



HAKLARIN ÇATIŞMASI İLE HAKLARIN YATAY ETKİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

*Relationship Between the Conflict of Rights and the Horizontal
Effect of Rights*

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARİ*

ÖZET

Bu makalede, hakların çatışması ile hakların yatay etkisi arasındaki ilişki ele alınmıştır. Hakların yatay etkisine göre daha dar bir kavram olan hakların çatışması, belirli veya belirlenebilir sayıda kişinin haklarının uyumsuzluk içinde olması, birbirinin alanını daraltmasıdır. Hakların çatışmasının gerçek - görünüşte hak çatışması ve mutlak hak - nispi hak çatışması şeklinde türleri bulunmaktadır. Yatay etki ise hakların özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara doğrudan veya dolaylı bir şekilde uygulanmasıdır. Yatay etki ve hak çatışmalarının dengelenmesi, bu terimlerin ismen zikredilmediği önceki dönemlerde dahi “içeriksel olarak” uygulama alanı bulmaktaydı. Hakların yatay etkisi ve hakların çatışması sadece özel hukukta değil kamu hukukunda da ortaya çıkabilir. Hakların çatışmasının bulunduğu her durumda devletin bu çatışmaları dengeleme yükümlülüğü ve bu bağlamda yatay etki söz konusu olabilir. Fakat yatay etkinin bulunduğu her durumda hakların çatışması ortaya çıkmayabilir. Kısacası yatay etki, devlete birçok pozitif yükümlülük yüklemektedir, bunlardan birisi de çatışan hakların dengelenmesidir. Hakların dolaylı yatay etkisini, derece mahkemeleri ile AYM uygulayabilirken

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ikokusari@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0045-5868.

doğrudan yatay etki ancak AYM tarafından ve çok istisnai şartlarda uygulanabilir.

Anahtar Kelimeler: Hakların çatışması, hakların yatay etkisi, hakların dikey etkisi, Anayasa Mahkemesi, devletin pozitif yükümlölükleri.

ABSTRACT

This article addresses the relationship between the conflict of rights and the horizontal effect of rights. The conflict of rights, a rather limited concept compared to the horizontal effect of rights, entails the discordance and mutual limitation of the rights of a specific and identifiable number of individuals. There exist conflict types of rights in terms of genuine- purported conflicts and absolute-relative conflicts. On the other hand, the horizontal effect denotes the application of rights directly or indirectly to disputes between private individuals. The horizontal effect and balancing conflicts between rights had practical implications, even in previous centuries, although these terms were not explicitly mentioned. The horizontal effect of rights and conflicts of rights may arise not only in private law but also in public law. In any situation where conflicts of rights exist, the state bears the obligation to balance these conflicts, taking into account the horizontal effect as well. However, not all cases of horizontal effects necessarily involve conflicts of rights. In short, the horizontal effect imposes numerous positive obligations on the state, one of which is the balancing of conflicting rights. Whereas inferior courts and the Constitutional Court may apply the indirect horizontal effect of rights, the direct horizontal effect may only be invoked by the Constitutional Court under highly exceptional circumstances.

Keywords: Conflict of rights, horizontal effect of rights, vertical effect of rights, the Constitutional Court, positive obligations of the state.

GİRİŞ

Türkiye’de 2012 yılında yürürlüğe giren ve bugüne kadar uygulanagelen bireysel başvuru yolu, hem hukuk uygulayıcılarının hem de vatandaşların gözünde hakların öneminin artmasına, olaylara hak ekseninden bakmaya ve genel olarak hak söyleminin artmasına yol açmıştır. Hakların yatay etkisi, özel hukuk ilişkisini de içine alan ve tabiri caizse hakların günlük hayata girmesini kolaylaştıran bir kurumdur. Temel hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla bireysel başvuru yolunun tesis edildiği ülkelerde, hakların yatay etkisine doğal olarak daha fazla şahit olmak mümkündür. Her ne kadar tali kurucu iktidarın bireysel başvuru kapsamına giren hakları AİHS ile sınırlı tutması, çalışma hakkı ve iş sözleşmesi gibi hususlarda temel hakların yatay etkisini azaltsa da mülkiyet ve miras hakkı gibi bazı haklar kapsamında bu etki artan bir şekilde devam etmektedir.

Hakların dolaylı yatay etkisi kavramına gerek AİHM gerekse de AYM tarafından zaman zaman “terim olarak” yer verilmesinin yanı sıra dolaylı yatay etkinin “kavramsal içeriği” de hak çatışmalarının dengelenmesi bağlamında anılan yargı makamlarının kararlarında gitgide daha fazla kendine yer bulmaktadır. Fakat aslında her iki Mahkemenin mevzuatında da “kişi bakımından yargı yetkisi” sınırlı olduğu için ancak devlet organlarına karşı bir ihlal iddiası ileri sürülebilmekte ve bu durum aynı zamanda kabul edilebilirlik denetimine tabi tutulmaktadır. Hatta AYM, kamu tüzel kişiliği bulunan üniversite vb. kurumları bile “ihlalin muhatabı” olarak kabul etmeyerek daha katı bir tutum sergilemektedir.

Bu çalışmada öncelikle teorik olarak hakların çatışması meselesi, “Çatışma Kavramı”, “Çatışma Türleri” ve “Hak Çatışmalarının Çözüm Yöntemleri” başlıkları altında irdelenecektir. Sonrasında hakların yatay etkisi konusu, dolaylı ve doğrudan yatay etki çeşitleri bağlamında ele alınacaktır. Çalışma içerisinde hakların yatay etkisi ve hakların çatışması

kavramları kullanılırken özellikle temel veya anayasal haklar nazara alınmıştır. Son başlıkta ise, hak çatışmalarının çözümü ile yatay etkinin uygulanması konusunda hangi organların yetkili olduğu, kime pozitif yükümlülük yüklenebileceği, hakların çatışması ile yatay etkinin farkları ve benzerlikleri kapsamında ele alınacaktır.

I. HAKLARIN ÇATIŞMASININ GENEL ÇERÇEVESİ

A. HAKLARIN ÇATIŞMASI KAVRAMI

Hakların çatışması, Türk hukukunda son zamanlarda çeşitli araştırmalara konu olmaya başlamıştır. İngilizce ve Almanca literatürde çok daha fazla sayıda ve eski tarihlere dayanan çalışmalar bulunmaktadır. Hak çatışması terimine karşılık olarak Almanca'da "Grundrechtskollisionen ve Grundrechtskonflikte" terimleri, İngilizce'de ise "clash of rights", "conflicts of rights", "collision of rights", "dilemma between rights" ve "competing rights" gibi terimler kullanılmaktadır¹. Türkçe literatürde kimi zaman hakların kesişmesi², yarışması³, çatışması⁴, çelişmesi ve çarpışması gibi ifadelerle de karşılanmaya çalışılmışsa da doğrusunun hakların çatışması olduğu kanaatindeyiz⁵.

- 1 Bkz. bu kullanımlar için genel olarak Köküarı, İ. (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Adalet Yayınevi, s. 88.
- 2 Martínez-Torrón, J. (2017). "Fernández Martínez v. Spain: An Unclear Intersection of Rights", *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony* (Editors: Stijn Smet/Eva Brems), Oxford University Press, s. 192; Yıldız, A. (2015). *Uluslararası Standartlar Açısından Türk Anayasa Mahkemesinin Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Kararları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Abdurrahman Eren), Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, s. 142 vd.
- 3 Can, O. (2018). "Dolaylı Etki" ve "İyi Yönetişim" Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler", *Anayasa Yargısı*, S. 35, s. 28-29; Kaboğlu, İ. Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, Ankara: İmge, s. 88. Hak çatışmalarının hakların yarışması olmadığı, bunlar arasında önemli farklılıklar olduğu noktasında bkz. Köküarı, İ. (2020). s. 90-91.
- 4 Kaboğlu, İ. Ö. (2002). s. 23.
- 5 Köküarı, İ. (2020). s. 87 vd.; Yılmaz-Coşkun, S. (2023). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet, s. 28 vd.

Haklar arası çatışmaların mümkün olup olmadığı, eğer mümkün ise hangi yöntemlerle çözüleceği noktasında öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Dahası, hak çatışmalarının çözümünde yetkili organ ve mahkemeler konusunda da tartışmalar bulunmaktadır. Birinci tartışma konusu, hak çatışmalarının mümkün olup olmadığıdır. Ahlak felsefesinde de kabul edilen ve belirginleştirmecilik (*spesificationism*) olarak adlandırılan bir görüşe göre hakların çatışabilirliğini kabul etmek, onların otoritesini ve koruma gücünü zayıflatır. O nedenle hakları birbiriyle çatışmayacak şekilde düzenlemek gerekir. Keza, hakların çatışması olarak addedilen durumlar çoğu zaman zaten bir tarafın hakkının olmadığı durumlar yani bir kimsenin diğerinin hakkına tecavüz ettiği hâllerdir. Dolayısıyla hakları tanımlarken ilgili hakkın kapsamına girmeyen veya hak teşkil etmeyen istisnai durumları da içine alacak şekilde tanımlamak gerekir ki böylece haklar çatışma içerisine girmesin⁶. Hak çatışmasının varlığını kabul etmeyen veya çatışmayı önleyici diğer bir görüş ise kategorik (*categorical*) yöntem olarak adlandırılabilir. Aslında bu yöntemin hakların çatışmasını dolaylı bir şekilde kabul ettiği, hatta bazen çatışan hakları dengelemeye çalıştığı da ileri sürülmektedir. Buna karşılık prensip olarak bu yöntemde hâkim, önündeki uyumsuzluğa haklar veya haklar arası çatışma perspektifinden yaklaşmaz, kural temelli (*rule-based*) bir bakışla yaklaşır. Bu yöntemde, tarafların iddia ve taleplerinin ilgili hukuk kurallarınca korunup korunmadığı ve bu kuralların içerisine dâhil olup olmadığı önem arz etmektedir⁷. Kategorik yöntem; hukuki terimler, kurumlar ve kurallar vasıtasıyla oluşturulan kategorik evrene somut olayın dâhil edilmesi ve bu kategori altın-

6 Mullins, R. (2020). "Moral Conflict and the Logic of Rights", *Philosophical Studies*, No. 177, s. 647 vd.

7 Köküsarı, İ. (2020). s. 170-171. Öğretilerde "kategori tanımlama" olarak da adlandırılan bu yöntemin, hak ve hürriyetleri ya hep-ya hiç şeklinde "koruması veya dışlaması" nedeniyle keyfi ve gayriadil olduğu da ileri sürülmüştür (Şirin, T. (2021). *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, Tekin Yayınevi, s. 53).

da bir sonuca varılarak anlaşmazlığın çözülmesidir. Bir akıl yürütme yöntemi olarak mahkeme, bazı haklar ve kurallarla ilgili konuları önemlerine veya diğer faktörlere göre sınıflandırır ve bu sınıflandırmalara farklı denetimler uygular⁸. Özellikle mutlak haklar söz konusu olduğunda bu yöntem takip edilmektedir⁹. ABD Yüksek Mahkemesi hakları sınırlandıran kanunların denetiminde, diğer bazı yöntemlerin yanında, üç aşamalı denetim (*three-tiered review*) olarak adlandırılan kategorik bir yöntemi de yaygın olarak kullanmıştır¹⁰. Bu yönteme göre sınırlandırıldığı iddia edilen hakkın veya hak görünümünün ne olduğuna bağlı olarak rasyonellik denetimi (*reasonableness-rational basis test*-birinci düzey), orta düzey denetim (*intermediate scrutiny*-ikinci düzey) ve sıkı denetim (*strict scrutiny*/üçüncü düzey) türlerinden birisi takip edilmektedir¹¹. Bir kere ilgili kanuni düzenlemenin bu kategorilerden hangisine girdiği tespit edildikten sonra, büyük oranda sonuç da ortaya çıkmakta veya öngörülebilmektedir. Öğretide bir görüş, Amerikan hukuk geleneğinde “kategorik” düşünme tarzının olduğunu, her hakkın bir anayasal kategori oluşturduğunu ve bir hak ile ilgili yasal müdahale olduğunda söz konusu kategorik düşünme tarzının yarattığı “üç aşamalı denetimden” birisinin devreye sokulduğunu iddia etmiştir. Bu görüşe göre böyle bir yöntem hak çatışmalarının ortaya çıkmasını engelleyici bir yöntemdir ve içerisinde “açık bir dengeleme” işlemi barındırmamaktadır¹². Buna karşılık bizim kanaatimize göre ABD Yüksek Mahkemesi bu gibi hakları sınırlandıran kanuni

8 Köküarı, İ. (2020). s. 170-171.

9 Köküarı, İ. (2020). s. 173. Bkz. ayrıca Gerards, J. (2020). “The Age of Balancing Revisited?”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 1., s. 16.

10 ABD Yüksek Mahkemesi’nin ilk dönemlerinde kategorik yöntemi takip ettiği halde XX. Yüzyılın ortalarından itibaren çatışan hak veya menfaatleri dengeleme yöntemini takip etmeye başladığı görülmektedir (Şirin, T. (2021). s. 48-49).

11 Chemerinsky, E. (2015). *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer Law & Business, s. 790 vd. Bkz. Köküarı, İ. (2020). s. 178-181.

12 Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Right and Their Limitations*, Cambridge, s. 506.

düzenlemelerin denetiminde gizli veya açık bir şekilde dengeleme yöntemini kullanmakta, çatışan menfaatleri teraziye koyup tartmaktadır¹³.

Üçüncü görüş ise hakların çatışabileceğini kabul eden görüştür. Öğretinin çoğunluğunca benimsenen bu görüşe göre haklar ister gerçek çatışma isterse görünüşte çatışma biçiminde olsun somut uyuşmazlıklarda çatışma içerisinde bulunabilirler¹⁴. Çatışmanın varlığını kabul edenler, alt başlıkta göreceğimiz üzere, çeşitli çatışma çözüm yöntemlerini takip etmişlerdir.

Tüm bu açıklamalardan sonra biz haklar arasındaki çatışmayı şu şekilde tanımlamak istiyoruz: Hak çatışması, belirli veya belirlenebilir sayıda kişinin somut haklarının aynı anda gerçekleşmesinin mümkün olmaması yani hakların kısmen ya da tamamen uyumsuzluk içinde olmasıdır¹⁵. Bu tanım doğrultusunda, hak çatışmasının varlığı için şu koşulları ileri sürebiliriz: Birincisi, hakların birbirini kısmen veya tama-

13 Henkin, L. (1978). "Infallibility under Law: Constitutional Balancing", *Columbia Law Review*, Vol. 78., No. 5., s. 1024-1026.

14 Brems, E. (2017). "Evans v. UK: Three Grounds for Ruling Differently", in: *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony* (Editors: Stijn Smet/Eva Brems), Oxford University Press, s. 90 vd.; Smet, S. (2017). *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge, s. 15 vd.; Erdoğan, M. (2016). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Yayınevi, s. 122; Turhan, M. (2010). "Hakların Çatışması", *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet*, s. 702; Kanadoğlu, K. (2000). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: Beta, s. 3 vd.; Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 250 vd.; Köküarı, İ. (2020). s. 94; Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 45-46. Zucca, sadece gerçek hak çatışmasının varlığını kabul etmektedir (Zucca, L. (2008). *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Oxford University Press, s. 4).

