25) 54 vd.

109 BGE 86 II 365, E.4c s.376

110 BGE 111 II 209, E.3c s.213 f.; 107 Ia 277, E.3a s.280; 104 IV 11, E.1c s.14; 101 IV 167, E.5 s.172.

111 BGE 123 V 189, E. 4e s.192; 120 V 312, E. 3b s.316.

Yukarıda örneklediğimiz üzere, Federal Mahkeme, temel hakların üçüncü taraf etkisinin tanınmasına ilişkin emsal kararında, anayasal olarak teminat altına alınan grev hakkını dikkate alarak, OR Art.337 hükmünü önemli nedenlerden ötürü önceden haber vermeksizin iş akdinin feshini yorumlamıştır¹¹². Mahkeme bu içtihadını, birkaç yıl sonra, işverenin bir işçiyi grevin yapıldığı gün iş akdinin fesih hakkının kötüye kullanımını olduğu kararıyla teyit etmiştir.

Federal Mahkeme, BV Art. 28 Paragraf 3 hükmünü dikkate alarak, İsviçre iş hukukunda boşlukları Anayasa hükmüyle doldurma yoluna gitmiştir. Anayasal grev hakkının hukuki geçerliliğini kabul etmiş; kanuni grevin sözleşmeden doğan çalışma yükümlülüğünün ihlali olmadığı, bu sebeple olayda OR Art.337'ye göre haklı fesih sebebi olmadığına karar vermiştir.

İşçi feshin bu kanuni grev nedeniyle açıklandığını ispat edebiliyorsa, işten çıkarma, işçinin anayasa ile teminat altına alınan grev hakkını kullanımını engellemek için yapıldığından, feshin OR Art. 336 anlamında hakkının kötüye kullanılması olduğuna karar verdi¹¹³.

Federal Mahkeme, BV Art.28/III'ün özel hukuk iş ilişkileri alanında dolaylı üçüncü taraf etkisini açıkça kabul etmiştir. Bu kararda, iş uyumsuzluklarında hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde, OR Art. 41 anlamda bir fiilin hukuka aykırılığının ölçütü olarak dikkate alınmıştır¹¹⁴.

Son olarak, EMRK m.6/II'de ve BV Art.32/I'de teminat altına alınan masumiyet karinesine ilişkin olarak Federal Mahkeme'nin hakaret davası kararına (StGB Art.173) bakalım. Davaya konu olan olay şu şekildedir: Bir gazetenin başeditörü "X" tarafından "V" altyazılı bir makale yayınlamıştı. Bu makalenin yayınladığı anda makalenin konusunu oluşturan sigorta dolandırıcılığı şüphesi uyandıran olayla ilgili ceza davası derdest idi.

Federal Yüksek Mahkeme, EMRK m.6/II. hükmünün dolaylı üçüncü taraf etkileri olduğunu ve bu nedenle, StGB Art.173 hükmünü yorumlarken masumiyet karinesi ilkesinin dikkate alınması gerektiğini belirtti. Ayrıca, editör X'in iddianın sadece sigorta dolandırıcılığı şüphesi olduğunu ifade etmediğini ve bunla birlikte, ceza yargılamalarının temelinde her zaman açık yargı sonucunun olduğunu dikkate almaksızın, bir ön yargı ile karar verdiğini ifade etti¹¹⁵.

Böylelikle İsviçre Federal Mahkemesi, StGB. Art.173 hükmünün uluslararası sözleşmeye ve Anayasaya uygun olarak yorumlayarak, özel kişiler arasındaki ilişkiye ceza yargılamasına anayasal ve evrensel ilke olan masumiyet karinesi ilkesini uygulamıştır. Ancak burada aslında söz konusu olan Anayasa'nın yargılama teminatı hükümlerinin üçüncü etkisinin devlet ile kişi arasındaki kamu ilişkisine doğrudan etkisidir¹¹⁶.

112 BGE 111 II 245, E. 4b, s.257 ff.

113 BGE 125 III 277, E. 3c s.284.

114 BGE 132 III 122, E. 4.4.1 s.133.

115 BGE 116 IV 31, E.5b s.42.

116 Müller, *Schutzwirkung* (n 25) N 38; Tschannen (n 51) § 7 N 68; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 32; Egli (n 40) 153

3. ALMAN HUKUKUNDA

A. HUKUK DOKTRİNİ

AA. DOLAYLI ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ OLARAK TEMEL HAKLARIN DOLAYLI UYGULANMASI

Alman Hukukunda hâkim görüşe göre, temel hakların “dolaylı üçüncü etkisi” olarak (*mittelbare Drittwirkung*) ifade edilen bu etki¹¹⁷, temel hakların objektif değer yargısı olduğu gerçeğinden hareket etmektedir¹¹⁸. Bu etki, aynı zamanda temel hakların geçerliliğinin gücünün artmasına katkı sağlar.

Alman hukukunda *Durig*, temel hak ve özgürlüklerin dolaylı¹¹⁹ uygulanması (etki) teorisini genişletmiştir¹²⁰.

Temel haklar ve özgürlükler, özel hukukun genel ilkelerin yorumlanmasında yargı uygulamasında¹²¹ herhangi bir sınır olmaksızın dikkate alınmalıdır¹²². Bununla birlikte, “dolaylı üçüncü – taraf – etkisi” terimi, özel kişilerin dolaylı olarak temel hakların doğrudan muhatabı haline geldiği anlamına gelecek şekilde anlaşılmalıdır¹²³. Elbette kamu gücünü kullanan hâkim de temel haklar ile bağlıdır¹²⁴.

Temel hakların hem “uyumlaştırma etkisi¹²⁵”, hem de “dolaylı üçüncü kişi etkisi¹²⁶” tartışmasız değildir. Bu görüşler terminolojik tartışmalar dışında, dolaylı üçüncü taraf etkisi de şekli giderek daha fazla sorgulanmaktadır¹²⁷.

Anayasal temel haklar çerçevesinde korunan değerlerin üçüncü kişilerin ihlallerinde, özel hukuk yönünden vatandaş devlete karşı temel taleplerine dayanak teşkil eder¹²⁸. Buna paralel olarak, temel

117 Dreier (n 45) Vorb. N 59; Unruh (n 45) 69 vd. Dolaylı üçüncü etki (mittelbaren Drittwirkung) kavramına karşı görüş için bkz. Ipsen (n 53) N 59; Wolfgang Rübner, ‘§ 117’ in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992) § 117 N 58 vd.

118 Hans Dieter Jarass, ‘Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen’ in Peter Badura and Horst Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II* (Mohr Siebeck 2001) 35, 40 vd.; Maurer (n 53) § 9 N 40; Ingo von Münch, *Staatsrecht Band 2* (5th edn, Kohlhammer 2002) N 170, 190; Rübner (n 117) § 117 N 60; Christian Sachs, ‘Art. 1’ in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018) A 4, N 57; Waltermann (n 53) 139.

119 *Yatay uygulama* olarak da isimlendirilmektedir.

120 Günter Dürig, ‘Grundrechte und Zivilrechtsprechung, vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung’ (1956) *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky* 157, 176 vd.

121 BVerfGE 7, 198, 206; 25, 256, 263; 73, 261, 269; 81, 242, 256; 84, 192, 195.

122 Rübner (n 117) § 117 N 73.

123 Jarass, ‘Grundrechtsdogmatik’ (n 53) 41.

124 Jarass, ‘Grundrechtsdogmatik’ (n 53) 41.

125 BVerfGE 24, 278, 282. „Ausstrahlungswirkung” kavramının eleştirisi için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht* (De Gruyter 1999) 30.

126 VerfGE 73, 261, 269, Doğrudan ve dolaylı (Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit) etki kavramlarının eleştirisi için bkz. Rübner (n 117) § 117 N 58; Dolaylı üçüncü etki (mittelbaren Drittwirkung) kavramına karşı görüş için bkz. Ipsen (n 53) N 59.

127 Canaris, *Grundrechte* (n 125) 30 vd.; Wolfram Höfling, *Vertragsfreiheit: Eine grundrechtsdogmatische Studie* (CF Müller 1991) 52 vd.; Ipsen (n 53) N 59; Poscher (n 44) 249.

128 Karş. Canaris, ‘Grundrechte und Privatrecht’ (n 7) 225 vd.; Isensee, *Staatsrecht* (n 42) § 111 N 1 vd., 77 vd.

hakların dolaylı üçüncü taraf etkisi, günümüzde ağırlıklı olarak devletin koruma yükümlülüğü görüşünün bir alt-veya uygulaması olarak anlaşılmaktadır¹²⁹. Temel hakların, vatandaş-devlet ilişkisindeki koruma hakkının ilgili içeriğine ek olarak, özellikle birey-birey ilişkisinde koruyucu bir fonksiyonu vardır¹³⁰.

Devlete yönelik temel haklar anayasal sisteminde, istisna da olsa, temel hakların bireyler arasındaki özel hukuk ilişkisinin doğrudan üçüncü etkisi olduğunun yasal dayanağının olduğu iddia edilmektedir. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen m. 11/I hükmü, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme organı yanında ve yargı organlarını ve de kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu düzenlemiştir.

