



**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF
YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

**OGÜN OKTAY
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz ARIKAN**

KIRIKKALE-2023



**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF
YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

**OGÜN OKTAY
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz ARIKAN**

KIRIKKALE-2023

KABUL ONAY SAYFASI

Ogün OKTAY tarafından hazırlanan MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ” adlı tez çalışması, aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Cengiz ARIKAN

Anabilim Dalı, Üniversite Adı

İmza.....

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Başkan: Unvanı Adı SOYADI

Anabilim Dalı, Üniversite Adı

İmza.....

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Üye: Unvanı Adı SOYADI

Anabilim Dalı, Üniversite Adı

İmza.....

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Tez Savunma Tarihi:/...../2023

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

.....

Unvanı Adı SOYADI

Naçizane bu tez, sayelerinde özgürce yaşayabildiğimiz ve çalışmalar yapabildiğimiz AZİZ ŞEHİTLERİMİZE ithaf edilmiştir.

ETİK BEYANI

Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ogün OKTAY

07/07/2023

ÖZET

MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kırıkkale Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Cengiz ARIKAN

Ağustos/2023, 226 sayfa

Bu çalışmanın amacı temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin incelenmesi ve devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin tespit edilmesidir. Çalışmamız genelden özele doğru bir yöntemle ilerleyecek, hak ve hürriyetlerden başlayarak mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri ile nihayete erecektir. Hak ve hürriyetlerin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere etki etmesi yatay etki olarak ifade edilmekte ve hakların devlet ile birey arasındaki ilişkilere uygulanmasına karşılık gelen dikey etkiden ayrılmaktadır. Bu etki çok çeşitli şekillerde meydana gelebilmekte, ülke uygulamaları bu hususta farklılıklar göstermektedir. Bu çalışmada da öncelikle yatay etkiye ilişkin çeşitli uygulamalar izah edilecek, ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasasının yatay etkisi araştırılacaktır. Devamında devletin, hakların gerçekten ve etkin biçimde güvence altına alınabilmesi için yerine getirmesi gereken aktif yükümlülükler odaklanılacaktır. Pozitif yükümlülükler olarak ifade edilen bu yükümlülükler, devletin hakların gerçekten korunması için yerine getirmesi gereken eylemlere karşılık gelmektedir. Bu bağlamda öncelikle pozitif yükümlülükler ile onun diğer yükümlülük tipleri arasındaki ilişki irdelenecek, ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasasının pozitif yükümlülüklerle ilişkilendirilen hususları aktarılacaktır. Devamında pozitif yükümlülükler hususundaki eleştiriler, yapılan diğer tasnifler ve bu yükümlülükler ulaşılırken kullanılan yorum metotları açıklanacaktır. Yatay etki ve pozitif yükümlülüklerin aktarılmasından sonra, devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları yardımıyla tespit edilecektir. Çalışmamız bu hususta devletin yükümlülüklerinin derlenmesi açısından yardımcı bir kaynak olmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Yatay Etki, Pozitif Yükümlülükler, Mülkiyet Hakkı, Mülkiyet Hakkı Bağlamında Pozitif Yükümlülükler.

ABSTRACT

POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE IN THE CONTEXT OF PROPERTY RIGHTS

Kırıkkale University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law, Master's Thesis

Supervisor: Dr. Cengiz ARIKAN

August/2023, 226 sayfa

The aim of this study is to examine the horizontal effect of fundamental rights and freedoms and to determine the positive obligations of the state in the context of property rights. The research will proceed with the method of general to specific, starting with rights and freedoms and ending with positive obligations of property right. The effect of rights and freedoms on the relations between private legal persons is expressed as horizontal effect and is separated from the vertical effect, which corresponds to the application of rights to the relations between the state and individuals. This effect can occur in many different ways and country practices differ in this regard. In this study, firstly, various practices related to the horizontal effect will be explained, then the horizontal effect of the European Convention on Human Rights and the 1982 Constitution of Turkey will be examined. Subsequently, the focus will be on the active obligations that the state must fulfill in order to actually and effectively secure rights. These obligations, expressed as positive obligations, correspond to the actions that the state must take in order to protect rights in practice. In this context, first of all, positive obligations and the relationship between this and other types of obligations will be examined, then the provisions of the European Convention on Human Rights and the 1982 Constitution related to positive obligations will be explained. Afterwards, criticisms of positive obligations, other classifications and interpretation methods used in reaching these obligations will be presented. After explaining the horizontal effect and positive obligations, the positive obligations of the state in the context of property rights will be determined through the case law of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court. Our study aims to be a helpful resource in terms of compiling the obligations of the state in this regard.