15 Smet, S. (2017). s. 53; Heiðl G. (2017). *Grundrechtskollisionen: am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet*, Verlag Österreich, s. 29 vd. Daha karma bir tanım ve çatışma koşulları için bkz. Aelbrecht, S. (2016). *Genuine Conflicts of Fundamental Rights: Deconstructing the European Court of Human Rights Approach to the Perceived Conflict between Freedom of Expression and Freedom of Religions* (Supervisors: Stephanie Lagoutte/Eva Maria Lassen), University of Southern Denmark, Master Thesis, s. 12-25.

men dışlaması yani haklar arasında uyumlu bir birlikteliğin olmamasıdır¹⁶. İkincisi, en az iki tane somut hakkın var olmasıdır. Üçüncüsü ise hakları çatışan kişilerin belirli veya belirlenebilir sayıda olmasıdır. Belirsiz sayıda kişilerin hakları ile olan çatışmalar, aslında kamusal menfaat ile hak arasındaki bir çatışmadır; hak ile hak arasındaki bir çatışma değil¹⁷. Bir görüşe göre hakların çatışmasını devletin koruma yükümlülüklerinin çatışması olarak adlandırmak mümkündür¹⁸. Aslında bu anlayış, ahlak felsefesindeki hak çatışmalarını görev çatışması olarak addeden anlayışa benzemektedir. Buna göre hak çatışması, haklar kişinin kendine veya başkalarına ödev yüklediği için ödevlerin çatışması olarak kabul edilmelidir¹⁹. Bize göre şimdilik bu görüşün doğruluk payı olsa da uzun vadede geçerliliğini koruyabilecek bir tespit değildir. Zira, hükümetler-dışı büyük aktörlerin ve şirketlerin uzun vadede haklar arası çatışmalarda negatif veya pozitif yükümlülüğün doğrudan muhatabı hâline gelebilmesi ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca devlete, koruma yükümlülüğü terimi kapsamında çatışan hakları dengeleme yükümlülüğü verilmesi, bir zaruretten kaynaklanabilmektedir. Bir hak çatışmasının mahkemeler gibi devlet organları vasıtasıyla çözüme kavuşturulması, elimizde şimdilik özel kişilerin aracılığına imkân veren bir mekanizmanın olmamasından veya yetersiz olmasından kaynaklanmaktadır. Aslında arabuluculuk, hakemlik ve uzlaşma

16 Karş. Smet, S. (2017). s. 54; Heißl, G. (2017). s. 29 vd.

17 Smet, bu şartları gerçek çatışma için oluşturmuştur (Smet, S. (2017). s. 54); Heißl G. (2017). s. 29 vd.

18 Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 44. Yazara göre, Heissl de eserinde (Grundrechtskollisionen, s. 33) bu görüşü savunmaktadır (Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 44, dn. 103).

19 Waldron, J. (1993). *Liberal Rights (Collected Papers 1981-1991)*, Cambridge University Press, s. 206, 211-212; Preda A. (2015). "Are There Any Conflicts of Rights?", *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 18, Issue 4, s. 678. Arosemena'ya göre de hak çatışması, çatışan haklara korelatif olan görevlerin çatışmasıdır (Arosemena, G. (2013). "Conflicts of Rights in International Human Rights: A Meta-Rule Analysis", *Global Constitutionalism*, Vol. 2, Issue 1, s. 8). Krş. deontolojik açıdan görev çatışması ve çözümü noktasında Corradetti, C. (2009). *Relativism and Human Rights: A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer, s. 105.

gibi alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinde arabulucuların/hakemlerin vasıtasıyla tarafların aralarındaki hak çatışmalarını çözmesi “devletin koruma yükümlülüğünün” dışında gerçekleşmektedir.

B. BAZI HAK ÇATIŞMASI TÜRLERİ

Hak çatışmalarının varlığını ve çeşitli yöntemlerle çözülebileceğini kabul ettiğimize göre artık bazı hak çatışma türlerinden de bahsederek yatay etki kavramına geçebiliriz. Temel olarak hak çatışması türlerini, tek kişi-kişiler arası çatışma, gerçek-görünüşte çatışma, hak içi-haklar arası çatışma ve mutlak-nispi hak çatışması şeklinde özetleyebiliriz.

Bunlardan ilki, tek kişi-kişiler arası hak çatışmasıdır. Tek kişi hak çatışmasında, bir kişinin kendi hakları arasında çatışma yani uyumsuzluk olmasıdır. Örneğin, kişinin zorunlu tedavi ve rehabilitasyon altına alınması durumunda sağlık/yaşam hakkı ile kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının çatıştığı söylenebilir. Ölme hakkının (ötenazi) varlığı kabul edildiğinde, aynı kişinin yaşam hakkı ile çatışması mümkündür. Kişiler arası hak çatışması ise bir kişinin hakkı ile bir başka kişi veya kişilerin haklarının çatışma içinde olmasıdır. Yaygın bir örnek verirsek bir kimsenin ifade hürriyeti ile bir başkasının özel hayata saygı hakkı çatışma içerisinde olabilmektedir. Özellikle başkasının fotoğraflarının ve görüntülerinin izinsiz yayımlanması durumunda, ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkı çatışma hâlinindedir²⁰.

İkinci çatışma türü ise gerçek (*real/geniune*) ve görünüşte (*pseudol/purported*) çatışmadır. Öğretide yaygın bir ayrım olan bu çatışma tasnifine göre, eğer çatıştığı iddia edilen haklar bir şekilde uzlaştırılabilirse yani hakların her ikisi de belirli oranda gerçekleştirilebiliyorsa ortada görünüşte çatışma vardır. Buna karşılık çatışan haklar birbirini bütünüyle dışlıyorsa yani haklardan birine öncelik verip diğerini dışlamak

20 Bkz. Köküarı, İ. (2020). s. 101-102.

gerekiyorsa bu durum gerçek çatışma olarak adlandırılmaktadır²¹. Kanaatimizce çatışmanın çözümünün uzlaştırma veya öncelik verme olmasına göre çatışma türünü nitelendiren bu tasnif yerinde değildir. Belki de bu tasnifi gerçek-görünüşte şeklinde değil, kısmi-tam çatışma şeklinde yapmak daha doğrudur²².

Üçüncüsü ise hak içi (*intra-rights*)- haklar arası (*inter-rights*) çatışmadır. Buna göre, hakların çatışması aynı hakkın birbirini dışlaması şeklinde tezahür ediyorsa hak-içi; farklı isim ve içerikteki hakların veya hak görünümlerinin bir uyumsuzluk içerisinde olması söz konusu ise haklar arası çatışma ortaya çıkmaktadır²³. Örneğin kira sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, taraflardan birinin mülkiyet hakkı ile diğerinin mülkiyet hakkının çatışması hak içi çatışma iken bir çalışanın ifade hürriyeti ile şirket sahibinin fikri mülkiyet kapsamındaki haklarının çatışması da iki farklı hakkın çatışması olduğu için haklar arası olarak görülmelidir.

Son olarak mutlak hak ile mutlak hakkın veya mutlak hak ile nispi hakkın çatışması da bir tasnif olarak ortaya atılmıştır. Mutlak hak başka yararlar karşısında orantılı bir şekilde sınırlandırılmayan haklardır²⁴. Örneğin yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı gibi haklar bunlardandır. Bazı hâllerde bir mutlak hakkın negatif veya pozitif yönleri çatışma içeri-

21 Zucca, L. (2017). "Law, Dilemmas, and Happy Endings", in. *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony* (Editors: Stijn Smet/Eva Brems), Oxford University Press, s. 103-106.

22 Bkz. Köküarı, İ. (2020). s. 101-102; karşı. Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 221-222.

23 Bkz. Zucca, L. (2008). s. 66; Waldron, J. (1993). s. 217; Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 224-226; Hazar, Z. (2021). *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu), Hacı Bayram Veli Üniversitesi LEE, Ankara, s. 13-16.

24 Bkz. Eren, A. (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, Beta, İstanbul, s. 44 vd.; Addo, M. K./Grief, N. (1998). "Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", *European Journal of International Law*, Vol. 9, s. 513.

sinde olabileceği gibi, iki ayrı mutlak hak da çatışma içinde olabilir²⁵. Birincisine örnek olarak bir kimsenin kötü muamele görmeme hakkının negatif yönü ile bir başkasının kötü muamele görmeme hakkının pozitif yönünün çatışma içerisinde olması gösterilebilir²⁶. İkincisine ise yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele görmeme hakkının çatışması örnek olarak verilebilir. Nispi hak ise başka haklar veya kamusal menfaatler nedeniyle ölçülü bir şekilde sınırlandırılmaya tabi tutulabilen haklardır. İfade hürriyeti, özel hayatın gizliliği, din hürriyeti gibi haklar bunlardandır²⁷. Bir mutlak hak ile nispi hak da çatışma içerisine girebilmektedir. Örneğin karlı bir havada dağda mahsur kalan bir kimsenin soğuktan ve açlıktan ölmek için bir başkasının dağ evine zorla girmesi ve oradaki eşyaları kullanması olayında, yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı çatışmaktadır.

C. HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Haklar arası çatışmanın varlığı kabul edildiğinde, bu çatışmanın çözümünde kullanılan başlıca yöntemler şunlardır: Hiyerarşi, kural çatışmaları kriterlerinin hak çatışmalarına uygulanması, ölçülülük ve dengeleme. Bunlar içerisinde en fazla tercih edileni ise dengeleme yöntemidir.

İlk olarak hiyerarşik yöntemle (*hierarchy of rights*) başlarsak bu yöntemi savunanlara göre haklar arasında çeşitli sebeplerle altlık-üstlük ilişkisi oluşturulabilir. Kimi yazarlar mut-

25 Yapışık ikizlerden birinin hayatını kurtarmak için diğerini tıbbi olarak öldürmek gibi bir dilemma yaşandığında ortada iki yaşam hakkının çatışması ortaya çıkar (Bkz. konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Wicks, E. (2010). *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford University Press, s. 159-160; Üye, S. (2013). "Hukukun ve Ahlakın Sınırlarında: Yapışık İkizler", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, s. 78-86).

26 Örneğin, AIHM'nin Gafgen kararında, şüpheli Gafgen'e kaçırdığı ve işkence yaptığı çocuğun yerini söylemesi için kötü muamele ve işkence yapılması olayında, işkence görmeme hakkının negatif yönü (şüpheli açısından) ile pozitif yönü (çocuk açısından) çatışmaktadır (Smet, S. (2013). "Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, No. 3, s. 496-497).

27 Köküarı, İ. (2020). s. 115 vd.

lak hakların sınırlanamazlığını hiyerarşik ilişki kurmak için bir gerekçe olarak görürken²⁸ kimisi temel (önemli/asli) hakların temel olmayanlara (daha az önemli/tali) üstünlüğünü²⁹ savunmuştur. Son olarak bir görüş ise güvence bakımından anayasal hakkın yasal hakka üstün olduğunu savunmuştur³⁰. Haklar arasında herhangi bir sebeple hiyerarşik bir ilişkinin varlığı kabul edildiğinde, haklar arası çatışmanın çözümü kolaylaşmaktadır. Yani üstteki hak her zaman önceliklidir ve her hak çatışmasında hiyerarşik olarak alttaki hakka göre daha fazla korunmalıdır.

İkinci yöntem olan kural çatışmasındaki kriterlerin (*criteria for conflicts of norm*) hak çatışmasına uygulanması ise öteden beri kurallar arasında ortaya çıkan görünüşte çatışmaların çözümü için geliştirilen “önceki kural-sonraki kural”, “özel kural-genel kural” ve “üstteki kural-alttaki kural” ilişkisinden hareket etmektedir³¹. Bu görüş, her hakkın bir şekilde pozitif bir dayanağı olduğunu varsayarak hak çatışmalarını, hakkın düzenlendiği kurallar arasındaki bir çatışma olarak görmektedir. Eğer hakların yer aldığı kurallar arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurulabiliyorsa sonraki kural (*lex posterior*), özelik-genellik ilişkisi kurulabiliyorsa özel kural (*lex specialis*), altlık-üstlük ilişkisi kurulabiliyorsa üst kural (*lex superior*) ve dolayısıyla onun içerisinde yer alan hak çatışmadan üstün/öncelikli çıkacaktır³².

28 Karş. Tereya, K. (2001). “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 12., No. 5., s. 921.

29 Fare, T. (1992). “The Hierarchy of Human Rights”, *American University International Law Review*, Vol. 8., No. 1., s. 115-116; Edwards, J. (2006). “Rights: Foundations, Contents, Hierarchy”, *Res Publica*, Vol. 12., s. 288 vd.

30 Gözler, K. (2017), s. 252.

31 Gözler, K. (2017), s. 250 vd.

32 Gözler, K. (2017), s. 250 vd. Alman hukuk öğretisinde Alexy, Amerikan hukuk öğretisinde ise Dworkin ilkeler ile kuralları katî bir şekilde ayırmışlardır. Bu iki teorisyen prensip olarak, kuralların çatışması halinde ya hep ya hiç şeklinde “geçersizlik” doğuran bir yöntemin olduğunu ve bunların ise “üst kural alttakini, sonraki kural öncekini, özel kural genel kuralı ilga eder/geçersizleştirir” şeklinde latince ilkeler vasıtasıyla

Ara değerlendirme yapmak gerekirse, bize göre, haklar arası çatışmada hiyerarşik yöntem ile kural çatışmalarına dair kriterlerin uygulanması isabetli değildir. Zira öncelikle her iki yöntem de genel geçer ve her çatışmada aynı sonuca götüren bir yöntemdir ki, bu durum hak çatışmalarının her somut olayda çeşitli faktörlere göre yeniden tartımını engeller³³. Ayrıca haklar arasında anayasada açıkça öngörülmediği sürece³⁴ bir hiyerarşi kurmak, teorik olarak mümkün ve güvenilir değildir. Son olarak, kural çatışmaları hakların sadece hukuki (pozitif) haklar (*legal rights*)³⁵ olduğu varsayımdan hareket etmektedir.

Hak çatışmalarının çözümünde takip edilen *en yaygın* yöntem ise ölçülülük ve dengeleme yöntemleridir. Tarihsel olarak bu iki yöntemin ortaya çıkışı farklılık taşımaktadır. Hatta günümüzde birbiri yerine kullanılacak derecede artık birbirine benzeşmiş olsa da, ölçülülük ilkesinin daha ziyade hak ile menfaat çatışmasında uygulandığı, dengeleme ilkesinin ise haklar arasındaki çatışmalarda takip edilen bir çözüm yöntemi olduğu kabul edilmektedir. Kimi yazarlar ise Avrupa'ya has olan ölçülülük ilkesinin Amerika kökenli dengeleme ilkesine göre hak çatışmaları açısından daha istikrarlı ve öngörülebilir bir sonuç verebileceğini iddia etmiştir. Ayrıca dengeleme özel hukuk alanında ortaya çıkıp kamu hukukuna taşınmış, ölçülülük ilkesi ise idare hukuku alanında ortaya çıkmış ve daha ziyade kamu hukuku alanında hâkim ilke ol-

çözüleceğini kabul etmişlerdir. Buna karşılık, ilkelerin çatışması halinde ise bir tartımın ve uzlaştırmanın mümkün olduğunu savunmuşlardır (Çap, G. (2021). "Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış", *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 2, s. 226-227; s. 471-472; Vural, H. (2014). "Anayasada Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 69, S. 2, Orcan, N. U. (2020). "Yarış(a)mayan İlkeler: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Politik İfadeler Bağlamında Adil Denge Sorunu", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 18, s. 252-253, 256-257).

33 Köküarı, İ. (2020). s. 85; benzer şekilde bu yöntemlerin hak çatışmaları için uygun olmadığı noktasında bkz. Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 123 vd.