Alman hukuk doktrininde GG Art. 9 Abs.3 Satz 2'deki anayasal hakları kısıtlayan veya engellemeye çalışan anlaşmaları geçersiz, buna yönelik tedbirleri hukuka aykırı olduğu düzenlenmesi, özel kişileri ilişkilerine de yön veren¹³¹ doğrudan üçüncü taraf etkisi olarak görülmektedir¹³².

AİHM ise, dolaylı etki pozitif yükümlülükler teorisinin bir alt uygulaması olarak içtihatlarında uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi ise, 2017 yılından sonraki kararlarında AİHM kararlarına paralel şekilde devletin pozitif yükümlüğünün yansımaları olarak ele almıştır¹³³.

Temel haklar, objektif değer düzeni olarak tüm hukuk düzeninde, bu kapsamda özel hukukta dolaylı olarak etkilidir.

Hukuk doktrininde temel hakların dolaylı uygulanmasına ihtiyatla yaklaşan *Canaris*, temel hakların sadece genel ilke olarak ve içi boş kavramların anlaşılması noktasında etkisini kabul etmektedir¹³⁴.

129 Jarass, 'Grundrechtsdogmatik' (n 53) 352 vd.; Krings (n 53) 335 vd. Bu tartışmalar için bkz. Bodo Pieroth and Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II* (28th edn, CF Müller 2012) N 183; Christian Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung* (Nomos 2006) 67; Unruh (n 45) 72 vd.

130 Höfling, GG (n 53) Art. 1 N 52 vd.; Krings (n 53) 322 vd.

131 Manfred Löwisch and Volker Rieble, '§ 243' in Heinrich Kiel, Stefan Lunk and Hartmut Oetker (eds) Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I (2nd edn, CH Beck 2000) § 243 N 81; von Münch (n 118) N 743; Rupert Scholz, '§ 151' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI* (CF Müller 1989) § 151 N 79; Starck (n 45) Art. 1 N 217; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte* (CH Beck 1988) 1570 vd.

132 Hartmut Bauer, 'Art. 9' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018) Art. 9 N 88; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte* (4th edn, Carl Heymanns 1997) § 30 N 87; Thomas Dieterich, 'Art. 9' in Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis and Ingrid Schmidt (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (21st edn, CH Beck 2021) Art. 9 N 42; Franz Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht Band I* (CH Beck 1997) 314; Höfling, GG (n 53) Art. 1 N 124; Michael Kemper, 'Art. 9' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018) Art. 9 N 278; Wolfgang Löwer, 'Art. 9' in Ingo von Münch and Philip Kunig (eds), *Grundgesetz-Kommentar: GG, Band 1* (5th edn, CH Beck 2000) Art. 9 N 85; Löwisch and Rieble (n 131) § 243 N 81; von Münch (n 118) N. 743; Oldiges (n 45) 283; Hans Carl Nipperdey, in Alfred Hueck and Hans Carl Nipperdey (eds), *Lehrbuch des Arbeitsrechts Band II* (7th edn, Vahlen 1967) 78; Sachs (n 118) A 5, N 37; B 9, N 36; Rupert Scholz, 'Art. 9' in Theodor Maunz and Günter Dürig (eds), *Grundgesetz Kommentar* (CH Beck 1999) Art. 9 N 4, 171, 332; Peter Tettinger, Grundlinien der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG (1981) Jura 1 vd.; Unruh (n 45) 66 vd.

133 Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 2017 tarih ve 2012/1035 sayılı karar (Türkiye Emekliler Derneği Kararı) ; Anayasa Mahkemesi, 25 Ekim 2017 tarih ve Başv.No. 2014/1167 (Kamil İnce Kararı).

134 Canaris, *Grundrechte* (n 125) 16 vd.

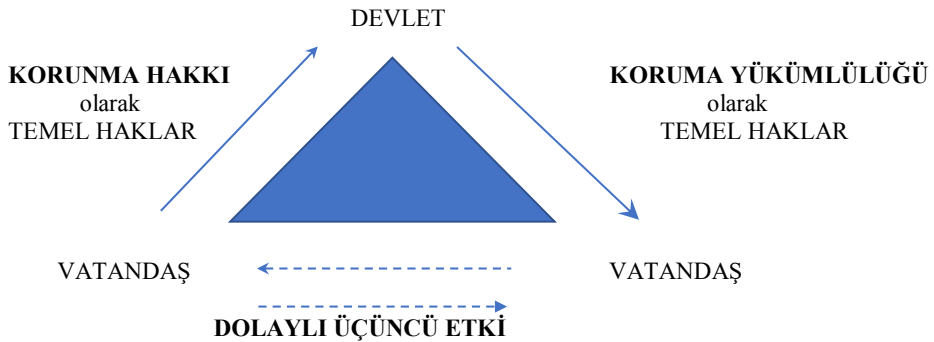
BB. DEVLETİN KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLARAK TEMEL HAKLARIN DOLAYLI UYGULANMASI

Devletin vatandaşlarını koruma yükümlülüğünü yukarıda incelemiş idik. Koruma yükümlülüğünün sadece Anayasa yargısı dışında özel hukukta, özellikle eşit olmayan pazarlık gücülerinin temel yapılarının sonuçlarının düzeltilmesinde uygulamasının söz konusu olacağı iddia edilmiştir¹³⁵. Bu görüş, devletin tüm organlarının vatandaşlarının anayasa tarafından korunan temel haklarını diğer bireylerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu savunur.

Alman hukukçu *Canaris* tarafından savunulan bu görüşe göre¹³⁶, koruma yükümlülüğünün muhatabı, kamu gücünü kullanan devlet organlarıdır. Öncelikle yasama organı, anayasal sınır dışında bireysel hak ve özgürlükler alanına kanunlaştırma ile müdahale etmemelidir. Yasama organı dışındaki devlet organları da yürütme ve yargı organı, vatandaşları diğer bireylerin sebep verdiği hak ihlallerine karşı korumasız bırakmamalıdır. Kamu organlarının bireyler arasındaki yatay ilişkilerde temel hakları koruma yükümlülüğü, Alman Anayasası'nın temel hakların tüm Devlet organlarını bağladığını belirten üçüncü maddesinden ve devletin vatandaşların haklarını koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple sadece kanun koyucu değil, mahkemeler de koruma yükümlülüğünün muhatabıdır. Koruma yükümlülüğü, kanunlar ve kanunları uygulayan yargı kararlarıyla yerine getirilir. Özel hukuk da devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde geliştirmelidirler.

Kişinin kişisel hak ve özgürlüğünü devletin koruması altında olmasından hareket eden bazı yazarlar da, devletin, özel hukuk alanında kanun koyucu, uygulayıcı veya hâkim olarak hareket ederken kişinin, anayasal haklarına ve özgürlüklerini korumak zorunda olduğunu ve bunun sonucu olarak da, sadece yasama kanun koyma faaliyetinde ve yürütme idari iş ve işlemlerinde değil, uyuşmazlık çözen yargı organının uygulamalarında da özel hukuk ilişkilerinde temel hakların doğrudan uygulanması gerektiği savunmuştur.

Koruma yükümlülüğü görüşüne göre dolaylı etkinin ne şekilde gerçekleşeceği aşağıdaki şemada açıklanmıştır¹³⁷:



135 Thomas MJ Möllers, *Juristische Methodenlehre* (CH Beck 2017) § 7, N 18 vd.

136 Canaris, *Grundrechte* (n 125) 16 vd.

137 Möllers (n 135) § 7, N 20.

B. YARGI UYGULAMASI

Temel hakların dolaylı etkisi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından ilk defa *Lüth-Kararı* ile kabul edilmiş ve uygulamıştır¹³⁸.

Lüth-kararını hatırlarsak, E. Lüth, yapımcı V. Harlan'ın Unsterbliche Geliebt filmine yönelik bir boykot çağrısında bulunmuştur. V. Harlan, Nazi döneminde çekmiş olduğu Jud Süß isimli film nedeniyle Nazi yanlısı olarak bilinmektedir. Hukuk mahkemesi, Lüth'ün boykot çağrısının Harlan'ın filmi dağıtma özgürlüğünü engellediğinden BGB 826. pragrafını ihlal ettiğine karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi ise, Lüth'ün Anayasa'da tanınan ifade özgürlüğünün kullandığına karar vermiştir.

Federal Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa'da düzenlenen temel haklar, “*objektif bir değer düzeni*”nin (*Wertordnung*) bir parçasıdır ve bu objektif değer sistemi; yasama, yürütme ve yargının uygulamasında değerlendirmelerde başvurulacak araç olarak temel değerleri de ortaya koyar. Temel haklar üstün hukukun bir parçası olarak tüm hukuk alanlarını etkiler, onlar üzerinde de bir yayılım etkisi bulunur. Bu sebeple Anayasa'da düzenlenen temel haklar, hem kamu hukuk ilişkilerinde hem de özel hukuk ilişkilerinde etkiye sahiptir. Objektif değer sisteminin özel hukuktaki etkisi, temel hakları da içine alan özel hukuk kurumlarının araçları vasıtasıyla – yorumla – gerçekleşir. Özel hukuk normlarının anayasaya uygun olarak yorumlanması, onların özel hukuk uyumsuzluğu olma niteliğini ortadan kaldırmaz.