Keywords: Horizontal Effect, Positive Obligations, Property Rights, Positive Obligations in the Context of Property Rights.

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın hazırlanmasında tecrübesi, bilgisi ve anlayıőıyla daima yanımda olan danıőmanım Sayın Dr. Öğr. Üyesi Cengiz ARIKAN'a teőekkürü bir borç bilirim. Bununla birlikte kıymetli hocam Sayın Adnan Küçük'e de aktardığı bilgi ve tecrübeleri dolayısıyla teşekkür ederim. Yine bana zamanını ayırarak kıymetli bilgilerini benimle paylaşan Sayın Doç. Dr. Taylan Barın'a teşekkür etmek isterim...



İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
GİRİŞ	1
1. GENEL HUSUSLAR	6
1.1. İnsan Hakları ve Temel Haklar	6
1.2. Hukuk Devleti.....	7
1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	9
1.4. 1982 Anayasasında Genel Olarak İnsan Hakları	13
1.5. Anayasa ile Özel Hukuk Arasındaki İlişki	15
1.6. Hak ve Yükümlülüklerin Tasnifi	18
1.6.1. Hakların Tasnifi.....	19
1.6.2. Yükümlülüklerin Tasnifi	23
2. YATAY ETKİ	31
2.1. Doğrudan Yatay Etki	34
2.1.1. Doğrudan Yatay Etki Teorisine Dönük Eleştiriler	36
2.1.1.1. Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliğine Dönük Eleştiriler	36
2.1.1.2. Hakların Çatışması ve Bireyin Hakkının Sınırlandırılmasına Dönük Eleştiriler.....	39
2.1.1.3. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yapılan Eleştiriler	43
2.1.1.4. İrade Hürriyeti Bağlamında Yapılan Eleştiriler.....	44
2.2. Dolaylı Yatay Etki	46
2.2.1. Dolaylı Yatay Etkiye Dönük Eleştiriler	51
2.2.2. Doğrudan Yatay Etki ile Dolaylı Yatay Etki Arasındaki Farklar	52

2.3. Koruma Yükümlülüğü Teorisi.....	54
2.3.1. Koruma Yükümlülüğü Teorisi ile Dolaylı Yatay Etki Teorisi Arasındaki İlişki.....	57
2.3.2. Bir Yükümlülük Olarak ‘Koruma Yükümlülüğü’ ile Bir Teori Olarak ‘Koruma Yükümlülüğü’ Arasındaki İlişki	59
2.4. Devlet Eylemi ya da Yatay Etkisizlik Teorisi	60
2.5. Yatay Etkiye İlişkin Diğer Tasnifler.....	67
2.6. AİHS’te Yatay Etki.....	69
2.7. 1982 Anayasasında Yatay Etki	72
2.7.1. Anayasa Mahkemesine Göre Yatay Etki	77
3. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER.....	85
3.1. Pozitif ve Negatif Yükümlülükler Arasındaki İlişki.....	88
3.2. AİHS’te Pozitif Yükümlülükler.....	93
3.3. 1982 Anayasasında Pozitif Yükümlülükler	100
3.4. Maddi ve Usuli Pozitif Yükümlülükler	105
3.5. Pozitif Yükümlülüklere İlişkin Diğer Tasnifler.....	113
3.6. Pozitif Yükümlülüklere İlişkin Eleştiriler.....	118
3.7. Pozitif Yükümlülükler ve Yorum	120
3.7.1. Yaşayan Belge ve Dinamik Yorum.....	125
3.7.2. Konsensüs Metodu	131
3.7.3. Pozitif Yükümlülükler Bağlamında Yargısal Aktivizm.....	138
4. MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMÜ	142
4.1. AİHS’te Mülkiyet Hakkı	142
4.2. 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkı.....	146
4.3. Genel Olarak Mülkiyet Hakkının Pozitif Yükümlülükleri	149
4.4. Yargı Kararının Yerine Getirilmesine İlişkin Pozitif Yükümlülükler	152
4.4.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında	152