34 Bkz. Barak, A. (2012). s. 359.

35 Bkz. Miller, D. (1976). *Social Justice*, Oxford: Clarendon Press, s. 53.

muştur³⁶. Bütün bu iddialara karşılık, biz artık ölçülülük ilkesi ile dengelemenin hak çatışmaları açısından birbiri yerine geçebilen benzer ilkeler olduğunu düşündüğümüz için birlikte ele alacağız³⁷. Aslında dengeleme (balancing), ölçülülük (proportionality) ilkesinin alt ilkelerinden olan “proportionality in strict sense” (oranlılık) ile daha fazla örtüşmektedir³⁸. Fakat hem ölçülülük ilkesinin “elverişlilik” ve “gereklilik” alt ilkelerinin AYM ve AİHM kararlarında yaygın bir uygulama alanı bulmaması hem de bu iki alt ilkenin dolaylı bir şekilde “dengeleme” yöntemi içerisinde yapılan tartımın bir bileşeni olması nedeniyle “dengeleme” ile “ölçülülük” ilkelerini birbiri ile eş görmek daha doğru ve pragmatik olabilir³⁹. Şu hâlde, dengeleme yöntemine odaklanarak hak çatışmaları vadisinde ilerlersek bu yöntemin dört düzeyli olarak ele alınması mümkündür. Birinci düzey, bütün hak çatışmalarına mahsus olarak “dengeleme unsurlarının” oluşturulmasıdır. İkincisi, spesifik hak çatışmalarına yönelik “dengeleme kriterlerinin” oluşturulmasıdır. Üçüncüsü, dengeleme kriterlerinin somut çatışmalara uygulanmasıdır. Sonuncu aşama ise üçüncü aşamada varılan sonucun çatışan haklar arasında “adil bir denge (fair balance)” kurmasıdır. Aslında üçüncü ve dördüncü aşama tek bir aşama olarak bile görülebilir⁴⁰.

Aşamaları kısaca özetlemek gerekirse birinci aşama olan “temel dengeleme unsurları” aşamasında, genel olarak bütün hak çatışmalarında çatışan hakların marjinal toplumsal öneminin⁴¹ tespiti yapılır ve hangi hak ağır gelirse o hak çatışma-

36 Cohen-Eliya, M./Porat, I. (2009). “The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law”, *San Diego Law Review*, Vol. 46., Issue 2., s. 263-266.

37 Bkz. aynı yönde Ducoulombier, P. (2008). “Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview”, in: *Conflicts between Fundamental Rights* (Editor: Eva Brems), Intersentia, s. 227-228.

38 Cohen-Eliya, M./Porat, I. (2009). s. 267-268.

39 Köküsarı, İ. (2020). s. 230 vd.

40 Köküsarı, İ. (2020). s. 246-360.

41 Bkz. Barak tarafından kullanılan bu terim için Barak, A. (2012). s. 350 vd.

da tercih edilir. Dengeleme unsurları maddi ve şeklî unsurlar olarak ikiye ayrılır. En önemli maddi unsur çatışan haklardan birinin elde ettiği yarar ile diğerinin uğradığı zararların tespiti. Bunun tespiti amacıyla şu hususlara bakılması önem arz etmektedir: (1) müdahalenin/korumanın yoğunluğu (derecesi), (2) müdahaleden etkilenenlerin sayısı, (3) müdahalenin süresi veya sürekliliği, (4) zararın ve yararın vuku bulma ihtimalinin derecesi (5) zararın ve yararın kısa ve uzun vadeli sonuçları (6) sınırlanan hakka verilen zararın telafi edilebilir olması (7) müdahalenin hakkın özüne ve çeperine yakın olması⁴². Maddi unsurlardan ikincisi, hakkın soyut değeri ve üçüncü bir hakkın çatışmaya etkisidir. Bir diğer maddi unsur, çatışan hak sahiplerinin çatışmanın öncesinde gerçekleştirdiği “çatışan hakların ağırlığını etkileyebilecek türden” davranışlarının varlığıdır. Sonuncusu ise varsa, çatışan haklardan birisine eklenen kamusal menfaattir. Maddi dengeleme unsurlarından sonra şeklî dengeleme unsurlarına geçebiliriz. Şeklî dengeleme unsurları, çatışan hakların dengelenmesi esnasında hâkimin dikkat etmesi gereken argümantasyona, yoruma ve taktir yetkisine dair hususlardır. Biz bunları şu üç başlık altında ifade edebiliriz: (1) usuli imkânların varlığı, yerterli gerekçelendirme ve titiz araştırma, (2) bütüncül yorum ve (3) takdir marjının belirlenmesi⁴³.

İkinci düzey olan *dengeleme kriterleri* aşamasında, artık yukarıdaki dengeleme unsurlarına göre spesifik hak çatışmaları için geçerli olan daha somut ve belirgin “dengeleme kriterleri” oluşturulur. Örneğin, ifade hürriyeti ile özel hayata ve

Bu kavram, hakkın soyut önemi de dahil bütün maddi ve şekli dengeleme unsurlarının uygulanmasıyla çatışan hakların ağırlığının tespiti. Alexy de hak ve ilkeler arasındaki çatışmaların adil dengeye kavuşturulmasında “hukuki güvenlik ve keyfilik” eleştirilerini bertaraf etmek için “tartım formülü” oluşturmuştur (Köküarı, İ. (2020). s. 353 vd; Çap. G (2021). s. 230 vd). Öğretide Orcan, AYM’nin kimi kararlarında çatışan hakların dengelenmesinde kullandığı kriterleri bu formül etrafında test etmiştir (Orcan, N. U. (2020). s. 482 vd.).

42 Köküarı, İ. (2020). s. 255-266.

43 Köküarı, İ. (2020). s. 255 vd.

aile hayatına saygı hakkının çatışması spesifik bir hak çatışmasıdır ve sadece bu çatışmaya has olarak AİHM ve AYM tarafından oluşturulan ve takip edilen “dengeleme kriterleri” söz konusudur. Bunları özetle şu şekilde sıralayabiliriz: İfadenin kamu yararına katkısı, ifadenin muhatabının kimliği, özel hayat hakkı sahibinin önceki davranışları, gazetecilik etiğine uygunluk/aykırılık (kasıt olup olmadığı, görev bilinci, doğru, gerçeğe uygun ve güvenilir bilgi vs.), yayının veya haberin yapılış biçimi ile etki alanı, haklara yapılan müdahalenin neticesi/sınırlandırmanın derecesi (ifadenin/haberin içeriği ve sonuçları), ifadeyi yapmanın konumu/statüsü, ifadenin bağlamı⁴⁴.

Üçüncü aşamada belirlenen dengeleme kriterlerinden uygun olanlar veya “ağırlığa etkili olanlar” seçilerek hâkim veya uygulayıcı tarafından somut hak çatışmalarına uygulanır. Hâkim, öncelikle adil dengenin tesisi açısından, hakların her ikisini de belirli oranda gerçekleştirmeyi mümkün kılan “uzlaştırma yöntemini (*comprimising*)” denemelidir. Eğer uzlaştırma mümkün değilse o zaman haklardan birisini tamamen dışlayarak diğerine “öncelik vermelidir (*prioritizing*)”⁴⁵. İlgili hak çatışmasındaki somut şartlara göre kimi zaman uzlaştırma kimi zaman ise öncelik verme “adil dengeyi (fair balance)” tesis edebilir.

Son olarak hakların çatışmasını ve bu çatışmaların dengeleme gibi yöntemlerle çözümünü kabul edenler, aynı zamanda hakların yatay etkisini de kabul etmiş olmaktadır. Fakat hak-

44 Köküarı, İ. (2020). s. 295 vd. Benzer kriterleri, ifade hürriyetine dair bazı somut AİHM kararları etrafında, çatışan hakların yer aldığı terazinin kefelilerinin dengelenmesine yarayan “sorular” olarak soran ve işleyen görüş için bkz. Şirin, T. (2021). s. 53. Bkz. bu kriterlere dair AİHM ve AYM’nin ilke kararları için *Axel Springer AG/Germany*, 39954/08, 07.02.2012, § 90 vd.; *Kemal Kılıçdaroğlu*, 2014/1577, 25.10.2017, § 56 vd.; *Kemal Gözler*, 2014/5232, 19.04.2018, § 48; *Koray Çalışkan*, 2014/4548, 05.12.2017, § 40; *Turgut Altınok*, 2017/36724, 29.01.2020, § 24.

45 Köküarı, İ. (2020). s. 337 vd. Ducoulombier’in de belirttiği gibi, pratik uyuşum ilkesi AİHM’nin kararlarında da uygulaması görülen “uzlaştırma” yöntemiyle neredeyse tamamıyla örtüşmektedir (Ducoulombier, P. (2008). s. 243-244).

ların yatay etkisinin varlığını kabul edenler, bu yatay etkinin ortaya çıkış şeklini, örneğin hâkimin ne gibi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi takip ederek sonuca varacağını genelde ortaya koymamaktadır. Eğer yatay etkide, haklarla ilgili olarak AYM ve AİHM gibi mahkemelerce belirlenen genel çerçeve ilkeler içerisine ilgili uyuşmazlığın dahil edilip edilmediği ölçülecekse, bunun kategorik bir yöntemden başka bir şey olmadığı iddia edilebilir. Örneğin AİHM, bir iş sözleşmesi ile iş ilişkisi içerisine giren işçiye yapılan “işçinin iradesinin baskılanması, kötü şartlarda çalışmaya zorlanması, hak ettiği ücretin çok aşağısında ödeme yapılması” gibi muameleleri bir bütün olarak değerlendirerek ortada geçerli bir iş sözleşmesine göre devam eden bir iş ilişkisi değil zorla çalıştırma yasağına aykırılık tespit edebilmektedir⁴⁶. Bu örnek olayda Mahkeme, işçi ile işverenin çatışan mülkiyet haklarının adil bir denge içinde olup olmadığını değerlendirmemiştir. Elbette bu durum büyük oranda zorla çalıştırma yasağının mutlak hak olmasından kaynaklanmaktadır. Fakat aynı zamanda yatay etki öğretisinin konuyla ilgili çözüm yöntemleri sunmamasının da etkisi vardır.

II. TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

A. TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ KAVRAMI

Temel veya anayasal hakların yatay etkisi kavramının hem Türkçe hem de Almanca literatürde farklı terimlerle ifade edilmesi yatay etkiyle ilgili tartışma ve kafa karışıklığının olduğunu göstermektedir. Örneğin Türkçede hem “yatay etki” hem de “temel hakların özel hukuka etkisi veya uygulanması” gibi ifadeler kullanılmıştır⁴⁷. Almancada ise üçüncü kişiye

46 ECtHR, *Zoletic and Others/Azerbaijan*, B. No: 20116/12, 07/10/2021, § 156 vd.

47 Yatay etki ifadesi için bkz. Can, O. (2018). s. 23 vd. Özel hukuka etki kullanımı için bkz. Kaneti, S. (1990). “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53., S. 1-4., s. 20; Belling, D. W./İnce, N. (2014).

etki (*Drittwirkung*)⁴⁸, yatay etki (*Horizontolwirkung*), özel etki (*Privatwirkung*), temel hakların yayılım etkisi (*Ausstrahlungswirkung*) ve devletin koruma yükümlülüğü (*Schutzpflicht des Staates*) gibi kavramlar kullanılmaktadır⁴⁹.

En basit anlamıyla yatay etki, anayasal hakların özel bir kişiye karşı yöneltilen iddia ve taleplerin temel dayanağı olarak ileri sürülebilmesidir⁵⁰. Daha açık bir deyişle iki özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi arasındaki hukuki ilişkiye anayasal haklara dair kriterlerin doğrudan veya dolaylı olarak uygulanması yatay etki olarak ifade edilir⁵¹. Bu durumda temel haklar, hem devlet-özel kişi hem de özel kişiler arası ilişkilerde uygulanma kabiliyetini haiz “objektif değerler düzeni” olarak görülmektedir⁵².

Öteden beri liberal teorinin etkisiyle hakların dikey etkisi (*vertical effect of rights*) anlayışı kabul görmekteydi⁵³. Birey ile devletin eşit olmayan bir statüde olduğu kamu hukuku alanında haklara, bireylerin devlete karşı korunması yönünde

“Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.12., S. 137., s. 3 vd.

48 Özcan, H. (2005). “Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD*, C. IX., S. 3-4., s. 182 vd.; Tanör, B. (2022). *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, Oniki Levha Yayınevi, s. 217. İngilizce literatürde “third party effect” olarak ifade edilmektedir (Engle, E. (2009). “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, *Hanse Law Review*, Vol. 5., No. 2., s. 165-167).

49 Ergül, O. (2013). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, C. I, Ankara, s. 438-439; Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 81., dn.317. Kimi zaman özel hukukun anayasallaşması (*constitutionalisation of private law*) şeklinde de anılmaktadır (Praduroux, S. (2013). s. 29; Trstenjak, V. (2016). “General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law”, in: *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law* (Editors: Verica Trstenjak/Petra Weingerl), Springer, s. 7).

50 Praduroux, S. (2013). s. 29.

51 Trstenjak, V. (2016). s. 8.

52 Tanör, B. (2022). s. 219.

53 Trstenjak, V. (2016). s. 7.

bir işlev verildi⁵⁴. Bu açıdan hakların dikey etkisi, özel kişi ile devlet arasında bir dikey ilişkinin varlığını varsayarak devlete karşı bireyi korumak gayesiyle geliştirilen anayasal hakların koruyucu etkisi olarak görülebilir⁵⁵. Dikey etkinin geçerli olduğu bir hak-kamusal menfaat çatışmasında, menfaati temsil eden genel ahlak veya kamu yararı gibi kavramların içerisinde soyut bir şekilde çok sayıda kişinin hakkı da yer alabilir ve bunlar dolaylı olarak karşı-hak ile çatışabilir. Çatışma tanımı ve unsurlarına dair yukarıdaki açıklamalarımızda da görüldüğü üzere biz bu çatışmayı “belirli kişilerin” hakları arasında çatışma değil dikey etkinin geçerli olduğu bir hak-kamusal menfaat çatışması olarak görüyoruz⁵⁶. Nitekim bazılarınca, hakların dikey etkisinin var olduğu çatışmalarda klasik ölçülülük ilkesinin; haklar arası çatışmaların olduğu durumlarda ise “çatışan hakların dengelenmesi (*balancing*)” prensibinin uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştür⁵⁷. Zira dikey ilişki ile özel kişiler arası yatay ilişki nitelik itibarıyla birbirinden farklı olduğu için çatışmanın çözümü için de uygulanan kriterler farklı olmalıdır⁵⁸.

Hak temelli (*right-based*) yorum⁵⁹ veya hakları ciddiye almak (*taking rights seriously*)⁶⁰ gibi tabirler aslında devlet ile bi-

54 Friedmann, D./Barak-Erez, D. (2001). “Introduction”, in. *Human Rights in Private Law* (Editors: Daniel Friedmann/Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Oxford, s. 1.

55 Bkz. Trstenjak, V. (2016). s. 8.

56 Bkz. aksi yönde Danimarka hukukunda dikey ilişkinin varlığı halinde kamusal menfaat gibi kavramlar vasıtasıyla, çatışmanın derinlerinde başkalarının haklarının ve dolayısıyla bu haklarla karşı-hak arasında çatışmanın varlığından bahsedilmiştir (Christoffersen, J. (2007). “Denmark: Drittwirkung and Conflicting Rights – Viewed from National and International Perspectives”, in. *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Editors: Dawn Oliver/Jörg Fedtke), London-New York, Routledge-Cavendish, s. 52).