Yine Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kürtajın cezalandırılmasını konu alan 1975 tarihli kararında¹³⁹, temel hakların devlete koruma yükümlülüğü kapsamında, bireyin haklarının devlet müdahalelerini engellemek dışında onları savunmak zorunda olduğunu ortaya koymuştur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir yandan ceninin Anayasana kaynaklanan yaşam hakkının (m.2) ve insan onur ve haysiyeti hakkının (m.1) korunması gerektiğini vurgularken, diğer yandan cenini koruma yükümlüğünün annenin temel hakları koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; annenin yaşam hakkının kürtajın yapıp yapılmayacağını ve yapılacaksa bunun sınırlarını belirlediğini; annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda anneden hamileliğini devam ettirmesinin beklenemeyeceğini; hem annenin hem de ceninin temel haklarının göz önünde bulundurulmasını, iki tarafın temel haklarının karşılıklı dengelenmesi gerektiğini ortaya koymuştur.

Almanya'da kürtaj, 1871'den 1975'e kadar Alman Ceza Kanununun §218 hükmü ile suç sayılmıştır. Bu karardan sonra yalnızca annenin hayatı veya sağlığı bakımından ciddi tehlike oluşturması halinde, kadının rızasıyla, hekim tarafından yapılmasına izin verilmiştir. 1995'ten itibaren hekimden danışması alınarak yapılan kürtaj, suç olmaktan çıkarılmıştır. Alman Ceza Kanununun 218a paragrafı,

138 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, 1 BVR 400/51, BVerfGE 7, 198, 206 f.; Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567/89 BVerfGE 89, 214, 229 f.

139 BVerfGE 39, s.1.

hekim raporuna dayanan kadının talebi üzerine gerçekleşen gebeliği sonlandırma halinde suçun oluşmayacağını açıkça ifade edilmektedir¹⁴⁰

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, eşlerin mağdur edilmesine sebebiyet veren evlilik sözleşmelerini Anayasanın m.4 ve 6/II hükmünde düzenlenen ailenin korunması yönünden içerik denetimine tabi tutmuştur¹⁴¹. Çocuğun biyolojik babasını öğrenme hakkının¹⁴² ya da babasının çocuğunun ondan olup olmadığını bilme hakkının¹⁴³ olduğuna temel hak kapsamında karar vermiştir. Bu karardan sonra soybağının iptali davasından ayrı bir dava olarak BGB §1598a hükmünde biyolojik babalığın tespiti davasına yer verilmiştir.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayet hakkını kural olarak anneye aitti; 16.12.1997 tarihinde BGB 'ye eklenen¹⁴⁴ § 1626a fıkra 1 hükmü ile babaya velayet hakkına sahip olduğu evlat edinme, evlilik sözleşmesinden doğan istisnalar dışında olarak, anne ve babanın doğum esnasında evli değilse, annenin babanın yapacakları beyanla her ikisine birlikte velayet hakkı tanımıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi önce BGB § 1626a hükmünün anayasaya aykırı olmadığına¹⁴⁵; daha sonra ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aynı yöndeki kararını gerekçe göstererek, Anayasa m.6 düzenlenen temel hak olan velayet hakkına aykırı olduğuna¹⁴⁶ karar vermiştir. Mahkeme, hükmün babanın birlikte velayeti kullanmasını annenin iradesine bağlanmasını, babanın velayet hakkının ihlali olarak görmüştür. Mahkemenin Anayasaya aykırılığı tespitinden sonra 19.05.2013 tarihli değişiklikle¹⁴⁷ BGB § 1626a 1. fıkra b.3'de ve 2. fıkrada yapılan değişiklikle, evlilik dışı çocuğun velayeti aile mahkemesince çocuğun yararına aykırı olmadıkça her iki tarafa birlikte verileceği düzenlenmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararlarında, hâkimin anayasaya uygunluk ilkesini sağlamak üzere, özel hukuk hükümlerinin somut olaya uygulanmasının temel hakkı ihlal edip etmediğini kontrol etmek zorunda olduğunu; özel hukuk hükümlerini temel haklara uygun şekilde yorumlaması ve uygulaması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁸.

D. TEMEL HAKLARIN İKİNCİL DOĞRUDAN ÜÇÜNCÜ – TARAF – ETKİSİ

I. HUKUK DOKTRİNİ

Temel hakların doğrudan ve dolaylı üçüncü taraf etkilerinin görüşüne ek olarak, üçüncü bir karma görüş söz konusudur. İkincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisi doktrinine göre, temel hakların

140 Karş. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, m. 99, 100.

141 BVerfGE 103, 89. 117, s.202

142 BVerfGE 79, s. 256; 90, s. 263; 96, s. 56.

143 BVerfGE 117, s. 202.

144 BGBl. I 1997, 2942, 2945

145 BVerfGE 107, s. 150.

146 BVerfGE 127, s. 132.

147 BGBl. I 2013, 795

148 BVerfG, Urt. v. 11.6.1991, 1 BVR 239/90, BVerfGE 84, 192, 195.

dolaylı üçüncü taraf etkisi kabul edilmektedir. Ancak temel haklar içerisinde yer alan değerlerin temel haklara uygun bir yorumla hayata geçirilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Gerçekten, Anayasaya uygun olarak yorumlanabilecek bir kanun normu bulunmayabilir. Bu durumda, temel haklarla ilgili bir alan düzenlenmemiş olmasından ya da var olan kanun hükmünün temel hak ya da anayasal ilkenin çatışmasından, gerçek veya gerçek olmayan bir boşluk doğmuş olabilir. İşte temel haklar bu boşluğun olduğu durumlarda Anayasanın temel hak ve ilkeleri doğrudan özel kişiler arasındaki ilişkiler için geçerli olur¹⁴⁹.

İsviçre doktrininde bu görüş, 29 Mayıs 1874 tarihli Federal Anayasa'nın uygulandığı dönemde savunulmuş idi¹⁵⁰ ve günümüzde yeniden savunulmaya başlamıştır¹⁵¹.

Doktrinde, temel hakların ikincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisine karşı, BV Art.35 Abs.3'ün ifadesinin doğrudan üçüncü taraf etkisini hariç tuttuğuna ilişkin bir itiraz yapılmıştır¹⁵². Bu itiraz, kanunilik ilkesine ilişkin endişelerle alakalıdır. Bu endişelerden hareket eden *Kull* bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir: Kanunilik ilkesine ek olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi de ikincil doğrudan üçüncü etkisi söz konusu olmasını engeller. Hâkim, temel hakları, kanun boşlukların doldurulmasının ötesinde doğrudan özel kişiler arasındaki ilişkilere uygularsa, ikame bir hukuk oluşturur. Hâkimin ikame hukuku oluşturması, yasama organının birincil işlevi olan yasama sürecine müdahale teşkil eder. Bu yaklaşım kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çelişmektedir ve bu nedenle reddedilmelidir¹⁵³.

2. DEĞERLENDİRME

Doktrinde hâkim görüş koruma yükümlülüğü ile üçüncü etki görüşü arasında bir ilişki olduğunu genellikle kabul edilmektedir. Bazı yazarlar¹⁵⁴ koruma yükümlülüğünü dolaylı etki teorisinin bir parçası olarak görmekte iken, diğer bazı yazarlar¹⁵⁵ koruma yükümlülüğünün dolaylı etkiyi de kapsayan daha geniş bir kavram olarak ele almaktadır. Görüşümüze göre, dolaylı etki görüşü ile koruma yükümlülüğü görüşü birbiriyle ilişki ve etkileşim içinde olup, birbirini tamamlamaktadır. Bize göre, anayasal hükümler, bu kapsamda temel haklar, koruma yükümlülüğünün ikincil dolaylı etki ile bireyler arasında özel hukuk ilişkisinde uygulama alanı bulur.

149 Markus Schefer, 'Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben' (2002) 10 Aktuelle Juristische Praxis 1131, 1135, 1137 vd.; Göksu (n 26) 94; Müller, *Einleitung* (n 34) N 64; Müller, *Elemente* (n 29) 86; Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 242.

150 Karş. Müller, *Einleitung* (n 34) N 64; Müller, *Elemente* (n 29) 86; Müller, 'Drittwirkung' (n 48) 242

151 Schefer, 'Schutzpflichten' (n 149) 1135, 1137 vd.; Markus Schefer, *Die Kerngehalte der Grundrechte* (Stämpfli 2001) 319; Göksu (n 26) 94.

152 Egli (n 40) 154.

153 Viviane Kull, *Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung* (Schulthess 2017) 179.

154 Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung* (Mohr Siebeck 1997) 335; Bert Howald, *Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten* (Diss. 2004) 34.

155 Claus-Wilhelm Canaris, 'Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten' in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl and Andreas Voßkuhle (eds), *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (De Gruyter 2002) 29, 32; Pieroth and Schlink (n 129) N 198; Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (Mohr Siebeck 2001) 253; Stern (n 131) 1560, 1572.

Görüşümüze göre, devlet – kişi arasındaki kamu hukuku ilişkilerinde anayasal temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanması söz konusudur. Öncelikle Anayasayı uygulama yetkisi öncelikle yasama organına yöneliktir¹⁵⁶. Bir yandan, yasama organı tüm yasama faaliyetlerinde anayasa ve dolayısıyla temel haklarla bağlıdır¹⁵⁷.