4.4.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında	158
4.5. Makul Sürede Yargılanma ve İcra Prosedüründe Yaşanabilen Gecikmelere Dair Yükümlülükler	160
4.6. Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	165
4.7. Devletin Yükümlülüklerine İlişkin Üç Aşamalı Test ve Yeterli Gerekçe ..	167
4.8. İddia ve Savunmalar Hakkında Özenli Bir İnceleme Yapılmasına İlişkin Yükümlülük	175
4.9. Bedelin Enflasyondan Arındırılmasına İlişkin Yükümlülük	177
4.10. Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Birlikte İhlal Edildiği Durumlarda Devletin Yükümlülüğü.....	180
4.11. Diğer Yükümlülükler	184
SONUÇ	189
KAYNAKLAR	198
ÖZGEÇMİŞ	214

GİRİŞ

1215 tarihli Magna Carta'dan beri devam eden anayasacılık hareketleri takip edildiğinde bunların temel olarak devleti ya da dönemin egemenini sınırlandırmayı hedefledikleri gözlemlenebilir. Bu durum dikey ilişki olarak adlandırdığımız devlet ile birey arasındaki ilişkilerde iktidarın gücünün bireylerin hak ve hürriyetleri lehine sınırlanması biçiminde tezahür etmiştir. Devam eden süreç içerisinde bireylerin hak ve hürriyetlerinden bir kısmı anayasalara, diğer bir ifade ile pozitif metinlere dahil olmuş, neticede bunlar iktidara müdahale etmeme ya da zarar vermeme biçimindeki sınırlamalar olarak karşımıza çıkmıştır. Bu hakların pozitif güvenceye kavuşması, onların temel hak ve hürriyetler olarak nitelendirilmesi ve devlet tarafından güvence altına alınmasına olanak tanımıştır.

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin en yaygın tasnif Jellinek tarafından geliştirilen 'statü hakları' tasnifidir. Buna göre kişilik hakları olarak da ifade edilen statü hakları devletin aktif müdahalesini ya da eylemini yasaklamakta, eylemsizliğini güvence altına almaktadır. Bunun karşısında yer alan ekonomik ve sosyal haklar olarak nitelendirilen pozitif statü hakları ise devletin pasif bir tutum takınmasından ziyade, aktif müdahale ya da eylemini güvence altına almaktadır. Ancak çalışmamızda da ifade edileceği üzere bu tasnif gerçek durumu yansıtmaktan oldukça uzaktır. Devletin yaşam hakkı gibi pek çok negatif statü hakkı karşısında ilgili hakkın gerçekten güvence altına alınması için etkin bir kolluk ve yargı sistemi kurmak gibi çeşitli aktif eylemleri gerekmektedir. Aynı zamanda yasal altyapının oluşturulması ve kişilerin ihlalden korunması ya da ihlal gerçekleşmiş ise durumun eski hale getirilmesi ve mağduriyetlerin giderilmesi ile adaletin sağlanması devletin yükümlülükleri arasındadır. Hal böyle olunca ilgili tasnif giderek terkedilmekte ve devletin yükümlülükleri üzerinde yapılan tasnifler kabul görmeye başlamaktadır. Buna göre hakların devlete baştan kategorik biçimde belli yükümlülükler yüklediği ön kabulünden ziyade, hemen her hakkın devlete somut olayın özelliklerine göre saygı gösterme, koruma ya da sağlama biçiminde çeşitli yükümlülükler yükleyebileceği fikri gerçek durumu yansıtmaya açısından daha başarılıdır.