57 Karş. Smet, S. (2017). s. 32.

58 Köküsarı, İ. (2020). s. 183.

59 Turhan, M. (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 392 vd.

60 Bkz. siyasal hakları devlete karşı ve diğer siyasi meşruiyet sebeplerine göre “koz” olarak gören görüş için Dworkin, R. (1977-1978). *Taking Rights*

rey arasındaki dikey ilişkide zayıf taraf olan bireyi ve haklarını korumak, onlara “prima facie” bir öncelik vermek için geliştirilmiştir. Kısacası dikey etkinin kabul edildiği dönemlerde ortaya çıkan hak-kamusal menfaat çatışmalarında devletin karşısında bireyin korunması amacıyla “hak temelli yorum/hak lehine yorum (*right-based interpretation*)” gibi kavramlar savunulmaktaydı. Konumuz açısından “Aynı iddia haklar arası çatışmalarda ve iki eşit taraf arasındaki özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olacak şekilde genişletilebilir mi?” sorusu önem arz etmektedir. Öncelikle hak çatışmalarında ve yatay etkinin geçerli olduğu durumlarda ortada çatışma içerisinde iki tarafın hakkı olduğu için, hak temelli/lehine yorum çatışan haklardan sadece birisini koruyacak tarzda uygulanamaz. Çünkü ortada karşılıklı çatışan iki hak söz konusudur. Ancak özel hukuk ilişkilerinde ve hak çatışmalarında, hak temelli yorumu, yukarıda hakların çatışması içerisinde ele aldığımız “çatışan hakların her ikisinin de en yüksek derecede gerçekleştirilmesine yarayacak” bir metot olarak anlamak gerekir. Alexy de teorisinde, öncelikle çatışan haklardan her ikisinin dengeli ve en makul düzeyde (*optimization*) gerçekleştirilmesini yani “uzlaştırılmasını”, bu mümkün değilse çatışan haklardan birisinin en yüksek derecede gerçekleştirilmesini (*maximisation*) yani hakların birine “öncelik vermeyi” savunmuştur⁶¹.

Hakların yatay etkisi, bireysel başvuru yolunun tanındığı hukuk sistemlerinde doğal olarak artış göstermektedir. Zira

Seriously, Harvard University Press, s. 81-94. Hakların çatıştığı diğer menfaatlerden üstün bir koz olduğu iddiası, hak ile hak çatışması söz konusu olduğunda yetersiz kalmaktadır (Sinnot-Armstrong, W. (1996). “Moral Dilemmas and Rights”, in: *Moral Dilemmas and Moral Theory* (Editor: H. E. Mason), Oxford University Press, s. 56). Aynı yönde bkz. Brems, E. (2008). “Introduction”, in: *Conflicts between Fundamental Rights* (Editor: Eva Brems), Intersentia, s. 2; Carlberg, M. (2015). *Conflicts between Fundamental Rights in Europe: A Case-Law Study of the CJEU and the ECtHR approach to Conflicts between Fundamental Rights in the light of Google Spain*, Graduate Thesis (Supervisor: Xavier Groussot), Sweden: Lund University, s. 10-11.

61 Bkz. Alexy, R. (2010). *A Theory of Constitutional Rights*, (Translator: Julian Rivers), Oxford University Press, s. 51, dn.37. Bkz. ayrıca Çap, G. (2021). s. 228.

bu denetimi yapan mahkemeler haklar ile ilgili anayasal ölçütlere göre bir denetim yapmaktadır. Fakat böyle bir yolun tanınmasından önce veya hiç tanınmadığı ülkelerde de yasama organının çıkardığı kimi kanunların anayasal ölçütlere göre denetlenmesi ve temyiz mahkemesi gibi diğer yargı organlarının kimi uygulamaları yatay etkiye örnek teşkil etmekteydi. Ülkemizde bireysel başvuru yolu yürürlüğe girmeden önce, yasama organının çıkaracağı kanundan etkilenecek olan kişilerin soyut hak ve menfaat çatışmalarını dengelemek gibi bir görevi vardı ve AYM de norm denetimi yolunda özellikle ölçülülük ilkesi içerisinde bu hususu inceleyebilmekteydi.

AİHM de kimi eski kararlarında salt özel hukuk meselelerinin çözüm yerinin kendisi olmadığını vurgulamış olmakla birlikte buna bir istisna koyarak özellikle Mahkemenin kendisinin geliştirdiği standartlar ile ayrımcılık yasağına “açıkça aykırı” uygulamaların varlığı hâlinde özel hukuk meselelerini de görebileceğini belirtmiştir. Bu gibi durumlarda Mahkeme, Sözleşmecî devletlerin özel kişilerin sözleşme vb. işlemlerde ayrımcılık yapmasını önleyici tedbirler almasını “bir pozitif yükümlülük” olarak görmüştür⁶². Son zamandaki kimi kararlarında ise AİHM, ayrımcılığın yatay etkisi (*horizontal effect of discrimination*) adı altında özel başlık açarak değerlendirme yapmış ve yatay etki konusundaki yaşadığı tereddütleri aşmış görünmektedir⁶³. Özetle AİHS’in yürürlüğe girdiği dönemde hiç tahmin edilemeyen ihlal iddiaları ve özel hukuk uyumsuzlukları günümüzde bireysel başvuruda inceleme konusu olabilmektedir.

62 *Semenya/Switzerland*, B. No: 10934/21, 11/07/2023, § 193-194; *Pla and Pucernau/Andorra*, B. No: 69498/01, 13/07/2004, § 59. İlgili kararlardaki ayrımcılık bir kanundan değil, özel hukuk kişinin işleminden kaynaklanmaktaydı. Aslında, yatay etkinin doğması açısından devletin pozitif yükümlülüğü “maddi ve usulî” olarak ikiye ayrılabilir. Zira, devletlerin kimi zaman, kuralları AİHS’deki haklar bağlamında yorumlayarak usulî tedbirler alma yükümlülüğü olduğu gibi Sözleşmesel (veya anayasal) hakların çatışması halinde çatışan haklar arasında adil denge kurma şekilde “maddi yükümlülüğü” de söz konusudur.

63 *Semenya/Switzerland*, § 191.

B. YATAY ETKİ (DRITTWIRKUNG/HORIZONTALWIRKUNG) ÇEŞİTLERİ

Hakların yatay etkisi, literatürde en çok “dolaylı ve doğrudan yatay etki” şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır⁶⁴. Aynı zamanda doktrinde, anayasal hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanabilirliği noktasında “doğrudan uygulanabilirlik”, “dolaylı uygulanabilirlik”, “uygulanamazlık” ve “yargısal model” şeklinde bir ayırım da yapılmıştır⁶⁵. Fakat biz yaygın kullanılan ayırım üzerinden konuyu ele almak istiyoruz.

1) Kural: Dolaylı Yatay Etki

Temel veya anayasal hakların yatay etkisinin görünümlelerinden birisi “dolaylı yatay etkidir”⁶⁶. Dolaylı yatay etki, hakların ve haklara dair ilkelerin hak çatışmalarının bulunduğu özel kişiler arasındaki ilişkilere, yasadaki genel hüküm, hüküm içi boşluk vb. yöntemlerle yargıca tanınan takdir yetkisinin ve yorum yetkisinin kullanımı vasıtasıyla uygulanmasıdır⁶⁷. Bu açıdan araya bir kural ve onun yorumu gibi vasıta/dolayım girdiği için “dolaylı etki” söz konusudur.

Özel hukuk alanındaki kanunların veya ilkelerin yorumu vasıtasıyla anayasal hakların dolaylı bir şekilde⁶⁸ özel hukuka

64 Engle, E. (2009). s. 165.

65 Barak, A. (1996). “Constitutional Human Rights And Private Law”, *Review of Constitutional Studies*, Vol. III., No. 2., s. 224 vd.

66 Aslında yatay etki kavramını ortaya koyan Nipperdey, önce doğrudan yatay etkinin taraftarı olmuş, bilahare dolaylı yatay etkiye meyleder hale gelmiştir (Ergül, O. (2013). s. 445). Yani tarihsel olarak ilk önce doğrudan yatay etki ileri sürülmüş gibi görünse de biz çalışmamızda konuyu “kural-istisna ilişkisi kapsamında” ele almayı uygun gördük.

67 Barak, A. (1996). s. 226, 236; Boyar, O. (2013). “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, iç. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Editör: Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta, s. 58; Perdecioğlu, İ. E. (2020). “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 43., s. 58-59.

68 Bkz. muğlak ve genel ilke ve kuralların yorumu vasıtasıyla oluşan etkinin dolaylı yatay etki olduğu noktasında ve özellikle borçlar hukukundaki görünümü için Trstenjak, V. (2016). s. 8, 13.

dâhil edilmesi ve zaman zaman bu yorumların yasa değişikliği yoluyla yasal düzenlemelere girmesi özel hukukun anayasallaşmasına⁶⁹ bir diğer deyişle anayasal hakların bu alanda uygulama alanı bulmasına olanak tanımaktadır.

Ülkeler ve özel hukukun alanları açısından yatay etki kavramına yaklaştığımızda farklı ülkelerde konuyla ilgili olarak farklı düzenlemeler ve uygulamalar olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin Kanada, Danimarka, Almanya, İsrail, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde dolaylı yatay etki; İspanya⁷⁰, İrlanda ve Hindistan gibi ülkelerde doğrudan yatay etki kabul edilmektedir⁷¹. Yatay etki; özel hukukun temel alanları olan sözleşmeler, haksız fiil ve tazminat, eşya, aile, miras ve iş hukuku gibi alanlarda uygulama alanı bulabilmektedir⁷².

2) İstisna: Doğrudan Yatay Etki

Doğrudan yatay etki, bir kişinin yaşadığı uyuşmazlığın karşı tarafı olan diğer bir özel kişiye anayasal haklara dayanarak doğrudan dava açabilmesini, yerel mahkemelerin herhangi bir kanun hükmüne gerek kalmaksızın yargılamada doğrudan anayasal hakları uygulayarak sonuca varmasını⁷³ ifade eder. Kimi yazarlar dolaylı etki ile doğrudan etkiyi ayırmak amacıyla, birincisinin kanun hükümlerinin anayasal haklar doğrultusunda uygulanması, ikincisinin ise doğrudan bireyin davranışlarına anayasal hakların uygulanması olduğunu ifa-

69 Krş. Trstenjak, V. (2016). s. 7.

70 Liboreiro, A. R. (2007). "Spain: A Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights", in. *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Editors: Dawn Oliver/Jörg Fedtke), London-New York: Routledge-Cavendish, s. 390 vd.

71 Oliver, D./Fedtke, J. (2007). "Human Rights and the Private Sphere – the Scope of the Project", in. *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study* (Editors: Dawn Oliver/Jörg Fedtke), London-New York: Routledge-Cavendish, s. 14.

72 Busch, C. (2011). "The Impact of Fundamental Rights on Key Areas of Private Law", in. *EU Compendium: Fundamental Rights and Private Law A Practical Tool for Judges* (Editors: Christoph Busch/Hans Schulte-Nölke), European Law Publishers, s. 27-62.

73 Perdecioğlu, İ. E. (2020). s. 56-57; Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 82.

de etmişlerdir⁷⁴. Bir konuda kanuni düzenlemenin olmadığı hâllerde, anayasal sınırlandırma klozu yani hakkın koruma alanının belirtilmediği durumlarda ve kanuni düzenlemenin çok soyut ve genel olduğu durumlarda doğrudan yatay etkinin mümkün olduğu da ileri sürülmüştür⁷⁵.

Doğrudan yatay etkiyi kabul etmeyenler bir hak çatışması veya özel hukuk ilişkisinde çatışan menfaatlerin içeriksel olarak adil bir dengeye kavuşturulması işini, hukuki güvenlik açısından sorunlu görerek iç hukukta konuyla ilgili yasal düzenlemenin olaya uygulanarak sonuca varılmasını savunmuşlardır⁷⁶.

Aslında uygulamada çoğu hukuk sisteminde doğrudan yatay etki kabul edilmemekte, doğrudan yatay etkinin istisna olarak kabul edildiği yerlerde ise bireysel başvuru yolunda ihlal kararı birey aleyhine verilmemektedir. Bireysel haklar arasındaki çatışmayı adil bir şekilde çözüme kavuşturma yükümlülüğünü yerine getirmediği için devlet kurumları aleyhine karar verilmektedir. Bu açıdan kanaatimizce eksik ve tam yatay etki ayrımı da yapılması gerekmektedir⁷⁷. Zira bireyin aleyhine bireysel başvuru yolunda ihlal kararı verilmediği hiçbir sistemde kanaatimizce “tam yatay etki” söz konusu değildir. Dolaylı veya doğrudan yatay etkinin uygulandığı ülkelerde bir şekilde özel kişiler aleyhine ihlal kararı verilemediğinde “eksik bir yatay etki” oluşmaktadır. Her ne kadar alt mahkemelerde bireyin davranışlarına doğrudan anayasal haklar uygulanarak aleyhine hüküm verilmiş olsa da bireysel başvuru yolunda aleyhe ihlal kararı verilemediğinde yine de ortada devletin aracılığına ve hakemliğine ihtiyaç duyulduğu için “eksik yatay etki” söz konusudur.

74 Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 82.

75 Bkz. Barak, A. (1996). s. 229 vd.

76 Christoffersen, J. (2007). s. 44.

77 Bu ayrım güçlü ve zayıf dolaylı yatay etki ayrımından farklıdır. Güçlü ve zayıf yatay etki, sadece dolaylı yatay etkiyi kapsıyor ve birincisinde, anayasal ilkeler ve haklar özel hukuku yönlendirerek dönüştürüyor, ikincisinde ise anayasal haklar özel hukuk kurallarıyla ve araçlarıyla korunuyor (Ergül, Ö. (2013). s. 462-464).

Örneğin bir başvuruda başvuru, Mehmetçik Vakfı tarafından maluliyet sebebiyle kendisine bağlanan sürekli yardımın, aradan 16 yıl geçtikten sonra aksi yönde bilirkişi raporu alınmaksızın ve gerekçesiz bir şekilde Vakıf tarafından reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. İlgili kararda AYM çoğunluğu Vakfı özel hukuk kişisi ve Vakıfla başvuru arasındaki ilişkiyi de özel hukuk ilişkisi görerek devletin pozitif yükümlülüğü açısından konuya yaklaşmıştır. Neticede Vakıf ile başvuru menfaatleri (hakları) arasında adil denge kurulmadığı için ihlal kararı verilmiştir. Somut olayda adil denge kurma görevi yargı organına düştüğü için ihlal de ilgili mahkeme aleyhine verilmiştir⁷⁸. Aslında, ihlalin asıl kaynağı Mehmetçik Vakfı idi. Nitekim karara farklı gerekçe yazan üyeler, Mehmetçik Vakfının kamu gücü kullandığını iddia ederek negatif yükümlülük açısından konuya yaklaşılması gerektiğini iddia etmiştir⁷⁹. Bu durumda çoğunluğun görüşüne göre ortada yatay etkinin geçerli olduğu bir hukuki ilişki varken azınlığın görüşüne göre dikey etkinin geçerli olduğu bir ilişki vardır. Ama her ikisinde de ihlal kararı, hakkı ihlal eden Vakıf aleyhine verilmemekte, yine bir mahkeme aracı kılınmaktadır. Özellikle adil yargılanma hakkı ve diğer bazı usuli haklar kapsamında devlet, ihlalin asli kaynağı olmasa bile “aracı, arabulucu veya hakem⁸⁰” konumunda kalmaktadır. Zira devletin çatışan haklar ve menfaatler arasında adil denge kurma yükümlülüğü ancak onun zor kullanma vb. yetkileri ile icra edilebilir cinstendir.