İdari makamların kişinin temel haklara ilişkin davranışlarını sınırlamasına imkan veren sınırlayıcı anayasal hükümler yönünde de üçüncü etkinin değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁸.

Yukarıda incelediğimiz üzere, temel haklarla olan bu bağlılık aynı zamanda, ek bir koruma yükümlülüğü, yani harekete geçme yükümlülüğü getirir. Yasama organı kanunlarda genel olarak bireyin ve özellikle özel hukuk işlemlerinde temel haklarını sınırlamayacak şekilde düzenleme ile yetinmeyecek, aynı zamanda bu düzenlemelerde anayasanın gücü kişilerarası ilişkilerde temel hakların uygulanmasını gerçekleştirecektir¹⁵⁹.

Kanun koyucuya ilave olarak, hukuku uygulayan kamu makamları, idari makamlar ve yargı makamları, kişilerarası ilişkilerde temel haklarını korumaları beklenir. Kanunu uygulayan tüm kamu yetkilileri, temel hakları kendiliğinden dikkate almalı ve gerekirse uygulanması yükümlülüğü altındadır. Özellikle yoruma muhtaç kanun normunda yer alan belirsiz hukuki terimlerin ve genel kayıt (ilkelerin) somutlaştırılması gerektiğinde, kanunu uygulayan yetkililer – adli yetkililer dahil – temel hakların gerçekleştirilmesini sağlamak zorundadır¹⁶⁰. Bu hüküm içi boşluklar, mümkün olduğu kadar temel hakların anlamına ve kapsamına uygun şekilde yorumlanmalıdır.

Görüşümüze göre, kişi – kişi arasındaki özel hukuk ilişkilerinde, anayasal temel hak ve ilkeler önce ilgili kanun yorumuyla dolaylı üçüncü etki olarak uygulanacaktır: – dolaylı üçüncü – taraf-etkisiyle yorumlama.

Eğer uygulanacak bir kanun normu yoksa, yani kanun boşluğu söz konusu ise, anayasa hükümlerinde düzenlenen temel hak ve ilkeler, ikinci boşluğunu tamamlamak ya da düzeltmek için doğrudan etkili olarak uygulanacaktır: – doğrudan üçüncü – taraf – etkisi olarak tamamlama ve düzeltme.

Görüşümüze göre temel hakların üçüncü – taraf – etkisi kural olarak dolaylı uygulamayı, istisnai olarak – ikinci kanun boşluklarda – ikincil doğrudan uygulamayı savunmaktayız. Bu yaklaşımız, aynı zamanda *kanunun normunun muhafaza edilmesi ilkesi*¹⁶¹ ile de uyumludur.

Özel kişiler arasında temel bir hakkın doğrudan hukuki geçerliliği varsayılırsa, üçüncü bir kişinin temel hakkı, hukuki bir dayanak olmaksızın üçüncü bir kişinin temel hakkına doğrudan dahil

156 Müller, *Grundrechte* (n 31) 17.

157 Häfelin and Haller (n 23) N 273.

158 Waldmann, *BV* (n 40) Art. 35 N 69; Waldmann, *Wirkung* (n 36) 33.

159 Häfelin and Haller (n 23) N 265.

160 Zäch (n 64) 9.

161 Claus-Wilhelm Canaris, 'Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre' in Heinrich Honsell, Roger Zäch, Franz Hasenböhler, Friedrich Harrer and René Rhinow (eds), *Festschrift für Ernst A Kramer* (Helbing & Lichtenhahn 2004) 141; Karl August Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren* (CF Müller 1986) 24 vd.

edilebilir. Bununla birlikte, Anayasa hükmü anlamında temel haklar hiçbir zaman kendiliğinden özel hukuk ilişkisinde uygulanacak bir kanun hükmü yoksa kendilerine hukuki dayanak bulamaz. Anayasal temel hak ve ilkelerin özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri için mutlaka bir kanun hükmünde varlık bulmaları gerekir. Zira bize göre, anayasal kuralları, bu kapsamda temel hakkı düzenleyen anayasal normlar kural olarak ikincil hukuk kurallarıdır¹⁶².

Görüşümüze göre, anayasa hükümleri, bu kapsamda temel haklar kanunun yorumunda dolaylı etkisi; kanun boşluğunun, özellikle çatışma boşluğun da yani kanunun amaçsal tamamlanması ve amaçsal düzeltilmesinde doğrudan etkiye sahiptir.

TMK m.1 hükmü, hâkimin öncelikle kanun hükmünü uygulamasını emretmektedir. TMK m.1 emredici bir metodolojik ilke olarak hem özel hukuk hem de kamu hukukunda uygulanması gereken kuraldır. Anayasadaki temel hakların ve hukuk ilkeleri bir objektif değerler sisteminin üstün değerleri ve üstün ilkeleri olarak, ancak kanun hükümleri üzerinden özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere uygulanabilir. Hâkim kanuni düzenlemeleri uyumsuzluğa anayasadaki temel hak ve ilkelere göre yorumlanarak uygular ve gerekçelendirir.

Bazı durumlarda ise, olaya uygulanacak kanun hükmü bulunmayabilir. Bulunsa da kanun hükmünün metindeki amacının yapısı ve içeriği, her zaman özel kişiler arasında temel hakların gerçekleştirilmesine uygun olmayabilir. İşte kanun boşlukların tamamlanarak ya da düzeltilerek doldurulması bağlamında, hâkim anaya hükümlerine ve bu bağlamda temel haklara ve ilkelerinde doğrudan başvurabilir. Kanun boşluğunun doldurulmasında hâkimin temel hakları, özellikle temel özgürlük hakları ve anayasal ilkeleri gerçekleşmek için anayasal hükümlerini özel hukuk ilişkisinde uygulaması olağandır.

TMK m.1/II hükmüne yer aldığı üzere, hâkim bir kanun koyucu gibi hukukunu yaratacağından, kanun koyucu gibi anayasa hükümlerindeki temel hak ve ilkelere uygun bir hâkim kuralı koyacak ya da temel hak ve özgürlükleri somutlaştırarak olaya uygulayacaktır. Başka bir deyişle, kanun boşluğu söz konusu olması durumunda ise hâkim kanun boşluğunu hukuk değerler sistemine uygun şekilde Anayasadaki üstün değere ve ilkelerine uygun olarak tamamlar. Eğer olaya uygulanacak kanun hükmü anayasal değer ve ilkeleri ile çatışıyorsa ve adalet gerektiriyorsa çatışma boşluğu anayasal değerlere ve anayasal ilkelere uygun olarak düzeltililecektir.

Anayasa hukuku normlarının ikincil dolaylı etkisi görüşümüz, savunduğumuz hâkimin üç aşamalı hukuk uygulama metoduyla da uyumludur¹⁶³.

3. YARGI UYGULAMASI

İsviçre Federal Mahkemesi aşağıdaki davada temel hakların ikincil doğrudan üçüncü taraf etkisini değerlendirerek bir karara ulaşmıştır. Bu davaya konu olay, özel hukuk kapsamında kurulmuş bir

162 Bkz. O Gökhan Antalya, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021) N 544 vd.

163 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2352 vd.

emeklilik vakfı ile bu emeklilik vakfına üye olan kişinin dul eşi arasında bir hukuki uyumsuzluğa ilişkindir.

Emeklilik vakfı, dul eşin sadece vakıf düzenlemeleri uyarınca sadece dul aylığı (Witwenrente) alabileceğine dayanarak, eşin aylık (Rente) ödenmesi talebini kabul etmemiştir. Dul eş, aBV Art.4 Abs.2 hükmüne ihlaline dayanarak, bu vakfın kararını itiraz etmiştir. Emeklilik Vakfı ise, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün, özel hukuka göre kurulmuş emeklilik kurumlarına, emeklilik faaliyetleri çerçevesinde dul aylığı verme yükümlülüğü getirmediği görüşündedir¹⁶⁴.

Federal Mahkeme başlangıçta, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün alan eşit işlem ilkesinin, bu kapsamda eşit ücret ilkesi – dışında – doğrudan üçüncü taraf etkisi olmadığını belirtmekle birlikte, özel hukuk temel haklarla ilgili bir alanı düzenlemiyorsa veya gerçek ve gerçek olmayan bir boşluk söz konusu ise doğrudan üçüncü – taraf – etkisi var olabileceğini kabul etmiştir. İlâveten, aBV Art. 4 Abs. 2, özel hukuk normlarının temel haklara göre yorumlanması gerektiği anlamında dolaylı bir üçüncü taraf etkisine sahip olduğu belirtmiştir.

Dava konusu davada mahkemede temel haklara göre, bir hukuk kuralı eksikliği olup olmadığını belirtmiştir. Dava konusu olayda, aBV Art. 4 Abs. 2 doğrudan uygulanmasına imkân verecek herhangi bir boşluk da bulunmadığı; aksine bilinçli bir susma olduğunu kabul etmiştir. Dul eşin talebinin, Emeklilik Vakfının hukuki düzenlemelerinde öngörülmeven bir yardıma dayandığını; aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün vakıf düzenlemelerin sağlamadığı yardımlara hak kazandırmaya hizmet edemeyeceğini belirterek, davayı red etmiştir¹⁶⁵.