Günümüzde bireyler pek çok alanda devletin eskiden yürüttüğü faaliyetleri devralmış vaziyettedir. Örneğin günümüzde kamu hizmetlerinden pek çoğu özel kişiler tarafından gerçekleştirilmekte, bireyler toplumsal ilişkilerde giderek daha fazla söz sahibi olmaktadır. Ayrıca özel hukuk gerçek kişileri ile birlikte özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu kapsamda ticaret şirketlerinin eriştiği mali ve politik güç, onların da tıpkı devletler gibi sınırlanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Peki anayasalarımızda mevcut olan hükümler bu sınırlamanın hayata geçirilmesine elverişli midir? Diğer bir ifade ile temelde dikey ilişkiyi düzenlemek için kabul ettiğimiz pozitif metinlerin ve bu kapsamda anayasal hak ve hürriyetlerin yatay ilişkilere uygulama kabiliyeti bulunmakta mıdır? Eğer bulunmakta ise, bu uygulama ne biçimde, hangi şekil ve koşullarda gerçekleşecektir? Çalışmamızın temelde cevaplamayı hedeflediği sorular bunlardır.

Yatay etki olarak ifade edilen temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisinin çeşitli ülkelerde farklı görünüşleri mevcuttur. Bunlardan ilki temel hakların tıpkı özel hukuk hükmüymüşçesine uygulanmasını ifade eden doğrudan etki teorisidir. İlgili teori uyarınca özel hukuk kişileri kendi aralarındaki uyuşmazlıklarda münhasıran bu haklara dayanabilmekte, davalı ya da davacı olabilmektedir. Ancak çalışmamızda ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere ilgili teoriye ilişkin çekinceler, dolaylı yatay etki olarak adlandırılan teorinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu teori uyarınca temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk hükümlerinin atlanması suretiyle münhasıran yatay ilişkilerde uygulanması söz konusu değildir. Bu teori hakların özel hukuk hükümlerinin yorumlanmasında bir rehber olarak kullanılmasını öğütlemektedir. Yatay etkiye ilişkin bir diğer teori ise koruma yükümlülüğü teorisidir. Bu teori temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanmasından ziyade devletin özel hukuk uyuşmazlıklarında üstüne düşen görevlere odaklanmaktadır. Teoriye göre hakların pratikte gerçekten ve etkin biçimde korunması için gerek yatay gerekse dikey ilişkilerde devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır ve bu düşüncenin arka planında devletin koruma yükümlülüğü yatmaktadır. Bir diğer teori ise devlet eylemi ya da yatay etkisizlik olarak ifade edilmektedir. İlgili teoriye göre temel haklar yalnızca dikey ilişkilerde uygulama alanı bulabilir. Bu bağlamda özel hukuk uyuşmazlıklarına temel hak ve hürriyetlerin uygulanabilmesinin öncelikli şartı, bu uyuşmazlıkta devlet eyleminin mevcut olmasıdır. Teoriye göre aksi durumun kabulü, devleti sınırlandırmak için düzenlenen hak ve hürriyetlerin bireyleri

sınırlandırmak ve onların özgürlüklerini kısıtlamak amacıyla kullanılması anlamına gelecektir. Görüldüğü üzere hak ve hürriyetlerin yatay ilişkilere etkisi bağlamında çeşitli teoriler mevcuttur. Ancak bunlar haricinde de doktrinde çeşitli tasniflerin yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızın hedefi ilgili teorilerin ayrıntılı biçimde aktarılması ve bunlar arasındaki ilişkilerin de izah edilmesidir. Teorilerin aktarılmasında yargı içtihatlarından da yararlanılmıştır.