Doğrudan yatay etki, hakların ancak kanunla öngörülmesi hâlinde sınırlandırılabilmesi kuralına aykırılık oluşturur mu veya onun bir istisnasını mı teşkil eder? Zira AYM gibi makamlar hem müdahalenin kanuniliğini hem de çatışan haklar arasında adil denge kurulup kurulmadığını denetlemektedir. Kanunilik denetimini geçmiş bir müdahale, artık dolaylı bir

78 Kemal Kılıç, B. No: 2019/16400, 28/7/2022, § 69 vd.

79 Kemal Kılıç, Zühtü Arslan ve Engin Yıldırım’ın Farklı Oy Gerekçesi, § 3 vd.

80 Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 71, 411.

yatay etkinin varlığını mı gösterecektir yoksa AYM'nin kimi kararlarında yaptığı gibi kanuni düzenlemenin bizzat kendisi çatışan haklar/yararlar arasındaki adil dengeyi bozduğu için doğrudan yatay etki mi ortaya çıkacaktır?⁸¹

Türk hukukunda Anayasa'nın imkân tanıdığı veya AYM'nin içtihatla oluşturduğu doğrudan yatay etki örnekleri bulunmaktadır⁸². Birincisine örnek olarak Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gösterilebilir. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir... temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır"*. Hükme göre usulünce yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmalar Türk iç hukukunun bir parçası hâline gelmekte ve kanun hükmünde görülmektedir. Fakat temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile kanunlar farklı hüküm içerirse uyuşmazlığın çözümünde antlaşma hükümleri uygulanır yani antlaşmaya anayasal öncelik tanınır. Hakların yatay bir kişiler arası ilişkiye uygulanabileceği bir durumun veya hak çatışmasının varlığı hâlinde, konuyu düzenleyen bir kanun hükmü ile AİHS gibi bir sözleşmenin hükümlerinin farklı hükümler içerdiğini var-

81 Bkz. örneğin Gören, özel hukukta birçok alan temel kanunlarla düzenlendiğinden anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması tartışması yapmanın çok büyük bir önemi haiz olmadığını ileri sürmüştür (Gören, Z. (2001). "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi" iç. *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 29).

82 Bu bakımdan, 1961 Anayasası hazırlanırken Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu anayasa tasarısında yer alan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan ve doğrudan uygulanması gereken temel hukuk kurallarıdır" hükmünden "ve doğrudan uygulanması gereken" ifadesi sonradan çıkarılarak yasalaştığı için bazı tereddütler oluşsa da, yine de anayasanın özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmiştir (Tanör, B. (2022). s. 220). Benzer bir hüküm 1982 Anayasasının 11. maddesinde de yer aldığı için "doğrudan uygulanması gereken" ifadesi yer almasa da bu anayasa dönemi için de anayasa hükümlerini doğrudan uygulanmanın mümkün olduğu söylenebilir.

saydığımızda bu Sözleşme'nin hükümlerinin uygulanması Anayasa gereği doğrudan yatay etki olarak görülebilir. Zira AİHS bakımından sözleşmedeki haklar AİHM'in yorumuyla şekillenmekte ve Türk iç hukukunda kanundan öncelikli olarak uygulanmakta, tabir yerindeyse kanun ihmal edilmektedir.

İkincisine örnek olarak ise AYM'nin kimi kararlarında başvuruçuların çatışan haklarının üzerine aşırı ve orantısız bir yük yüklendiği için açık bir kanun hükmünü ihmal veya ihlal etmesi gösterilebilir. Bir nevi bu gibi hâllerde hukuki güvenlik ile adaletin/hakkın çatıştığı söylenebilir. Buna göre bireysel başvuru ile ilgili bazı kararlarda Mahkeme, derece mahkemelerinin açık bir kanuni düzenlemeye dayanarak davayı reddetmesi aynı zamanda hakkı dengesiz ve ağır bir şekilde sınırlandırıyorsa kanun hükmü yerine “doğrudan haklara ilişkin ölçütlerin uygulanmasını” ve bu şekilde sonuçta varılmasını istemektedir. Örneğin AYM'nin bir kararında başvuruçular, taşınmazları üzerindeki “1.419 m² fazlalık... defterdarlık ve iskan müdürlüğüne bildirilmiştir.” şeklindeki şerhin terkin için hak düşürücü süre geçmesi nedeniyle şerhi terkin edemediklerini, taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkisinin ölçüsüz sınırlandığı ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme ise “taşınmaz üzerinde bulunan şerh belirsizliğini korumaya devam etmektedir. Başvuruçuların bu belirsizliği gidermek amacıyla başka bir dava açmaları imkânı bulunmadığı gibi Hazineyi böyle bir dava açmaya zorlamaları da mümkün değildir” diyerek mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi kamu yararı meşru amacı karşısında orantısız bulmuş ve ihlal kararı vermiştir⁸³. Örnekte, bir doğrudan uygulama söz konusu fakat özel hukuk kişileri arasındaki bir ilişki olmadığı için doğrudan yatay etki ortaya çıkmamıştır.

83 *Fahrettin Çakıroğlu ve Saime Çakıroğlu*, B. No: 2016/12574, 25/9/2019, § 49 vd. Eğer başvuruçuların, taşınmazı bir başka özel kişiye satması sonrasında bunlar arasında “taşınmaz üzerindeki şerh nedeniyle” bir uyuşmazlık çıksaydı, o zaman doğrudan yatay etki söz konusu olabilirdi.

III. HAK ÇATIŞMALARININ DENGELENMESİ: YATAY ETKİNİN BİR GÖRÜNÜMÜ MÜ?

A. KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYRIMINDA HAKLARIN ÇATIŞMASI VE YATAY ETKİ

Anayasal haklar sadece özel hukuk alanında değil kamu hukuku da dâhil hukukun her alanında etkili olan “ilkeler” olarak görülebilir⁸⁴. Alexy ile Dworkin tarafından ileri sürülen görüşü kabul ettiğimizde anayasal haklar, içi boş ve AYM gibi yargı makamlarınca doldurulan “ilkeler”dir. Gerçi, kural mahiyetinde haklar ile ilke mahiyetinde haklar şeklinde bir ayrım yapılarak bütün hakların ilke formunda olmayabileceğini savunan isabetli bir görüş de vardır⁸⁵. Kısacası, haklar her alanda uygulama alanı bulabilen “ilkeler” olarak görüldüğünde, hem özel hukukta sözleşmesel ilişki ve haksız fiil vb. durumlarda uygulanır hem de kamu hukukunda hak çatışması söz konusu olduğunda uygulama alanı bulabilir.

İfade hürriyeti ile hakaret kapsamında özel hayata saygı hakkının çatıştığı durumlarda olduğu gibi, hak çatışması sadece özel hukuk ilişkilerinde değil kamu hukuku ilişkilerinde de ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hakaret suçu ile ilgili kovuşturma yürüten mahkemelerin haklara dair genel anayasal kriterleri uygulaması hâlinde bir yatay etki söz konusu olmaktadır. Hâkim ilgili ifadelerin hakaret suçu teşkil edip etmediğini tespit ederken anayasal haklarla ilgili ölçütlere de dolaylı olarak yer verebilir⁸⁶. Örneğin kamu hukuku alanın-

84 Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 80.

85 Alexy, R. (2010). *A Theory of Constitutional Rights*, (Translator: Julian Rivers), Oxford University Press, s. 84 vd.; Barak, A. (2012). s. 86 vd.

86 Kerim Karabıçak, B. No: 2021/61944, 20/12/2023, § 13 vd. Mahkeme bu ve benzeri birçok kararda çatışan hakların veya yararların derece mahkemesince adil bir şekilde dengelenmediği sonucuna varmıştır. Nitekim AYM’nin bu karardaki şu ifadesiyle derece mahkemesinin de çatışan hak veya yararları adil bir şekilde dengelemesi gerektiği vurgulanmıştır: “İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için onu gerekli kılan sosyal bir ihtiyacın mevcut olduğunu müdahaleyi yapan yargı mercii ortaya koymalıdır”.

da, iki kişinin yaşam hakkının veya işkence ve kötü muamele görmeme hakkının çatıştığı durumlarda da temel hakların yatay etkisi söz konusu olabilir. Kısacası, hakların çatıştığı her durumda ülkenin hukuk sistemi ve öğretisi imkân verdiği ölçüde hakların yatay etkisi/uygulanması da mümkün olacaktır⁸⁷. Ülkemiz açısından yaklaştığımızda, hakların çatıştığı her durumda hakların dolaylı yatay etkisinin yani özel iki kişinin hak formundaki menfaat çatışmasının çözümünde anayasal hak ölçütlerinin ve buna dair AYM kriterlerinin uygulanması olanaklıdır⁸⁸. Fakat aynı sözü doğrudan yatay etki için söylemek mümkün değildir. Doğrudan yatay etki, hak çatışmalarının var olduğu her durumda değil ancak şartları varsa istisna olarak uygulanabilecektir.

Aslında devletin pozitif yükümlülüklerinin bir terim olarak dillendirilmediği eski dönemler, dikey etkinin varlığının kabul edildiği yani bireyin haklarının devlet karşısında korunması için hakların bir koz olarak görüldüğü dönemlerdir. Bu dönemde devlet hak ihlallerinin meydana gelmesinde ve giderilmesinde tek muhatap olarak görülmektedir. İşin içine dikkatli bir şekilde eğildiğimizde ise devletin kamu hukuku alanında sadece ihlalin kaynağı olmadığı, bazen kişilerin yaptığı ihlallerin yargılanmasında ve giderilmesinde bir aracı ve hakem olduğu fark edilmektedir. Yani kamu hukuku alanında da kişilerin hakları çatışma içerisinde olabilmekte ve devlet bu çatışmayı adil bir dengeyle çözme şeklinde pozitif yükümlülüğün muhatabı olmaktadır. Örneğin bir yargılamada “yargılamanın/duruşmanın aleniliği” şeklinde adil yargılanma

87 Karş. Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 110-111.

88 Çünkü mahkemenin çatışan hakları dengelerken, bir şekilde anayasal haklara dair standartları uygulaması yani dolaylı bir yatay etkiye başvurusu gerekir. Eğer özel hukuk kuralları çatışan hakların nasıl dengeleneceğini kendisi ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ise, anayasa hükümleri doğrudan olaya uygulanmasa bile, haklar özel hukuk kurallarının içerisinde yer alarak dolaylı bir etki gösterir. Dahası, “özel hukuk kapsamındaki hemen hemen tüm haklar, anayasal haklara kadar izlenebildiği için bu bağlamda anayasal hak çatışmaları ile karşılaşmak mümkündür” (Yılmaz-Coşkun, S. (2023). s. 79).

hakkı ile “ taraflardan birinin özel hayatı” çatışma içerisinde olabilir. Bu çatışmayı adil bir şekilde dengeleme yükümlülüğü davanın görüldüğü mahkemeye aittir.

Özel hukukta sözleşme, tazminat, miras ve eşya hukuku gibi alanlarda eşitler arası bir ilişki söz konusudur. Bu, aynı zamanda bu kimselere kuralların eşit bir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Yani A’nın B’ye haksız bir şekilde zarar vermesi hâlinde zararın telafisi için uygulanacak kural ile B’nin A’ya haksız bir zarar vermesinde uygulanacak kural aynı olmalıdır. Buna mukabil bir özel hukuk kuralının somut bir haksız fiil uyuşmazlığına uygulanması hâlinde, tarafların çatışan menfaatleri arasında içeriksel olarak adil bir dengeyi kuran sonuç kendiliğinden ortaya çıkmamaktadır. Kuralın uygulanması esnasında haksız fiil sorumluluğunun daraltılması veya genişletilmesi, diğer tarafın menfaatini olumlu veya olumsuz bir şekilde etkileyecektir. O nedenle hâkimin söz konusu menfaatleri dengelemesi gerekmektedir. Bu kapsamda söz konusu menfaatlerin dengelenmesi işi, özel hukukta eskiden beri yer almaktadır. Gürültü yaparak komşusu B’yi rahatsız eden A’nın fiili ve bu fiilin muhtemel getirisi ile B’nin gördüğü zararın dengelenmesi, insan hakları terminolojisi kullanılsa da öteden beri bir şekilde dikkate alınmaktadır⁸⁹. Yani 19. yüzyıl öncesinde de yatay etki ve insan hakların somut uyuşmazlığa uygulanması gibi bir söylem söz konusu olmasa da, hakların içerdiği değerler, gerek kamu hukuku içerisinde gerekse özel hukuk içerisinde “adil/gayriadil, iyi/

89 Yüzyıllar önce İngiltere’deki bir davada, bir İngiliz’in, geçerli bir sözleşmeye göre Amerika’dan satın alarak İngiltere’ye getirdiği kölesini, tekrar satmak üzere gemiyle Jamaika’ya götürmeye çalışması incelenmiştir. Bu davada “habeas corpus ilkelerini” olaya uygulayan ve olayda söz konusu ilkeler ile olayın ekonomik sonuçlarının farkında olan hakim Lord Mansfield, köle sahibi İngiliz’in kölesini satmak üzere Jamaika’ya götürme yetkisinin olup olmadığını değerlendirmiştir. Sonuçta, hakim Mansfield, insan haklarından bahsetmeden “köleliğin nefreti mucip bir durum olduğu için İngiliz hukukunda korunmadığına ve kölenin azat edilmesi gerektiğine” karar vermiştir (Friedmann, D./Barak-Erez, D. (2001). s. 2-3).

kötü, meşru/gayrimeşru, haklı/haksız” gibi ilkeler ve genel kavramların içerisinde “sessiz bir şekilde” yer almaktaydı⁹⁰.

Sonuç olarak anayasal hakların uyumsuzluklara uygulanabilirliği, dikey ve yatay etkiyi ifade etmektedir. Her hak çatışmasının varlığında doğrudan veya dolaylı bir yatay etki söz konusu olabilir iken her yatay etkinin varlığı hâlinde hak çatışması söz konusu olmayabilir. Örneğin bir şahıs bir başkasının otomobiline kasten zarar verdiğinde, onun mülkiyet hakkını ihlal etmiş olur. Bu olayda ortada bir hak çatışması yokken bile anayasal hakların uygulanabilirliği söz konusu ise yatay etkiden bahsedilebilir⁹¹.

B. HAK ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜMÜ VE YATAY ETKİNİN UYGULANMASINDA KİM YETKİLİDİR?

Devletin bireylerin haklarını koruma ve hak çatışmaları vaki olduğunda adil denge kurma şeklinde bir yükümlülüğü olduğu varsayılmadan, hak çatışmaları çözülebilir veya yatay etki uygulanabilir mi? Bu soru bağlamında günümüzde artık bir devlet kadar otorite ve bilgi sahibi olabilen global şirketlerin varlığını nazara aldığımızda⁹², bunlar hakkında doğrudan ihlal kararı verilmesi meselesi, bu şirketlere karşı hakların dikey etkisinin uygulanıp uygulanmayacağı, hatta bu şirketlere devlet gibi hizmet verdiği özel kişilerin çatışan hak ve menfaatleri arasında adil denge kurması şeklinde pozitif yükümlülükler verilip verilemeyeceği⁹³ meseleleri tartışılmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda verdiği

90 Bkz. genel olarak Friedmann, D./Barak-Erez, D. (2001). s. 2

91 Haksız fiilin varlığını tespit esnasında bir çatışma olmasa da, haksız fiilde bulunanın ödeyeceği tazminatın tespiti aşamasında mülkiyet hakları arasında bir çatışma oluşabilir.