Federal Mahkemenin bu yaklaşımı, hâkimin hukukun uygulanmasına ilişkin savunduğumuz üç aşamalı hukukun uygulaması¹⁶⁶ görüşümüze uygundur. Hâkim önce yorumlayarak olaya uygulayacak hukuk kuralının olup olmadığını belirleyecek, uygulanacak hukuk kuralı bulunmadığını belirledikten sonra kanun boşluğu söz konusu ise ikinci aşamada hukuku tamamlayacak, son – üçüncü – aşamada kanunu düzelterektir. Birinci aşamada, hâkim kanun hükmünü temel hakları dolaylı etkisini dikkate alarak yorumlayacak; ikinci ve üçüncü aşamada ise temel hakların doğrudan etkisi ile hukuku tamamlayarak ya da düzelterek geliştirecektir.

Federal Mahkeme, İlk aşamada, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün emeklilik vakfı ile dul arasındaki ilişkide dolaylı olarak uygulanabilir olup olmadığını, temel haklara uygun özel hukuk normlarının yorumlanması yoluyla incelemiştir.

Bir hukuk normunun bulunmadığı nedeniyle talebi reddettikten sonra, ikincil doğrudan üçüncü – taraf – etkisini hukukun tamamlanması ve düzeltilmesi aşamasında incelemiştir. Ancak, emeklilik vakfının düzenlemelerinde bir boşluk olmadığı, ancak bilinçli susma olduğu için, aBV Art. 4 Abs. 2 hükmünün doğrudan üçüncü taraf etkisini de olaya uygulamamıştır.

164 BGE 120 V 312, s.312 f.

165 BGE 120 V 312, E. 3b s.316 f.

166 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2352 vd.

Federal Mahkeme *Kodak-kararı*nda, ikincil doğrudan üçüncü taraf etkileri ilkesini uygulamış; ancak bu ilkeye açıkça atıfta bulunmamıştır. Kodak-kararı, paralel ithalatların kabul edilebilirliğine ilişkin bir patent hukuku uyumsuzluğuna ilişkindir.

Jumbo Markt AG, Avrupa patentinin İsviçre kısmının sahibi Kodak SA'nın onayı olmadan İsviçre'de İngiltere'den getirdiği patentli Kodak ürünlerini satmıştı. Kodak SA, özellikle davalının bu ürünleri satmasının yasaklanmasını talep ederek Jumbo Markt AG'ye dava açtı.

Federal Mahkeme, doktrinde kabul edildiği üzere, patent hakkı sahibi kişi patentle korunan bir şeyi satar veya kendi rızası ile dolaşıma alınırsa patent kanunu ile verilen yetkilerin bir nesne için tüketildiğini kabul ettiğini belirtti. Federal mahkeme, ulusal ya da uluslararası tükenme ilkesi doğrultusunda konuyu inceleyerek, kanunda doldurulması gereken bir boşluk olduğu sonucuna ulaştı¹⁶⁷. Anayasanın mülkiyet hakkını teminat alan hükmüne doğrudan üçüncü – taraf – etkisi vererek, bayinin patent sahibinin mülkiyetini doğrudan ihlal etmekle yükümlü olduğuna karar verdi.

V. HUKUKUN UYGULANMASINDA TEMEL HAKLAR

Anayasa'da düzenlenen temel haklar, yasama organını norm denetiminde ve yürütmenin tüm organlarının tüm işlem ve eylemlerinde doğrudan bağlayan somut ve uygulanabilir hukuk normlarıdır. Başka bir deyişle kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde ölçü norm değer olması yanında anayasa hükümlerinin ve anayasa yargı denetimine tabi kanun hükümlerinin uygulanmasında, özellikle yorumlanmasında¹⁶⁸ temel işleve sahiptir. Böylelikle anayasal temel hakların özel hukuka pratik uyumu gerçekleştirilmiş olur. Anayasa hiyerarşisinde hukuk düzeninin bütünlüğü ve yeknesaklığı sağlanır.

Hâkimin hukuku uygulamasındaki üç temel aşama dikkate alınarak temel hakların uygulanması değerlendirilirse¹⁶⁹;

A. HUKUKİ YORUM VE GEREKÇELENİRMEDE ANAYASAL DEĞERLER OLARAK TEMEL HAKLAR

I. METNE UYGUN – NORMATİF – AMACIN BELİRLENMESİNDE ANAYASAL DEĞERLER

Ahlak ve hukukun karşılıklı etkisi içinde tarihsel süreçte pozitif hukuk üstü temel hak ve hukuk prensipleri oluşturulmuştur¹⁷⁰. İnsan hakları, doğal hukukun sonucu olarak kanunlar üstü değer ölçütlerini oluşturur. Bazı evrensel hukuk ilkeleri de zaman ve kültürlerden bağımsız olarak doğal

167 BGE 126 III 129, E.1b s.132 f.

168 Bkz. Mehmet Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379 vd.

169 Hâkimin hukuk üç aşamalı olarak uygulaması için bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2352 vd.

170 Bernd Rüthers, Christian Fischer and Axel Birk, *Rechtstheorie* (11th edn, CH Beck 2020) N 417 vd., 455 vd.; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2n edn, Vandenhoeck & Ruprecht 1967) 249 vd., 599 vd.; Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* (10th edn, CF Müller 2005) § 4.

hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir. Ülkelerin bu evrensel hukuk ilkelerini ve insan haklarını genellikle aynen kabul etmelerine karşı, bazılarının ise örneğin ölüm cezasını farklı değerlendirmektedir.

Kanun hükmünün metninin amacındaki normatif değer, anayasal değere uygun olarak anlaşılmalıdır. Yine içi boş kanun hükümleri anlaşılacak ve hukuk genel ilkeleri, anayasal değer ve ilkelere göre somutlaştırılacaktır. Kanun normları aslında anayasal değerleri sisteminin somutlaşmış şeklinden başka bir şey değildir.

TMK m.1/I hükmündeki kanun hükmündeki amacı belirleyen değer, anayasal temel haklardaki anlamıyla anlaşılacaktır (anayasaya uygun yorum)¹⁷¹. Hatta anayasa yargısında kanunların hukuka uygun denetiminde anayasa merkezli yorum yapılacaktır. Yine anayasa yargısında bireysel başvuruda kamu makamlarının – yargı uygulaması dahil – temel hakları ihlal edilip edilmediği incelemesinde anayasa merkezli yorum yapılacaktır. Anayasa merkezli yorumda, anayasa metnindeki temel hak düzenlemesinin metnindeki amacı belirleyen değer esas alınacaktır. Anayasa mahkemesi hâkimi, anayasa merkezli yorumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun yorum yapacak ve mukayeseli yorum aracı olarak da AİHM uygulamasından ve de doktrininden yararlanacaktır.

Anayasaya uygun yorum, kanunun bir normunun ya da teriminin birden fazla anlama geldiğinde anayasal değerlere en uygun olanın bulunup uygulanmasını sağlar.

Kanun hükmünün amaçsal yorumlanması da anayasal ilke ve değerlere göre dar ya da geniş olarak yorumlanabilecektir¹⁷². Örneğin, anayasal hak ve özgürlükler geniş olarak yorumlanırken; bunları sınırlayan hükümler dar olarak yorumlanacaktır.

Kanun normları arasındaki birbirinden farklı değer ihtiva etmesi halinde, eğer değerler birbiriyle çatışarak çatışma boşluğu oluşturmuyorsa, yani seçimlik ve alternatif değeri ihtiva eden kanun hükümleri söz konusu ise, bunlardan hangisinin tercih edileceği noktasında, anayasal değeri uhdesinde barındıran değer tercih edilmelidir. Hiyerarşik nitelikte üstün nitelikte değeri ihtiva eden hukuk normu, daha alçal değeri ihtiva eden hukuk normuna ilga eder ya da en azından ona tercih edilir (*Lex superior derogat legi inferiori*¹⁷³).

2. SİSTEMATİK YORUMDA ANAYASAL DEĞERLER

Anayasa şekli ve maddi bir hukuk sistemidir¹⁷⁴. Anayasa yargı organı vasıtasıyla yasama organının çıkarttığı kanunların kendilerine uygunluğunu sağlar. Bu şekilde hukuk sisteminin hiyerarşik yapısının en tepesindeki temel norm olarak hukuk düzeninin bütünlüğünü ve yeknesaklığını gerçekleştirir. Anayasalarda düzenlenen insan hakları, temel haklar olarak hukuk düzeni için objektif

171 Franz Bydinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre* (UTB 2011) 456.

172 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 1007 vd.

173 Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 625-626.

174 Jörg Neuner, 'Das BGB unter dem Grundgesetz' in Uwe Diederichsen and Wolfgang Sellert (eds), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Vandenhoeck & Ruprecht 2002) 131. Bu konuda bkz. Antalya, *HBK C. I: HT* (n 1) N 2943 vd.

değerler sistemini oluşturur¹⁷⁵. Bu sebeple kanun metninin amaçsal yorumun da sistematik yorum amacı olarak yargı kararı yorumunu gerekçelendirme için temel hakların anayasal değer olarak anlamından yararlanacaktır.

B. HUKUKUN TAMAMLANMASINDA ANAYASAL DEĞERLER OLARAK TEMEL HAKLAR

Hâkim, hukukun uygulanmasındaki ikinci aşamadaki fonksiyonuna uygun olarak, TMK.m.1/II hükmüne göre, kanun boşluğu halinde kanun koyucu gibi hareket edeceğinden, eksiklik ya da yanlışlık boşluğunu Anayasa'ya ve anayasanın temel değeri olan temel haklara uygun olarak dolduracak, yani anayasal temel değer anlayışına uygun olarak kanunu tamamlayacaktır¹⁷⁶.

Yine yetkilendirme (kural içi) boşluğunda, belirsiz normatif kavramlar ve genel kayıtlar, Anayasal temel haklara ve genel ilkelere uygun olarak anlamlandırılmalıdır¹⁷⁷.

C. HUKUKUN DÜZELTİLMESİNDE ANAYASAL DEĞERLER OLARAK TEMEL HAKLAR

Hâkim uygulayabileceği kanun hükmünün anayasal değer olan temel haklarla çatıştığı ya da anayasal ilkelere çatışır ve olaya uygulanabilir kanun hükmünün hukukun temel idesine (adalete) aykırı olduğu sonucuna varır ise, *değer çatışması*¹⁷⁸ ya da *ilke çatışması*¹⁷⁹ndan doğan *çatışma boşluğu*, yine kanun koyucu gibi dolduracağından, uygulama anındaki anayasanın değerlerine uygun ya da anayasa ilkelerini somutlaştırarak uygulanmasıyla düzeltilir¹⁸⁰. Hâkim hukukun uygulanmasındaki üçüncü fonksiyonuna uygun olarak çatışma boşluklarını, anayasal değerlere uygun şekilde düzelterektir.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGI KARARI

Anayasa Mahkemesi, tarihsel süreçteki gelişimi dikkate alındığında, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının sağlayan yargısal denetimini yapan mahkemedir.

Anayasa Mahkemesi, anayasada düzenlenmiş devletin egemenlik güçlerini kullanan organların arasındaki ilişkileri düzenlediği kadar temel hak ve özgürlüklerinin, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün yaptırımı ve teminatını teşkil eder¹⁸¹.

175 Möllers (n 135) N 4. Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2546 vd.

176 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 696 vd.

177 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 1007.

178 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 820 vd.

179 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 823 vd.

180 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 549 vd.

181 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (21. Bası, Beta 2017) 218.

Anayasa Mahkemesi yargı erkini bireysel başvurular yoluyla, yürütmeyi yargısal karar denetimi üzerinden, dolaylı yasamayı da soyut norm denetimi doğrudan yargısal olarak denetleme suretiyle, anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını gerçekleştirir¹⁸².

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN UZMANLIK MAHKEMESİ OLARAK KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU KONTROL ETMESİ

Anayasa mahkemesi iptal davasında soyut norm denetimini anayasa merkezli yorumla gerçekleştirir¹⁸³. Anayasa Mahkemesi iptal davasında, maddi olayı anlama söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi uzmanlık mahkemesi olarak kanunun ya da onun hükmünün anayasaya uygunluğu ya da aykırılığını değerlendirirken, sadece Anayasa metnindeki amacı ve bu amacı belirleyen değeri ve ilkeleri temel alır (Anayasa merkezli yorum).

Anayasa Mahkemesi hâkimi, önce Anayasa hükmünü yorumlayarak anlamını belirler; sonra kanun hükmünün metninin amacındaki anlamın ve bu amaçtaki değer mantıksal olarak Anayasa hükmünün kanun hükmünü altlayıp altlamadığını belirleyecektir. Eğer anayasa hükmü kanun hükmünü altlıyorsa, kanun hükmü anayasaya uygun, altlamıyorsa kanun hükmü anayasaya aykırı olduğundan kanun hükmünü iptal edecektir.

Anayasa Mahkemesinin iptal davasında sadece anayasayı yorumlayarak uygulamak fonksiyonu söz konusudur. Yine kanunu tamamlama ya da düzeltme fonksiyonu söz konusu değildir.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN UZMANLIK MAHKEMESİ OLARAK YÜRÜTMENİN İŞLEM YA DA EYLEMLERİNİ VE YARGI KARARLARININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE UYGUNLUĞUNU DENETLEMESİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu olayda idarenin işlem ya da faaliyetini veya yargı kararı söz konusu ise, bu makamların kanunu anayasa uygun yorumlayıp yorumlamadıklarını, kendisinin yapacağı anayasa merkezli yorumla denetleyecektir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu değerlendirirken de yine anayasa merkezli yorum yaparak, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin başvuru konusu maddi olayda ihlal edilip edilmediğini değerlendirecektir.

Bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olayın maddi olgularını okumak yanında, bu olaya uygulanan kanun hükmünü de anlamak için yorumlaması söz konusudur. Sonrasında bireysel başvuruya ve buna ilişkin uygulamanın anayasal temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini belirleyecektir.

182 Osman Can, “Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler’ (2018) 35 Anayasa Yargısı 23-44.

183 Bkz. Antalya, *HBK C. II: HM* (n 162) N 2967.

VII. ANAYASA YARGILAMASINDA HAKİMİN HUKUKU UYGULAMASINDA UYACAĞI ONİKİ METODOLOJİK TEMEL İLKE

I. MADDİ OLAYIN ANLAŞILMASI: OLAYIN OKUNMASI

1. Maddi olayın olguları belirlenmesinde yaklaşımını ve tavrını belirle,

1.1. Maddi olaya yaklaşımını belirle,

1.2. Maddi olayı objektif ve tarafsız olarak değerlendir.

2. Maddi olayın (durumun) olgularını belirle ve anla;

2.1. Kişileri tespit,

2.2. Olayların zamansal gelişimini belirle,

2.3. Hukuki uyumsuzlığa ilişkin maddi olguları belirle.

II. HUKUKU ANLAMAK: HUKUKU UYGULAMAK

3. Hukuki uyumsuzlığa ilişkin hukuki çözümünde temel amacını (hedefini) belirle ,

4. Hukuki çözümler ve gerekçelendirme için gerekli hukuki bilgiyi hukuk kaynaklarından belirle (Hukukun kaynakları) (TMK m.1) :

4.1. Anayasa hükmünün hukuk düzeninin sistematigi içindeki yerini belirle,

4.2. Hukuki olguları hukuki sonuçtan ayır et,

4.3. Anayasa hükmü metnini oku,

4.4. Anayasa metni içindeki bağlaçları dikkate al,

4.5. Anayasa metninin olgusal yapısını analiz et,

4.6. Hukukun asli kaynağı Anayasayı uygula:

4.7. Anayasanın uygulanmasında yardımcı kaynaklardan yararlan (TMK m.1/son f):

4.7.1. Hukuk doktrininden yararlan,

4.7.2. Yerleşmiş yargı kararlarından yararlan.

5. Uyuşmazlık konusu maddi olayın çözümünü için hukuku uygula :

5.1. Asli hukuk kaynağı olan Anayasa hükmünü uygula,

5.1.1. Anayasa normlarının kontexini (birbiriyle olan bağlamalarını ve ilişkilerini) dikkate al :Anayasa hükmünün uygulanma şekillerini dikkate al:

Normların birlikte uygulanabilmesi şeklini belirle:

5.1.1.1. Normların kümülatif uygulanması,

5.1.1.2. Normların alternatif uygulanması,

5.1.1.3. Normların paralel uygulanması: Normların yarışması şeklinde olabilir.

Özel hukukta normların yarışmasında TBK m.61 hükmünü dikkate al.

Normların birlikte uygulanamaması durumunu varsa tespit et, (**Normların çatışması söz konusu ise Anayasa hükmünü düzelterek hukuku geliştir**)

5.1.2. Kanun normlarının uygulanmasını farklı boyutlara göre değerlendir :

5.1.2.1. Kişi boyutunda uygula,

5.1.2.2. Mekansal boyutta uygula:

5.1.2.2.1. Uluslararası boyutta,

5.1.2.2.2. Milli boyutta,

5.1.2.3. Yatay ve dikey ilişkide uygula :

5.1.2.3.1. Dikey (alt-üst) ilişkide uygulama alanı (Hukuk kaynaklarının hiyerarşisi),

5.1.2.3.2. Yatay ilişkide uygulama alanı (Özellik ilişkisi),

5.1.2.4. Niteliklerine göre uygula (anayasa normlarının kombine et):

5.1.2.4.1. Emredici kanun hükmü,

5.1.2.4.2. Tanımlayıcı hukuk kuralları,

5.1.2.4.3. Yorumlayıcı hukuk kuralları,

5.1.2.4.4. Tamamlayıcı hukuk kuralları (atıf),

5.1.2.4.5. Düzen hukuk kuralları,

5.1.2.5. Zamansal boyutta uygula,

5.1.2.6. Anlamsal boyutta uygula : Anayasayı Yorumla ve Gerekçelendir.

6. Anayasayı Yorumla ve Gerekçelendir (Anlamsal Boyutta Uygula) :

6.1. Anayasayı Yorumlayarak Gerekçelendir :

- Yargı kararını yorum elemanları ile gerekçelendir,
- Anayasa metnini amacındaki değere uygun gerekçelendir,
- Anayasa terim ve metnini amaca uygun olarak subjektif yorumu temel al; bunu önce sözel elemanla ve sonra diğer yorum elemanları ile destekle,
- Sistemik yorum ilkelerinden yararlan,
- Yorum ilkelerinden yararlan,
- Anayasanın amacına uygun olarak normu amaçsal daraltılmış ya da genişletilmiş şekliyle uygula.