92 Oliver, D./Fedtke, J. (2007). s. 16.

93 Bkz. devlet gibi güçlü global şirketlere böyle bir pozitif yükümlülük verilirse, global şirketlerin devlet gibi tarafsız davranmayıp kişiler arası hak ve menfaat çatışmalarına adil olmayan müdahalelerde bulunmasının mümkün olduğunu, bu nedenle kendi menfaatlerinin peşinde koşan bu şirketlere söz konusu yetkinin verilemeyeceği noktasında Oliver, D./Fedtke, J. (2007). s. 16-18.

bir kararı üzerinden yatay etki ile hakların çatışmasının ilişkisine bakabiliriz. Bu kararda, bir şirkette çalışan başvuru-
cuların kişisel e-posta hesapları vasıtasıyla yaptıkları mahrem
yazışmaların delil olarak kabul edilmesi ve buna dayanılarak
iş sözleşmelerinin feshedilmesinin özel hayata saygı hakkını
ihlal edip etmediği tartışılmaktadır⁹⁴. İlk bakışta olay, bir iş
sözleşmesi kapsamında gerçekleşen işçi-işveren ilişkisi ve bu
ilişkinin sona erdirilmesi mahiyetinde özel hukuk olayı gibi
görünmektedir. Mahkemenin “Genel İlkeler” başlığı altında
yaptığı tespitlerden bir pasaj alarak konuya devam etmek istiyoruz: *“Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı kapsamında kalan temel haklar, yalnızca kamusal gücün doğrudan uygulanmasıyla değil; kimi zamanda özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklara konu olacak şekilde üçüncü kişilerin müdahaleleriyle zede-
lenebilmektedir... Anayasa’nın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklardan doğrudan özel hukuk kişileri sorumlu tutulamaya-
cağından taşıdığı koşulların özelliklerine göre bu tür başvuruların devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekebilir. Bu gereklilikler üçüncü kişilerin, bireylerin hak ve özgürlüklerine yaptığı haksız müdahalelere karşı kamusal makamlar tarafından müsamaha gösterilmemesi zorunluluğundan kaynaklanır... derece mahkemeleri, özel hukuk ilişkisi kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde bağlayıcı kararlar vererek güvencelerin korunup ko-*

94 Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 8 vd. Bkz. başka bazı bireysel başvuru kararlarında Anayasanın doğrudan uygulanması ve yatay etki örnekleri için Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: Oniki Levha, s. 168 vd.; AIHM’nin Savtransanto/Ukrayna ve Anheuser-Busch Inc./Portekiz gibi öncü kararları ile usulî pozitif yükümlülükler yoluyla mülkiyet hakkı açısından yatay etkiyi kabul ettiği görülmektedir. Ayrıca maddi pozitif yükümlülük olarak da çatışan hakların dengelenmesi bağlamında, Appleby ve Diğerleri/Birleşik Krallık gibi kararlarda mülkiyet hakkının yatay etkisi kabul edilmiştir (Perdecioğlu, İ. E. (2020). s. 68-70). Öğretide Tanör 1978 yılı gibi erken bir vakitte yazdığı eserinde, sosyal ilkeler ile sendikal haklar, çalışma hakkı ve sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal haklar açısından anayasa hükümlerinin uygulanabilirliğini ele almıştır. Yazara göre klasik hakların yanında sosyal hakların da yer aldığı günümüz sosyal anayasalarının doğrudan bu gibi özel ilişkilere uygulanması, çalışanların daha fazla korunmasını sağlayabilir (Tanör, B. (2022), s. 229-247).

runmamasında rol almaktadır... Başvuru konusu olayda ... kamusal makamların yükümlülükleri; bireylerin temel hak ve özgürlüklerine, bu başvuru açısından özel hayata saygı hakkı ile haberleşmenin gizliliği hakkına üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve mahkemelerce korunma sağlanmasıdır. Bu doğrultuda, ...derece mahkemelerince söz konusu güvenceler göz ardı edilmemeli, işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli, ... müdahalenin işverenin meşru amacı- la ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır’’⁹⁵.

Yukarıdaki alıntıdan hareketle öncelikle AYM’nin hakların yatay etkisinin, diğer bir deyişle özel hukuk ilişkilerine uygulanmasının mümkün olduğunu ve devletin koruma (pozitif) yükümlülükleri kapsamında böyle bir görevinin olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Mahkeme söz konusu kamusal yükümlülüklerden özel kişilerin sorumlu olmadığını da eklemiştir. Bu sorumluluğun bir parçası olarak AYM, hakların/ menfaatlerin çatışabileceğini bu kararında ve başka kararlarında kabul etmiş ve bu çatışmayı çözme yani adil bir şekilde dengeleme yükümlülüğünü de devlete yüklemiştir⁹⁶. Yukarıdaki alıntıyı ve tespitleri bir bütün olarak değerlendirdiğimizde AYM yatay etkiyi, anayasal hakların özel hukuk kişilerinin ilişkilerine uygulanması şeklinde anlamıştır ve özel hukuk ilişkisinin taraflarının birbirinin haklarını ihlal etmemesi için devletin çeşitli maddi ve usuli tedbirler alması gerektiğini vurgulamıştır. Bu tedbirler/yükümlülükler, ilgili alanı “hakların ihlal edilmesini önleyecek şekilde” düzenlemek, hakların ihlaline karşı hukuk yolları öngörmek, yine de ihlal edilmesi halinde bozulan haklar ve yararlar dengesini mahkemeler vasıtasıyla yeniden tesis etmek şeklinde tezahür etmektedir. Devletin pozitif yükümlülükleri açısından bakıldığında yatay etkinin, devlete “hak çatışmalarını adil bir şekilde dengeleme”

95 Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 45 vd.

96 Karş. Kaya. S. (2023). s. 200 vd.

yükümlülüğü de dâhil daha geniş bir yükümlülük yüklediği anlaşılmaktadır⁹⁷. Bu açıdan hak çatışmaları ve çatışmaların dengeleme yöntemiyle çözülmesi “yatay etkinin bir parçasıdır”. Kısacası, hak çatışmalarının bulunduğu her durumda yatay etki de söz konusu olabilir iken, yatay etkinin var olduğu her durumda somut bir hak çatışması var olmayabilir.

Mahkeme bu kararında, yatay etkide hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanma ve kişiler arasındaki uyuşmazlığı çözüme yöntemlerinden birinin “çatışan hakların dengelenmesi” olduğunu da kabul etmiştir. Çatışan hakların dengelenmesi esnasında hangi unsurların ağırlığa etki edeceğine dair de Mahkeme bazı değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Derece mahkemeleri tarafından tarafların çıkarları dengelenirken ve müdahalenin ölçülülüğü irdelenirken iş sözleşmelerinde kısıtlayıcı ve zorlayıcı düzenlemelerin ne şekilde belirlendiği, tarafların bu düzenlemeler hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği, çalışanların temel haklarına yönelik müdahalede bulunulmasına neden olan meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı, başvuruya konu olayda olduğu gibi sözleşmenin feshinin çalışanların eylem ya da eylemsizlikleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığı somut olayın koşullarına göre ele alınmalıdır....*”⁹⁸ Ayrıca, “*çalışma düzeninin gerçekleşebilmesi için çalışanları... kısıtlayıcı ve belirlenen özel kurallara uyulmasını zorlayıcı nitelikteki hususların çalışanların temel haklarının özünü zedeleyici nitelikte olmaması*”⁹⁹ da Mahkeme tarafından bir dengeleme unsuru/kriteri olarak belirtilmiştir. Benzer şekilde, ifade hürriyeti ile özel hayata saygı hakkının çatıştığı durumlarda Mahkeme, dengeleme kriterlerini daha somut bir şekilde belirlemiştir ve uygulamaktadır¹⁰⁰.

97 Bkz. yatay etki bağlamında devlete verilen yükümlülük türleri için Sunay, R. (2015). “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1., s. 31 vd.; Kaya. S. (2023). “İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı”, *Anayasa Yargısı*, C. 40, S. 2, s.173).

98 Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 45 vd.

99 Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 54.

100 Kemal Gözler, § 48 vd.; Koray Çalışkan, § 40 vd.; Turgut Altınok, § 24 vd.

Hak çatışmalarının çözümünde dengeleme yönteminin uygulanacağını kabul eden Mahkeme, bu yetkinin kimde olduğunu da kendisi belirtmiştir: “Çatışan çıkarların belirlenmesi, doğru dengenin kurulması ve müdahalelerin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığının tespiti öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa’ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin tarafların sınırlanan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin hukukiliğini yorumlayıp uygularken Anayasa’nın 20. ve 22. maddesindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir”¹⁰¹. Bu alıntıya yakından bakıldığında, Mahkemenin çatışan hakların dengelenmesi ile ölçülülüğü ayırmaya çalıştığı gibi bir intiba uyanmaktadır. Zira işçi ile işverenin çatışan hakları dengeleirken işverenlerin geniş manada menfaati ile işçinin hakkı çatışmasının ölçülülük ilkesiyle çözülmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Fakat Mahkemenin dengelemeyi ölçülülüğün oranlılık ilkesi yerine kullandığı, bu anlamda ölçülülüğün bir parçası olarak gördüğü kararları da bulunmaktadır.

Hakların yatay ilişkilere uygulanması (etkisi) ve hakların çatışmasının dengelenmesinde hangi makamların yetkili olduğu hususuna gelince, AYM’nin yukarıdaki kararından bu konuda öncelikle derece mahkemelerine yükümlülük verildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de olaya yakın makamların öncelikle çatışan hakları dengeleme yükümlülüğü bulunması yerindedir. Hakkı ihlal eden özel kişi ve şirket aleyhine doğrudan ihlal kararı verilememesi yani “tam yatay etkinin” mümkün olmaması, yerel mahkemelerin olayın taraflarına ve delillerine daha yakın olması, her ihlal iddiasının bulunduğu

101 Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 55 vd.

veya yatay etkinin uygulanabileceği çatışmanın/uyuşmazlığın AYM'ye intikal etmesinin ikincillik ve iş yoğunluğu açısından doğru olmaması şeklindeki argümanlar da bu görüşü desteklemektedir.

Peki yerel mahkemeler bunu nasıl yerine getirecektir? Kanaatimizce diğer bazı başlıklarda ifade ettiğimiz gibi kanuni bir düzenleme olmadığı sürece ihlal kararlarının objektif etkisi (emsal bağlayıcılığı) olamayacağı için Mahkemenin konuyla ilgili önceki kararlarının gerekçeleri, önündeki benzer uyuşmazlıkta bağlayıcı değildir. O nedenle hâkim, Mahkemenin gerekçelerinin yol göstericiliğini kullanarak anayasal hakları AYM'nin standartları doğrultusunda yorumlamalı ve dolaylı yatay etkiyi sağlamalıdır.

Bir an için, bu kararda işçilerin iş sözleşmesine son veren işveren şirket aleyhine ihlal kararı verildiğini yani “tam yatay etkiyi” kabul edelim. Bu varsayımda, işveren şirket tazminatı ödeme veya işe geri alma gibi yöntemlerle ihlali gidermek zorundadır. Fakat gidermediğinde, yine onu zorlayacak veya AYM'nin kararını yerine getirmesini sağlayacak bir devlet otoritesine ihtiyaç duyulur. O nedenle hak çatışmalarını dengeleme veya hakları yatay ilişkilere uygulama işinin her zaman AYM'ce “ihlal kararı yoluyla” gerçekleştirilmesi amaca uygun ve makul değildir. Elbette, ideal olan şirketin işçilerinin haklarını ihlal etmemesidir. Fakat bu ideal gerçek dünyada mümkün değil. Sonuç olarak şimdilik “tam yatay etki” çok mümkün görünmemekte ve derece mahkemelerine böyle bir yükümlülük vermek gerekmektedir. Türk hukuk sisteminde yerel mahkemeler, çatışan hakları dengeleme ve özel hukuk ilişkilerine haklara dair kriterleri uygulama gibi bir yöntem yabancıdır. Daha ziyade yukarıda da açıkladığımız gibi, temyiz mahkemelerinin içtihatları doğrultusunda kural tabanlı ve kategorik bir yöntem takip edilir. Çoğu zaman eğer ilgili kanunlar emredici hüküm olarak düzenlenememişse dolaylı yatay etkiye bile yer verilmez. Kuralı ihmal veya ihlal etmeyi ge-

rektiren “doğrudan yatay etki” ise ufukta hiç görünmemektedir. Zaten ilk derece mahkemelerinin “doğrudan etkiye” teşebbüs etmesi de temyiz mahkemesinin veya AYM’nin bir kararı olmaksızın doğru değildir. Keza AYM’nin bile açık hukuk kuralını ihlal veya ihmal ederek başvuruçunun hakkının üzerine dengesiz ve ölçüsüz bir yük yüklendiği gerekçesiyle ihlal kararı vermesi (doğrudan yatay etki) çok çok istisnai ve eleştiriye açık bir usuldür.

AYM ve AİHM hem hakların yatay ilişkilere etkisini veya çatışan hakların dengelenmesini talep eder hem de kanunilik/hukukilik denetimi kapsamında ilgili kanunun varlığı ve nitelikleri (belirliliği, öngörülebilirliği, istikrarlılığı vs.) açısından denetim yaparsa ilginç bir dilemma ortaya çıkmaktadır. Zira eğer haklara yapılan müdahale kanuna dayanıyor ve ilgili kanun belirtilen nitelikleri taşıyorsa çoğunlukla, ortada bir konuyu tanzim eden açık bir düzenleme var demektir. Ayrıca çatışan hakların dengelenmesi veya hakların yatay etki göstermesi için derece mahkemesinin “dengeleme unsurlarını ve kriterlerini” tespit ederek içeriksel bir tartım yapması ve adil dengeyi bulması, açık kanuni düzenleme ile çelişebilir durumda olduğunda¹⁰² (doğrudan yatay etki) hukuki güvenliğe aykırı görülmektedir.

Temel hakların doğrudan yatay etkisinin yani özel hukuk ilişkilerine kanuna rağmen uygulanmasına başka bir örnek vererek konuyla ilgili ortaya çıkabilecek sorunları tartışmak ve bu başlığı sonlandırmak istiyoruz. Örnek olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na geçici madde ile eklenen “kira artış miktarının bir önceki yılın kira bedelinin %25’ini geçmeyeceği” hükmünü ele alabiliriz. Bu hüküm özel kişiler arasında yapılacak kira sözleşmeleri ile kira artışlarına dair azami sınır getirmektedir. AYM tarafından norm denetimi ve bireysel başvuru yolunda incelendiğini düşünelim. Meşru

102 Bkz. benzer yönde AİHM’in *von Hannover* kararının incelenmesi için Christoffersen, J. (2007). s. 45.

amaç (enflasyon nedeniyle ekonomik kamu düzeni) ve kanunilik kriterine aykırı görülmeyen bu düzenlemenin ölçülülük açısından yeniden değerlendirme oranı (2022 yeniden değerlendirme oranı %122,93) ile TÜİK enflasyon oranı (2022 tüketici fiyat endeksi %64,77) arasındaki farka bakıldığında ilk bakışta hakka ölçüsüz bir müdahale olduğu görülmektedir. Bu tabloyu konumuz açısından irdelediğimizde, ortada bir kiracı ile kiralayanın mülkiyet haklarının çatıştığı ve öncelikle kanun koyucu tarafından bu çatışmanın soyut olarak dengelenmeye çalışıldığı görülmektedir. Fakat kanun koyucunun yaptığı bu dengelemenin AYM'nin bireysel başvuru veya norm denetiminde takip ettiği “ölçülülük” kriteri açısından çatışan haklar arasında adil dengeyi tutturamadığı aşikârdır. Bir ilk derece mahkemesi, kiralayanın %30 oranında yaptığı kira artışına karşı kiracı tarafından açılan davada, 6098 sayılı TBK'nın ilgili hükmüne aykırı olduğu için “fazla miktar yönünden” artış anlaşmasının geçersizliğine mi hükmedecek yoksa temel hakların yatay etkisini uygulayarak (burada doğrudan yatay etki) veya çatışan haklar arasında adil denge kurma yükümlülüğünü yerine getirerek kanuna aykırı da olsa enflasyon oranı ile yeniden değerlendirme oranlarına kıyasla ilgili artışın yerinde ve adil olduğuna mı karar verecektir?¹⁰³ AYM yerine yerel mahkemenin bu konuda yetkili olduğunun kabul edilmesi hâlinde ortaya çıkabilecek sorunlar şu başlıklar altında tartışılabilir: 1. Hukuki güvenlik açısından açık bir kanun hükmünün ihmal edilmesi, 2. Kuvvetler ayrılığı bağlamında yasa koyma yetkisi, 3. İlk derece mahkemesinin çatışan haklar arasında dengenin varlığını tespit ederken takip ettiği kriterleri nereden bulduğu, 4. Temel hakların yatay etkisi veya hakların çatışması bağlamında “AYM kararlarının objektif etkisi”.

103 Konuyla ilgili AYM'nin muhtemel kararına yönelik spekülâtif detaylı inceleme için bkz. Demir, S. H. (2004). “Konut Kira Bedeli Artışında Belirlenen Yasal Üst Sınırın Anayasal Hak ve İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 73., S. 1., s. 633 vd.

1. *Hukuki güvenlik açısından açık bir kanun hükmünün ihmal edilmesi*: Bilindiği gibi özel hukuk alanında mahkemelerin önündeki uyuşmazlıkta nasıl hareket edeceği noktasındaki temel hüküm Türk Medeni Kanunu’nun birinci maddesidir. Buna göre “Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır”. Söz konusu hüküm incelendiğinde öncelikle kanun hükmünün, bu yoksa örf âdet hukukunun veya kural yaratma yolunun takip edilebileceği söylenebilir. TMK’nın birinci maddesinin yukarıdaki hükmünün dışında, hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi de bireylere uygulanacak olan kanun ve kuralların herkese yönelik, kural olarak geleceğe etkili, belirli, istikrarlı ve öngörülebilir olmasını gerekli kılar. Yani hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak olan kurallar önceden herkese yönelik bir şekilde ilan edilir, açık ve anlaşılır olur, öngörüle-meyecek derecede çok sık değiştirilmez ve geçmişe yürümez. Eğer kural uyuşmazlık vaki olduktan sonra konulmuşsa geleceğe etkili olarak uygulanır. İlk derece mahkemesinin yukarıdaki olaydaki hareket tarzı, kural olarak hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz¹⁰⁴. Öncelikle uyuşmazlık vaki olmadan

104 Karş. haklar ve menfaatler çatışmasının dengelenmesi yönteminin hukuki güvenlik açısından eleştirisi için Varuhas, J. (2016). *Damages and Human Rights*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, s. 405. Özellikle insan haklarına dair zararlara yönelik tazminde yargıçların geniş taktir yetkisinin varlığı bu gibi eleştirilerin temel nedeni olmaktadır. Çatışan hak ve yararların dengelenmesinde hangi faktörlerin etkili olacağını önceden bilmek mümkün olmadığı için hakime verilen bu taktir yetkisi öngörülemezlik doğurmaktadır (Varuhas, J. (2016). s. 405; Krş. yatay etki ile Trstenjak, V. (2016). s. 8; Oliver D./Fedtke J. (2007). s. 17-18). Konuya aile ve iş hukukunda sözleşme hürriyetinin sınırları açısından yaklaşan bazı yazarlar, sözleşmelerin, temel hakların etkisi kapsamında hâkimler tarafından değişikliğe uğratılmasının öngörülemez ve bu nedenel hukuki güvenliğe aykırı bulmuşlardır (Perfumi, C./Mak, C. (2010). “The Impact of Fundamental Rights on the Content of Contracts: Determining Limits to Freedom of Contract in Familiy and Employment Relations”,

çıkarılan kanun yerine hâkimin kendi tespit ettiği ölçütler sonradan devreye girmektedir. İlgili ölçütler önceden AYM tarafından oluşturulmuş olsa bile kanun uygulanmadığı için somut olay açısından öngörülemez bir durum ortaya çıkmaktadır.

2. *Kuvvetler ayrılığı bağlamında yasa koyma yetkisi:* Demokrasilerde kural koyucu halkın temsilcilerinden oluşan parlamentolardır. Ana kural bu olmakla birlikte, hâkimin kimi zaman kural koyuculuk yaptığı durumlar vardır. Sınırlı bir şekilde kabul edilen bu yetki, hukuk boşluğunun varlığı hâlinde ortaya çıkmaktadır. Özetle parlamentolar kural koyar, idare ve yargıçlar uygularlar. Kimi zaman kural içi boşluklar ve genel hükümlerle somut olayda adaletin sağlanması için hâkimlere yaratıcı yorumlar yapma yetkisi de verilir. Yukarıdaki örnek olay açısından bakıldığında, yasama organı tarafından 6098 sayılı TBK'ya eklenen bir hüküm vardır ve uyuşmazlıkta uygulanması gereken ana kuraldır. Hâkim bu kuralı ihmal ederek menfaatleri çatışan taraflar arasında adil dengeyi kurmak için kendi ölçütlerini, anayasal hakların yatay etkisi adı altında AYM'nin dengeleme kriterlerini somut olaya uygularsa kural koyucu yerine geçmiş olur¹⁰⁵.

3. *İlk derece mahkemesinin çatışan haklar arasında dengenin varlığını tespit ederken takip ettiği kriterleri nereden bulduğu:* İlk derece mahkemesi hâkimi yukarıdaki kira uyuşmazlığına dair yargılamayı yaparken sözleşmenin %25'lik sınırı aşan kısmını kanuna uygun bir şekilde geçersiz kılmak yerine uygulayacağı dengeleme kriterlerini nasıl tespit edeceği sorusu önemlidir. Birincisi, hakların yatay etkisi bağlamında doğrudan Anayasa'nın haklara ve hakların sınırlandırılmasına dair kriterle-

in. *Fundamental Right and Private Law in the European Union: Comparative Analyses of Selected Case Patterns* (Editors: Aurelia Colombi Ciacchi/Gert Brüggemeier/Giovanni Commandé), Vol. II, Cambridge: Cambridge University Press, s. 73).

105 Bkz. doğrudan yatay etkiye yönelik benzer eleştiri için Boyar, O. (2013). s. 57.

rini uygulayabilir. Anayasa'daki haklar dâhil bütün ilkeler soyut ve içeriği mahkemeler veya öğreti tarafından doldurabilir, içi boş hükümlerdir. Öyle ki bir ilke veya hakla ilgili onlarca eser yazılabilmektedir. Bu nedenle ilk derece mahkemesince somut bir kanun hükmünün uygulanması yerine anayasal soyut ve genel ilkelerin seçilmesi Kıta Avrupası hukuk sistemine pek uygun değildir. Nitekim uygulamada da bölge ve temyiz mahkemelerince makbul görülen bir yöntem değildir. İkincisi, AYM'nin daha önce çeşitli bireysel başvurularda oluşturduğu dengeleme kriterlerinin "objektif etkisinin varlığını kabul ederek" önündeki olaya uygulayabilir. Bu ikincisi alt başlıkta incelenecektir.

4. *Temel hakların yatay etkisi veya hakların çatışması bağlamında "AYM kararlarının objektif etkisi"*: AYM kararlarının objektif etkisi, ancak bu kararların gerekçelerinin bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi hâlinde mümkündür¹⁰⁶. Kanaatimizce

106 Örneğin bir kararda AYM, Hizb-ut Tahrir adlı örgütlenmenin, bir silahlı örgüt veya terör örgütü olup olmadığının delilleriyle birlikte, açık, anlaşılır, ilgili ve yeterli gerekçelerle derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından değerlendirilmediği için, başvurucunun Hizb-ut Tahrir'in "silahlı suç örgütü veya terör örgütü" olmadığına dair iddialarına cevap verilmediği ve "gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği" sonucuna varmıştır (Yılmaz Çelik, B. No: 2014/13117, 19/7/2018, § 48 vd.). Bu karar sonrasında, İbrahim Er ve başka bazı kişiler, söz konusu kararı ve gerekçesini delil göstererek, Bursa Ağır Ceza Mahkemesinden haklarında verilmiş olan kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının kaldırılmasını ve yargılamanın yenilenmesini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme ise Yılmaz Çelik kararının yargılamanın yenilenmesi açısından "yeni olay" niteliğini haiz olmadığına karar vererek talebi reddetmiştir. Talebin reddi üzerine İbrahim Er ve diğer bazı mahkumlar AYM'ye haklarının ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuşlardır. AYM çoğunluğu, Yılmaz Çelik kararının objektif etkisi gereğince ilgili karardaki gerekçelerin Bursa Ağır Ceza Mahkemesince de uygulanarak "kesin hükmün kaldırılması ve benzer nitelikteki ihlalin giderilmesi" gerektiği sonucuna varmış ve tekrar ihlal kararı vermiştir (İbrahim Er ve diğerleri, B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 41 vd.). Mahkeme çoğunluğu gerekçesinde, AYM'nin ihlal kararlarının bir subjektif bir de objektif olmak üzere iki türlü işlevinin olduğunu, subjektif işlevin bir somut başvurudaki ihlalin giderilmesi, objektif işlevinin ise temel hak ve hürriyetlere dair anayasa hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmek olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla objektif işlevin, daha önce verilmiş kararlara benzer uyuşmazlıklarda, kararın gerekçesinin bağlayıcılığını da içeren bir objektif etkiyi gerektirdiğini savunmuşlardır. Muhalif üyeler

bireysel başvuru ve norm denetimi yolunda verilen kararların gerekçeleri, Mahkemenin kendisi de dâhil hiçbir kurum ve mahkeme açısından bağlayıcı değildir. Bu görüşümüzün birçok gerekçesi bulunmaktadır. Ama en temelde, yol gösterici ve açıklayıcı bir görevi olan gerekçeler, ancak hüküm kısmında verilen kararın argümantasyon yöntemi açısından temellendirilmesine yarar. Alt mahkeme ve makamların kendi görüş ve gerekçeleri olabilir. Ayrıca mahkemenin gerekçesi çok uzun, anlaşılabilir ve yetersiz olabilmektedir. Hangi kısmının “*obiter dictum*” ve “*ratio decidendi*” olacağı¹⁰⁷ ve objektif etki doğuracağı belirsiz olabilmektedir. Türkiye’de kimi zaman hüküm kısmının bile bağlayıcılığının göz ardı edildiği durumlara rastlanmaktadır. Fakat 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’a özel hüküm koyularak AYM’nin kararın gerekçesindeki hangi kısım ve ilkelerin objektif etki doğuracağını hüküm kısmında belirtme yetkisi verilebilirse o zaman bizim hukuk sistemimize yabancı böyle bir durumun hukuki temeli sağlanmış olur. Yukarıdaki örnek olay açısından konuya yaklaştığımızda derece mahkemesi, eğer AYM’nin geçmişte karara bağladığı bireysel başvurularda önündeki uyuşmazlıkla aynı veya benzer bir hak ihlali iddiasını tespit eder ve buradaki kriterleri

ise ihlal kararlarını objektif etkisinin var olduğunu fakat kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidebilmek için değil “görülmede olan” davalar açısından mümkün olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kanaatimizce, kararların objektif etkisi savunulacaksa da, muhalif üyelerin haklı olarak belirttiği gibi kesinleşmiş kararlar için değil devam etmekte olan yargılamalar için kabul edilmelidir (*İbrahim Er ve diğerleri*, § 41 vd., Karşı oy gerekçesi, § 3 vd.).

107 Anglo-Amerikan hukukunda “*ratio decidendi*” kararın belkemiğini oluşturan asıl gerekçe kısmıdır ve bağlayıcıdır. “*Obiter dicta*” ise hakimın çıkarımları veya yorumlarından oluşan tali kısımlardır ve yol gösterici mahiyettedir (Vong D. (1984-85). “Binding Precedent and English Judicial Law-Making”, *Jura Falconis*, C. 21, S. 3, s. 323; Re, E. D. (1975). “Stare Decisis”, *Education and Training Series* (Mayıs 13-16), Federal Judicial Center, s. 6). Öğretide AYM’nin gerekçelerinin bağlayıcılığı noktasında iki uç görüşün ortasında karar gerekçelerinin sadece “*ratio decidendi*” kısmının bağlayıcı olduğu görüşünü savunanlar da bulunmaktadır (bkz. Orcan, N. U. (2020). s. 489 vd). Yine de gerekçenin bu kısmının neresi olduğunun tespiti sorunu vardır.

doğrudan önündeki olaya uygularsa hem yatay etki hem de objektif etki ortaya çıkar. Fakat yukarıda dört başlık altında ele aldığımız gibi, hakkında doğrudan açık bir kanuni düzenleme bulunan hususta yatay etki (doğrudan) isabetli olmayacağı gibi¹⁰⁸ AYM'nin ihlal kararlarının objektif etkisinin şu an için mevzuatımızda dayanağı da bulunmamaktadır.

SONUÇ

Hakların yatay etkisinin veya çatışan hakların dengelenmesi söyleminin bireysel başvuru yolu nedeniyle bu kadar yükseldiği bir döneme rağmen ülkemizde ve birçok yerde hakları asıl ihlal eden özel kişi aleyhine doğrudan ihlal kararı verilememektedir. Diğer bir deyişle tam yatay etki değil eksik yatay etki söz konusudur. Devlete her alanda hak çatışmalarını veya hak-menfaat çatışmalarını çözme şeklinde pozitif yükümlülükler yüklenmektedir. Sadece bireysel başvuruda değil temel hakları düzenleyen özel hukuk veya kamu hukuku alanındaki yasalar norm denetimine tabi tutulduğunda ilgili kanuni düzenlemenin haklara yaptığı müdahalenin dengeli olup olmadığı da inceleme konusu olmaktadır. Bu durumda norm denetimi içerisinde soyut olarak çatışan veya çatışma ihtimali olan özel veya kamusal hukukla ilgili haklar arasında bir denge olup olmadığı da denetlenmiş olmaktadır. Fakat yine de norm denetimi veya diğer yargılamalar bireysel başvuru kadar hak eksenli bir bakış ve koruma sağlamayabilir. Örnek olarak AYM'nin ilk derece mahkemesi olduğu bir siyasi parti kapatma davasında önündeki anayasal ve yasal hükümler ile deliller kapsamında kapatma veya devlet yardımından

108 Benzer bir görüşün çatışan hak ve yararların dengelenmesinde daha önce bir yargıç tarafından takip edilen kriterlerin “bir takdir yetkisinin icrası mahiyetinde olması nedeniyle” sonraki yargıçlar açısından bağlayıcı olmadığı noktasında İngiltere’deki *Jaggard v. Sawyer* kararındaki görüş için Varuhas, J. (2016). s. 405. Elbette böyle önceden sabitlenemeyen faktörlere bağlı bir dengeleme aynı zamanda mahkeme kararlarında istikrarsızlığa da yol açabilir (Varuhas, J. (2016). s. 406). Bkz. ayrıca *Jaggard v. Sawyer* kararındaki görüşün ayrıntısı için <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b160d03e7f57eb147d>, ET: 10/2/2024.

yoksun bırakma kararı verdiğini varsayalım. Bu kararın tarafı olan partinin sonrasında AYM'ye siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvurması durumunda Mahkeme; kanunilik, meşru amaç, ölçülülük ve demokratik toplum düzeninde gereklilik kriterlerini uygulayarak farklı bir sonuca yani ihlalin varlığı sonucuna ulaşabilir mi? Eğer öyleyse AYM'nin parti kapatma yargılaması sırasında yasal hükümleri hak temelli uygulamadığı, anayasal hakların dikey etkisini nazara almadığı için bireysel başvuru ile aynı sonuca varmadığı iddiasında bulunabiliriz.