6.1.1 Anayasa terimlerini amaca uygun yorumla,

6.1.2. Anayasa metnini amaca uygun yorumla:

6.1.2.1. Temel yorum elemanı: Sübjektif metindeki amaç elemanı,

6.1.2.2. Yardımcı birinci yorum elemanı: Sözel eleman,

6.1.2.3. Diğer yorum elemanları:

6.1.2.3.1. Sistematik Eleman,

6.1.2.3.2. Mantıki Eleman,

6.1.2.3.3. Tarihi Eleman,

6.1.3. Yorum ilkelerinden yararlan:

6.1.3.1. Hukukun genel ilkelerine (kanun prensiplerine) uygun yorum: dürüstlük ve güven ilkesine uygun yorum,

6.1.3.2. Temel hak ve özgürlere merkezli yorum ilkesi,

6.1.3.3. Yorumla kamusal yetki yaratılmaması ilkesi,

6.1.3.4. Kamusal yetkilerin dar yorumlanması ilkesi,

6.1.3.5. Yorumla istisna getirilmemesi ilkesi,

6.1.3.6. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi,

6.1.3.7. Sistemsel yorum ilkelerini uygula :

6.1.3.7.1. Anayasa Amacı (Özü) İle Kanun Metninin (Sözünün) Çatışmasında, Anayasanın Amacı Merkezli Yorumlama İlkesi,

6.1.3.7.2. Anayasaya Merkezli Yorum İlkesi,

6.1.3.7.3. Avrupa Birliği Hukukuna Uygun Yorum İlkesi,

6.1.3.7.4. Hukukun Genel İlkelerine) Uygun Yorum İlkesi, (Anayasa prensipleri merkezli yorum)

6.1.3.7.5. Yerleşmiş Yargı Uygulamasına Uygun Yorum İlkesi,

6.1.4 Diğer gerekçelendirme metotlarından yararlan:

6.1.4.1. Topik (İlke) Metodu,

6.1.4.2. Tipiklik Metodu,

6.2. Hâkimin hukuku geliştirmişse denetle:

6.2.1. Hâkimin kanunu tamamlamasını denetle,

6.2.2. Hâkimin hukuku düzeltmesini denetle.

7. Mantıksal işlemle (dedüksiyonla) maddi olaya kanun hükmünün hukuki olgularını uygula.

8. Hukuki çözümü (yargı kararı) ara:

8.1 Hukuki çözüme ve gerekçelendirilmesine ilişkin çözüm alternatiflerini ara,

8.2. Hukuki çözüm alternatiflerin gerekçelerinin belirle,

8.3. Hukuki çözüm alternatiflerinin hukuki sonuçlarının tespit et,

8.4. Hukuki çözüm alternatiflerini ve onun gerekçelerini ve hukuki sonuçlarını değerlendir.

9. Hukuki çözümü (yargı kararı) belirle : Amaca uygun hukuki sonuç beklentisini (yargı kararı) seç.

10. Yargı kararı oluşturma stratejisinin belirle ve bu stratejinin sonuçlarını değerlendir.

11. Yargı kararının hukuki sonucunu ve uygulanabilirliğini denetle; yargı kararı,

11.1. Hukukilik (yasallık) kriterleriyle denetle,

11.2. Hukukun gerçekliğine uygunluğunu denetle:

11.2.1. Mantıksal işlemle (endüksiyonla) denetle,

11.2.2. Yargı kararı sonuç merkezli değerlendir,

11.2.3. Yargı kararını yerleşmiş yargı uygulamasına uygunluğunu denetle,

11.3. Hukuk İdesine Uygunluğunu Denetle :

11.3.1. Dar anlamda hukukun idesi: Adaletle denetle (hakkaniyet kontrolü yap),

11.3.2. Hukuk güvenliği yönünden denetle,

11.3.3. Eşitlik ilkesi yönünden denetle.

11.4. Toplumsal duyarlılık testiyle uygulanabilirliğini ve toplumun benimsenebilirliğini (kabul edilebilirliğini) denetle,

11.5. Hukukun (hakkın) fonksiyonu (işlevselliği) kriterleriyle denetle,

12. Seçilen hukuki çözümü (yargı kararının) yerine getir : yargı kararını ve bunun gerekçesini – açıkla ve – yaz :

12.1. Yargı kararını açık yaz:

12.1.1. Yargı kararında basit, yalın ve kolay cümleler kullan,

12.1.2. Yargı kararında düzgün cümleler kullan,

12.1.3. Yargı kararında kısa ve öz cümleler kullan,

12.1.4. Yargı kararında münasebetsiz cümleler kullanma,

12.1.5. Yargı kararında dil bilgisine uygun cümleler kullan,

12.2. Yargı kararını konuya uygun kısalıkta yaz,

12.3. Yargı kararını bütünlüğü içinde yaz:

12.3.1. Yargı kararını belirli bir düşünsel sırayla ve sistematik sıralamayla ifade et,

12.3.2. Yargı kararında ifadeler arasında mantuki bir ilişkiyi kur.

KAYNAKÇA

Aepli V, *Grundrechte und Privatrecht, Hinweise für die Überprüfung der Grundrechtskonformität des Privatrechts im Sinne des Entwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung* (Diss. 1980).

Alexy R, *Theorie der Grundrechte* (2nd edn, Suhrkamp 1994).

Antalya OG, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt I Hukuk Teorisi* (2. Baskı, Seçkin 2020) [HBK C. I: HT].

Antalya OG, *Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021) [HBK C. II: HM].

Auer A, Malinverni G and Hottelier M, *Droit constitutionnel suisse Volume II: Les droits fondamantaux* (Stämpfli 2000).

Bauer H, 'Art. 9' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018).

- Belling DW ve İnce N, 'Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi' (2014) 12(137) *Legal Hukuk Dergisi* 3-58.
- Bettermann KA, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren* (CF Müller 1986).
- Biaggini G, *BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli 2007).
- Bleckmann A, *Staatsrecht II – Die Grundrechte* (4th edn, Carl Heymanns 1997).
- Boyar O, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki' iç Sibel İnceoğlu (edr), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (3. Baskı, Beta 2013).
- Bucher E, 'Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-259' (1987) 83 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 37-47.
- Bydliniski F, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre* (UTB 2011).
- Can O, "'Dolaylı Etki" ve "İyi Yönetişim" Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler' (2018) 35 *Anayasa Yargısı* 23-44.
- Canaris CW, 'Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre' in Heinrich Honsell, Roger Zäch, Franz Hasenböhler, Friedrich Harrer and René Rhinow (eds), *Festschrift für Ernst A Kramer* (Helbing & Lichtenhahn 2004) [Auslegung].
- Canaris CW, 'Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten' in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl and Andreas Voßkuhle (eds), *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (De Gruyter 2002) [Drittwirkung].
- Canaris CW, 'Grundrechte und Privatrecht' (1984) 184 *Archiv für die civilistische Praxis* 201-246 [Grundrechte und Privatrecht].
- Canaris CW, 'Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts' (1989) *Juristische Schulung* 161-172 [Grundrechtswirkungen].
- Canaris CW, *Grundrechte und Privatrecht* (De Gruyter 1999) [Grundrechte].
- Classen CD, 'Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des BVerfG' (1997) 122(1) *Archiv des öffentlichen Rechts* 65-107.
- Cremer W, *Freiheitsgrundrechte* (Mohr Siebeck 2003).
- Dieterich T, 'Art. 9' in Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis and Ingrid Schmidt (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (21st edn, CH Beck 2021).
- Dietlein J, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1992).
- Dreier H, 'Art. 1' in Horst Dreier (ed), *Grundgesetz Kommentar Band I* (3rd edn, Mohr Siebeck 2018).
- Dürig G, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung, vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung' in (eds), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky* (Isar 1956) 157-190.
- Egli P, *Drittwirkung von Grundrechten* (Schulthess 2002).
- Enders C, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung* (Mohr Siebeck 1997).
- Ergül O, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine' iç *Erdal Onar Armağanı Cilt I* (AÜHF Yayınları 2013) 431-488.
- Gamillscheg F, *Kollektives Arbeitsrecht Band I* (CH Beck 1997).
- Gellermann M, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand* (Mohr Siebeck 2000).
- Göksu T, 'Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes' (2002) 98 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 89-101.
- Gören Z, 'Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi' iç *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I* (BTHAE 2001) 1-27 [Özel Hukuk Düzenine Etkisi].

- Gören Z, *Anayasa ve Sorumluluk* C. II (DEÜ Yayını 1999) [Anayasa].
- Gören Z, *Temel Hak Genel Teorisi* (DEÜ Yayını 2000) [Genel Teori].
- Guckelberger A, 'Die Drittwirkung der Grundrechte' (2003) *Juristische Schulung* 1151-1157.
- Häfelin U and Haller W, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (4th edn, Schulthess 1998).
- Häfelin U, Haller W, Keller H and Thurnherr D, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (9th edn, Schulthess 2016).
- Hermes G, *Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit* (CF Müller 1987).
- Hirsch EE, 'Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri' iç Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler (TBB Yayınları 1971).
- Howald B, *Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten* (Diss. 2004).
- Höfling W, 'Art. 1' in Michael Sachs (ed), *Grundgesetz: GG Kommentar* (3rd edn, CH Beck 2003) [GG].
- Höfling W, 'Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt' (1995) *Juristische Arbeitsblätter* 431 vd. [Grundrechtsbindung].
- Höfling W, *Vertragsfreiheit: Eine grundrechtsdogmatische Studie* (CF Müller 1991) [Vertragsfreiheit].
- Huber H, 'Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen' (1955) 74 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 173 vd.
- Ipsen J, *Staatsrecht II Grundrechte* (6th edn, CH Beck 2003).
- Isensee J, '§ 111' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992) [Staatsrecht].
- Isensee J, *Das Grundrecht auf Sicherheit* (De Gruyter 1983) [Grundrecht].
- Jarass HD, 'Art. 1' in Hans D Jarass and Bodo Pieroth (eds), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* (7th edn, CH Beck 2004) [GG].
- Jarass HD, 'Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik' (1995) 120 *Archiv des öffentlichen Rechts* 345 vd. [Grundrechtsdogmatik]
- Jarass HD, 'Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen' in Peter Badura and Horst Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II* (Mohr Siebeck 2001) 35 vd. [Grundrechte].
- Jellinek G and Jellinek W, *Allgemeine Staatslehre* (Nabu 2014).
- Kaneti S, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri' (1989) 6 *Anayasa Yargısı* 19-35.
- Kemper M, 'Art. 9' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018)
- Kiener R and Kälin W, *Grundrechte* (2nd edn, Stämpfli 2013).
- Klein E, 'Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates' (1989) *Neue Juristische Wochenschrift* 1633 vd.
- Krings G, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche* (Duncker & Humblot 2003).
- Kull V, *Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung* (Schulthess 2017)
- Kunig P, 'Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht (Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi) (Burak Çelik, Gökçen Doğan ve Ahmet Çağrı Yıldız (çev)) (2019) (1) *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 159-178.
- Löwer W, 'Art. 9' in Ingo von Münch and Philip Kunig (eds), *Grundgesetz-Kommentar: GG, Band 1* (5th edn, CH Beck 2000).
- Löwisch M and Rieble V, '§ 243' in Heinrich Kiel, Stefan Lunk and Hartmut Oetker (eds) *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I* (2nd edn, CH Beck 2000).

- Mahon P, 'Art. 35' in Jean-François Aubert and Pascal Mahon (eds), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (Schulthess 2003).
- Maurer H, *Staatsrecht I* (3rd edn, CH Beck 2003).
- Möllers TMJ, *Juristische Methodenlehre* (CH Beck 2017).
- Müller G, '§ 204, Schutzwirkung der Grundrechte' in Detlef Merten and Hans-Jürgen Papier (eds), *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein* (Dike 2007). [Schutzwirkung].
- Müller G, 'Der Gleichheitssatz' (1989) 47 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 37 vd. [Gleichheitssatz].
- Müller G, 'Die Drittwirkung der Grundrechte' (1978) 79 *Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 233 vd. [Drittwirkung].
- Müller G, 'Zur Problematik der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien' (1993) 129 *ZBJV* 153 vd. [Grundrechtsgarantien].
- Müller JP, 'Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten' in Daniel Thürer, Jean-François Aubert and Jörg Paul Müller (eds), *Verfassungsrecht der Schweiz* (Schulthess 2001) [Allgemeine Bemerkungen].
- Müller JP, 'Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen BV' in Ulrich Zimmerli (ed), *Die neue Bundesverfassung* (Stämpfli 2000) [Diskriminierungsverbote].
- Müller JP, 'Einleitung zu den Grundrechten' in Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René A Rhinow and Dietrich Schindler (eds), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874* (Helbing Lichtenhahn 1987) [Einleitung].
- Müller JP, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts* (Stämpfli 1964) [Grundrechte].
- Müller JP, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Stämpfli 1982) [Elemente].
- Münch I, *Staatsrecht Band 2* (5th edn, Kohlhammer 2002).
- Neuner J, 'Das BGB unter dem Grundgesetz' in Uwe Diederichsen and Wolfgang Sellert (eds), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Vandenhoeck & Ruprecht 2002) 131-151 [Grundgesetz].
- Neuner J, *Privatrecht und Sozialstaat* (CH Beck 1999) [Privatrecht].
- Nipperdey HC, 'Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung' (1950) *Recht der Arbeit* 121-128 [Leistung].
- Nipperdey HC, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Mohr Siebeck 1959) [AT].
- Nipperdey HC, in Alfred Hueck and Hans Carl Nipperdey (eds), *Lehrbuch des Arbeitsrechts Band II* (7th edn, Vahlen 1967) [Arbeitsrecht].
- Oldiges M, 'Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht' in Rudolf Wendt and Karl Heinrich Friauf (eds), *FS für Karl Heinrich Friauf* (CF Müller 1996) 281 vd.
- Özcan H, 'Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei' (2005) 9(3-4) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 181-200.
- Pieroth B and Schlink B, *Grundrechte Staatsrecht II* (28th edn, CF Müller 2012).
- Poscher R, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Mohr Siebeck 2003).
- Rhinow RA, 'So nicht!' (1987) 83 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 99 vd. [So nicht].
- Rhinow RA, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung* (Helbing Lichtenhahn 2000) [Bundesverfassung].
- Rhinow RA, Markus Schefer and Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht* (3rd edn, Helbing Lichtenhahn 2016).
- Ruffert M, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (Mohr Siebeck 2001).
- Rüfner W, '§ 117' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen* (CF Müller 1992).

- Rüthers B, Christian Fischer and Axel Birk, *Rechtstheorie* (11th edn, CH Beck 2020).
- Sachs C, 'Art. 1' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018).
- Sachs C, *Verfassungsrecht II – Grundrechte* (2nd edn, Springer 2003).
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBF Yayınları 1982).
- Saladin P, 'Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte' (1988) 84 Schweizerische Juristen-Zeitung 373-384 [Drittwirkung].
- Saladin P, *Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt* (3rd edn, Stämpfli 1982) [Wandel]
- Schefer M, 'Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben' (2002) 10 Aktuelle Juristische Praxis 1131 vd. [Schutzpflichten].
- Schefer M, *Die Kerngehalte der Grundrechte* (Stämpfli 2001) [Kerngehalte].
- Schlosser H, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* (10th edn, CF Müller 2005).
- Schnapp FE and Kaltenborn M, 'Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Institutionen' (2000) JuS 937-943.
- Scholz R, '§ 151' in Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI* (CF Müller 1989) [Staatsrecht].
- Scholz R, 'Art. 9' in Theodor Maunz and Günter Dürig (eds), *Grundgesetz Kommentar* (CH Beck 1999) [GG].
- Schuppert GF, *Funktionell – rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation* (CF Müller 1980).
- Schwabe J, 'Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte' (1975) 100 Archiv des öffentlichen Rechts 442-470.
- Schweizer R, 'Art. 35' in Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J Schweizer and Klaus A Vallender (eds), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar* (3rd edn, Dike 2014).
- Simonius A, 'Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten' in Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten (eds) *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung* (Polygraphischer 1948) 281 vd.
- Söllner A and Waltermann R, *Grundriss des Arbeitsrechts* (13th edn, Vahlen 2003).
- Starck C, 'Art. 1' in Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein and Christian Starck (eds), *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1* (7th edn, CH Beck 2018).
- Starck C, *Praxis der Verfassungsauslegung* (Nomos 2006).
- Stern K, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte* (CH Beck 1988).
- Sungurtekin Özkan M, 'Anayasasının Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku' (2009) 11(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553-574.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (YKY 2002).
- Tercier P, *Le nouveau droit de la personnalité* (Schulthess 1984).
- Tettinger P, 'Grundlinien der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3' GG (1981) Jura 1 vd.
- Teubner G, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors' (2006) 69(3) The Modern Law Review 327-346.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (21. Bası, Beta 2017).
- Tschannen P, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (4th edn, Stämpfli 2016).
- Turhan M, 'Anayasasının Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379-404.

- Unruh P, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (Duncker & Humblot 1996).
- Ünsal F, *Politische und religiöse Symbole im Betrieb: Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen und türkischen Recht* (Peter Lang 2008).
- Waldmann B, 'Art. 35' in Bernard Waldmann, Eva Maria Belser and Astrid Epiney (eds), *Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV)* (Helbing Lichtenhahn 2015) [BV].
- Waldmann B, 'Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV' (2008) 1 ius.full 20-35 [Wirkung].
- Waltermann R, 'Kollektivvertrag und Grundrecht' (1990) *Recht der Arbeit* 138 vd.
- Weber-Dürler B, *Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung* (De Gruyter 1998).
- Wieacker F, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2n edn, Vandenhoeck & Ruprecht 1967).
- Wildhaber L, 'Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht' (1971) 72 *Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 465-471.
- Zäch R, 'Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung' (1989) 85 *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1-12.
- Zippelius R, *Allgemeine Staatslehre* (16th edn, CH Beck 2010).