Hakların çatışması ile yatay etkisi söyleminin ne gibi bir faydası olacaktır? Yani özel hukuktaki uyuşmazlıklara veya hak çatışmalarının çözümüne anayasal haklara dair kriterlerin uygulanması, özel hukuk alanını düzenleyen kanunların uygulanmasıyla elde edilen adaletten daha üst düzey bir adalet ve anayasallık mı oluşacaktır? Öncelikle bir mahkemenin veya özellikle AYM'nin kanunilik/hukukilik denetimi içerisinde yaptığı denetim genelde ilgili alanı düzenleyen kanunun varlığı ve niteliği ile ilgilidir. Meşru amacın varlığı kriterinde biraz daha çatışan yararları dengelemeye giriş yapmakta ve özellikle ölçülülük ilkesi ile bu ölçütün alt ilkeleri vasıtasıyla çatışan hak ve menfaatlerin arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını araştırmaktadır. Keza bireysel başvuru yolunun temel mantığı, kanunilik denetiminin ötesinde çatışan yararların ve hakların dengelenmesini denetlemenin daha iyi bir hukuki ve anayasal adalet sunduğu varsayımına dayanır. Sonuç olarak kanaatimizce hakların öneminin ve uygulamada görünürlüğünün artması açısından sadece özel hukuk kurallarının uygulanmasıyla uyuşmazlığın çözülmesi yerine hakların çatışması ve yatay etkisinin de nazara alındığı bir yöntem takip edilmelidir.

Hakların yatay etkisi doğrudan ve dolaylı yatay etki olarak ikiye ayrılmaktadır. Yatay etki, haklara dair standartların özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara kurallar vasıtasıyla “dolaylı

olarak” veya kural yokluğunda ve kurallara rağmen “doğrudan” uygulanabilmesidir. Dünyada dolaylı yatay etki yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Doğrudan yatay etki ise hukuki güvenlik ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkelerle uyuşmadığı için daha istisnai durumlarda uygulama alanı bulmaktadır.

Hakların çatışması ile hakların yatay etkisinin ilişkisine baktığımızda bu iki kavramın bütünüyle birbirinin aynısı olmadığı fakat birçok ortak yanının olduğu göze çarpmaktadır. Hakların çatışması, belirli veya belirlenebilir sayıda kişinin haklarının uyumsuzluk içinde olmasıdır. O açıdan ister kamu hukuku isterse özel hukuk alanında olsun, böyle bir durum varsa hakların çatışması söz konusudur. Yatay etki bağlamında devlete temel hakların korunması için birçok pozitif yükümlülük yüklenmektedir. Bunlardan bir tanesi de “hak çatışmalarının dengelenmesi”dir. Özetle yatay etki, hakların çatışmasına göre daha geniş bir kavramdır. Hak çatışmalarının bulunduğu her durumda yatay etki ortaya çıkabilir iken yatay etkinin bulunduğu her durumda hak çatışmaları söz konusu olmayabilir. İki kavramın ilişkisi bağlamında son olarak şunu da belirtmek istiyoruz: Yatay etki doktrini hak çatışmalarının hangi yöntemlerle çözüleceğine dair somut ve öngörülebilir çözümler üretmemiştir ve yatay etki kavramı biraz da sınırları belirsiz bir kavramdır. Bu nedenle AYM gibi mahkemelerin yatay etki yerine hak çatışmaları kavramını kullanması, bu çatışmaların yaygın çözüm yöntemi olan “dengeleme yöntemi” takip etmesi ve somutlaştırması daha doğru olacaktır.

İçeride ele aldığımız diğer bazı hususları, şu sorulara verdiğimiz cevaplarla burada da özetlemek istiyoruz: Temel haklar, Anayasa’da düzenlendiği için bütün yargısal ve idari makamlar açısından bağlayıcı ve dolayısıyla önlerindeki uyuşmazlıklarda uygulanma zorunluluğu taşır mı? Diğer bir deyişle hakların yatay etkisi zorunlu mu yoksa ilgili mercinin takdirine mi kalmıştır? Bu soru kapsamında karşımıza üç tane alternatif çıkmaktadır: 1) Hakların Anayasa hükmü olarak doğrudan uygulanması, 2) AYM’nin bir başvuruda verdi-

ği ihlal kararının yerine getirilmesi için uygulanması, 3) Daha önce AYM'nin benzer konuda verdiği ihlal kararının objektif etkisi nedeniyle uygulanması.

1. *Hakların anayasa hükmü olarak doğrudan uygulanması*: Bu seçenek içerisinde de çeşitli ihtimaller ortaya çıkmaktadır. Birincisi, ortada konuya ilişkin açık ve kesin bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı durumlardır. Bu durumda hem doğrudan hem de dolaylı yatay etki ortaya çıkabilmektedir. Zira kanun hükmü genel ve yoruma tabi olduğu için dolaylı olarak haklar bunun içerisine dâhil edilebilir. Kanun hükmü hiç bulunmuyorsa Anayasa hükmünün doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olması ve kanunilik vasfını taşıması gerekmektedir. Bu durumda, haklara dair Anayasa hükmü bireyin davranışına tek başına uygulanarak sonucuna varılır ki burada doğrudan etki ortaya çıkar.

İkincisi, ortada konuya dair açık bir kanuni düzenleme bulunmaktadır. Bu durumda ilgili kanuni düzenlemeye aykırı olacak şekilde anayasal haklar uygulanarak sonuca varılırsa yine doğrudan etki söz konusudur. Böyle bir uygulamanın mahzurları çeşitli yerlerde açıklanmıştır.

2. *AYM'nin bir başvuruda verdiği ihlal kararının yerine getirilmesi için uygulanması*: Bu seçenekte somut bir uyuşmazlık kapsamında olağan kanun yolları tüketildikten sonra AYM'ye bireysel başvuru yapılmaktadır. Bu kapsamda Mahkeme, devletin çatışan haklar arasında adil denge kurmaması nedeniyle ihlal kararı vermekte ve ihlalin giderilmesi için ilgili mahkemeye kararın bir örneğini göndermektedir. Derece mahkemesi ihlali gidermek için, çatışan haklar arasında adil dengeyi kuracak biçimde hareket etmelidir. Çoğunlukla böyle bir hareket tarzı hakların dolaylı yatay etkisi niteliğindedir. Eğer AYM, ihlalin giderilmesi için açık bir kanuni düzenlemenin ihmal edilmesini de gerekçesinde belirtmişse doğrudan etki kapsamında anayasal hakları uygulayıp sonuca varmalı ve ihlali gidermelidir.

3. Son ihtimalde ise, daha önce AYM'nin benzer konuda verdiği ihlal kararının objektif etkisi nedeniyle hakların uygulanması söz konusudur. Bu ihtimal kanuni dayanak olmadığı için tarafımızca uygun görülmesi de AYM tarafından kabul edilmektedir. Mahkemenin daha önce somut bir uyuşmazlık kapsamında bir kişinin hakkı ile bir başkasının hakkı arasındaki çatışmanın devlet organlarınca adil bir denge kurularak çözüme kavuşturulmadığı için verdiği ihlal kararının gerekçesi benzer bir uyuşmazlıkta derece mahkemeleri tarafından "bağlayıcı bir şekilde (*stare decisis*)" uygulanmaktadır. Gerekçede yer alan haklar, haklarla ilgili tespit edilen anayasal ölçütler ve hatta mahkemenin konuya dair yorumları, derece mahkemesince resen veya tarafların ileri sürmesi sonucunda dikkate alınarak önündeki olayda adil bir denge kurmak amacıyla kanuna rağmen veya kanunun yorumu vasıtasıyla uygulanmaktadır.

KAYNAKLAR

- ADDON, Michael K. ve GRIEF, Nicholas (1998). "Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?", *European Journal of International Law*, Vol. 9.
- AELBRECHT, Stefan (2016). *Genuine Conflicts of Fundamental Rights: Deconstructing the European Court of Human Rights Approach to the Perceived Conflict between Freedom of Expression and Freedom of Religions* (Supervisors: Stephanie Lagoutte/Eva Maria Lassen), University of Southern Denmark, Master Thesis.
- ALEXY, Robert (2010). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, Julian (Trans.), Oxford: Oxford University Press.
- AROSEMENA, Gustavo (2013). "Conflicts of Rights in International Human Rights: A Meta-Rule Analysis", *Global Constitutionalism*, Vol. 2., No. 1.
- BARAK, Aharon (1996). "Constitutional Human Rights and Private Law", *Review of Constitutional Studies*, Vol. III., No. 2.
- BARAK, Aharon (2012). *Proportionality: Constitutional Right and Their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BELLING, Detlev W. ve İNCE, Nurten (2014). "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12., S. 137.
- BOYAR, Oya (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, içinde İnceoğlu, Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* İstanbul: Beta Yayınları.
- BOYAR, Oya (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- BREMS, Eva (2008). Introduction, içinde Brems, Eva (Ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia.

- BREMS, Eva (2017). Evans v. UK: Three Grounds for Ruling Differently, içinde Smet, Stijn ve Brems, Eva (Ed.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony*, Oxford: Oxford University Press.
- BUSCH, Christoph (2011). The Impact of Fundamental Rights on Key Areas of Private Law, içinde Busch, Christoph ve Schulte-Nölke, Hans (Ed.), *EU Compendium: Fundamental Rights and Private Law A Practical Tool for Judges*, European Law Publishers.
- CAN, Osman (2018). “Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler”, *Anayasa Yargısı*, C. 35.
- CARLBERG, Mikaela (2015). *Conflicts between Fundamental Rights in Europe: A Case-Law Study of the CJEU and the ECtHR approach to Conflicts between Fundamental Rights in the light of Google Spain*, Lund University, Graduate Thesis (Supervisor: Xavier Groussot).
- CHEMERINSKY, Erwin (2015). *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer Law & Business.
- CHRISTOFFERSEN, Jonas (2007). Denmark: Drittwirkung and Conflicting Rights – Viewed from National and International Perspectives, içinde Oliver, Dawn ve Fedtke, Jörg (Ed.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, London-New York: Routledge-Cavendish.
- COHEN-ELIYA, Moshe ve PORAT, Iddo (2009). “The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law”, *San Diego Law Review*, Vol. 46., No. 2.
- CORRADETTI, Claudio (2009). *Relativism and Human Rights: A Theory of Pluralistic Universalism*, Springer.
- ÇAP, Güneş (2021). “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, C. 38., S. 2.

- DEMİR, Seher Hande (2024). “Konut Kira Bedeli Artışında Belirlenen Yasal Üst Sınırın Anayasal Hak ve İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 73., S. 1.
- DUCOULOMBIER, Peggy (2008). Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights: An Overview, içinde Brems, Eva (Ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia.
- DWORKIN, Ronald (1977-1978). *Taking Rights Seriously*, Harvard: Harvard University Press.
- EDWARDS, John (2006). “Rights: Foundations, Contents, Hierarchy”, *Res Publica*, Vol. 12.
- ENGLE, Eric (2009). “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, *Hanse Law Review*, Vol. 5., No. 2.
- ERDOĞAN, Mustafa (2016). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Yayınevi.
- EREN, Abdurrahman (2004). *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ERGÜL, Ozan (2013). Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine, içinde Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, Ankara.
- FARER, Tom (1992). “The Hierarchy of Human Rights”, *American University International Law Review*, Vol. 8., No. 1.
- FRIEDMANN, Daniel e BARAK-EREZ, Daphne (2001). Introduction, içinde Friedmann, Daniel ve Barak-Erez, Daphne (Ed.), *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing.
- GERARDS, Janneke (2020). “The Age of Balancing Revisited?”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 1.

- GÖREN, Zafer (2001). *Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, içinde Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- HAZAR, Zeynep (2021). *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Doktora Tezi (Danışman: Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu), Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi LEE.
- HEISSL, Gregor (2017). *Grundrechtskollisionen: am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet*, Verlag Österreich.
- HENKIN, Louis (1978). "Infallibility under Law: Constitutional Balancing", *Columbia Law Review*, Vol. 78., No. 5.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, Ankara: İmge Yayınları.
- KANADOĞLU, Korkut (2000). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: Beta Yayınları.
- KANETİ, Selim (1990). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53., S. 1-4.
- KAYA, Seyithan (2023). "İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı", *Anayasa Yargısı*, C. 40., S. 2.
- KÖKÜSARI, İsmail (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- LIBOREIRO, Andrea Rodríguez (2007). Spain: A Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights, içinde Oliver, Dawn ve Fedtke, Jörg (Ed.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, London-New York: Routledge-Cavendish.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2017). Fernández Martínez v. Spain: An Unclear Intersection of Rights, içinde Smet, Stijn ve Brems, Eva (Ed.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony*, Oxford: Oxford University Press.
- MILLER, David (1976). *Social Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- MULLINS, Robert (2020). "Moral Conflict and the Logic of Rights", *Philosophical Studies*, No. 177.
- OLIVER, Dawn ve FEDTKE, Jörg (2007). Human Rights and the Private Sphere – the Scope of the Project, içinde Oliver, Dawn ve Fedtke, Jörg (Ed.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, London-New York: Routledge-Cavendish.
- ORCAN, Necdet Umut (2020). "Yarış(a)mayan İlkeler: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Politik İfadeler Bağlamında Adil Denge Sorunu", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 9., S. 18.
- ÖZCAN, Hüseyin (2005). "Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei", *Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD*, C. IX., S. 3-4.
- PERDECIOĞLU, İsmail Emrah (2020). "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 43.
- PERFUMI, Chiara ve MAK, Chantal (2010). The Impact of Fundamental Rights on the Content of Contracts: Determining Limits to Freedom of Contract in Family and Employment Relations, içinde Colombi Ciacchi, Aurelia, Brüggemeier, Ger ve Commandé, Giovanni (Ed.), *Fundamental Right and Private Law in the European Union: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, Vol. II*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PRADUROYX, Sabrina (2013). *The Protection of Property Rights in Comparative Perspective: A Study on the Interaction between European Human Rights Law and Italian and French Property Law*, Groningen: Europa Law Publishing.

- PREDA, Adina (2015). "Are There Any Conflicts of Rights?", *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 18., No. 4.
- RE, Edward Domenic (1975). "Stare Decisis", *Education and Training Series*, Mayıs 13-16, Federal Judicial Center.
- SINNOT-ARMSTRONG, Walter (1996). Moral Dilemmas and Rights, içinde Mason, H. E. (Ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- SMET, Stijn (2013). "Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer", *Human Rights Law Review*, Vol. 13., No. 3.
- SMET, Stijn (2017). *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge.
- SUNAY, Reyhan (2015). "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23., S. 1.
- ŞİRİN, Tolga (2021). *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, İstanbul: Tekin Yayınevi.
- TANÖR, Bülent (2022). *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yayınevi.
- TEREYA, Koji (2001). "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 12., No. 5.
- TRSTENJAK, Verica (2016). General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, içinde Trstenjak, Verica ve Weingerl, Petra (Ed.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer.
- TURHAN, Mehmet (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 62., S. 3.
- TURHAN, Mehmet (2010). *Hakların Çatışması*, içinde Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara: Adalet Yayınları.

- ÜYE, Saim (2013). “Hukukun ve Ahlakın Sınırlarında: Yapışık İkizler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2.
- VARUHAS, Jason NE (2016). *Damages and Human Rights*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- VONG David (1984-85). “Binding Precedent and English Judicial Law-Making”, *Jura Falconis*, C. 21., S. 3.
- VURAL, Hasan (2014). “Anayasada Din Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 69, S. 2.
- WALDRON, Jeremy (1993). *Liberal Rights (Collected Papers 1981-1991)*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WICKS, Elizabeth (2010). *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford: Oxford University Press.
- YILDIZ, Abdulkadir (2015). *Uluslararası Standartlar Açısından Türk Anayasa Mahkemesinin Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Kararları*, Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Abdurrahman Eren), İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.
- YILMAZ-COŞKUN, Sibel (2023). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınları.
- ZUCCA, Lorenzo (2008). *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Oxford: Oxford University Press.
- ZUCCA, Lorenzo (2017). Law, Dilemmas, and Happy Endings, içinde Smet, Stijn ve Brems, Eva (Ed.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony*, Oxford: Oxford University Press.