Çalışmamızın ayrıntılı biçimde incelediği bir diğer husus pozitif yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler ile devletin diğer yükümlülükleri arasındaki ilişki ve ilgili yükümlülüklerin içtihatlara yansıyan görünümü de çalışmamızın kapsamına dahildir. Gerçekten de genel olarak günümüzde devletten beklenen temel hak ve hürriyetler karşısında pasif bir tavır takınması değil, aksine aktif eylemleri ile bireylerin hak ve hürriyetlerini hem yatay hem de dikey ilişkilerde koruması ve bireylerin haklardan faydalanabilmesini sağlamasıdır. Bu açıdan bakıldığında devletin pozitif yükümlülüklerinin mevcut olduğu söylenebilir. Ancak doktrinde ve yargı içtihatlarında pozitif yükümlülüklerle ilişkin çeşitli tasnifler mevcut olduğu gibi bazı durumlarda pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki ayırım da muğlaklaşabilmektedir.

Yargı içtihatlarında pek çok hak ve hürriyete ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin mevcut olduğu tespit edilse de çalışmamızın odak noktası mülkiyet hakkına ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleridir. Yargı içtihatları incelendiğinde esasa ilişkin ve usule ilişkin olmak üzere ilgili hakkın devlete çeşitli pozitif yükümlülükler yüklediği görülmektedir. Çalışmamız da AİHM ve AYM içtihatlarından faydalanılması suretiyle mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ayrıntılı biçimde incelenmesi ve tasnif edilmesini hedeflemektedir. Anılan mahkemeler bazı durumlarda açıkça pozitif yükümlülüklerden bahsederken diğer bazı durumlarda bu kavramı kullanmamakta, ancak yine de devletin yerine getirmesi ya da sağlaması gereken aktif yükümlülükleri tespit etmektedir. Bilhassa yatay uyumsuzluklarda pozitif yükümlülükler kavramını rahatlıkla kullanan mahkemelerin dikey ilişkilerde genel olarak bu kavramı kullanmaksızın devletin yükümlülüklerini tespit ettiği görülebilir. Oysa pozitif yükümlülükler yalnızca yatay ilişkilerde mevcut olan yükümlülükler değildir. Hal böyle olunca açıkça pozitif yükümlülükler kavramının kullanılmadığı, ancak devletin yerine getirmesi ya da sağlaması gereken yükümlülüklerin tespit edildiği hususlar da çalışmamızın

kapsamına dahil edilmiştir. Böylelikle devletin mülkiyet hakkı bağlamında yerine getirmesi gereken görevlerin tam biçimde aktarılması hedeflenmektedir

Çalışmamızın birinci ana başlığı altında insan hakları içerisinde gelişen ve değişen trende odaklanılmıştır. Bu kapsamda zaman içerisinde önce insan haklarının doğrudan tasnifi, daha sonra bunun yetersiz olduğu düşüncesi ile insan haklarının devlete yüklediği yükümlülüklerin tasnifi yapılmıştır. Dolayısıyla bu bölümde yapılan tasnifler tarihsel olarak açıklanmaya çalışılacaktır. Devamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Anayasamızın konumuz açısından önemli görülen hususları değerlendirilecek, son olarak anayasa ile özel hukuk arasındaki ilişki tartışılacaktır.

İkinci ana başlık altında ise hak ve hürriyetlerin yatay etkisine odaklanılmıştır. Bireyler ile devlet arasındaki dikey ilişkiden mülhem bu alan özel hukuk kişileri ile yine özel hukuk kişileri arasında kalan hukuki bölgeyi ifade etmektedir. Hak ve hürriyetlerin bu alana etkisinin olup olmadığı, eğer var ise bu etkinin ne biçimde gerçekleşeceği bölümün cevaplamayı hedeflediği sorulardır. Bu kapsamda gerek yatay etkiye, gerek ise yatay etkinin görünüm biçimlerine ilişkin doktrindeki çeşitli tutumlar kapsamlı biçimde verilmeye çalışılacaktır. Son olarak bu kısımda AİHS ve Anayasamızın yatay etkisi tartışılacaktır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) ile Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi (Supreme Court of United States) (ABDYM) ve Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (FAM) içtihatlarından yararlanılacaktır.

Araştırmamızın üçüncü ana başlığı pozitif yükümlülükler ayrılmıştır. Gerek yatay gerek ise dikey ekseninde devletin yalnızca müdahaleden kaçınmasının yeterli olmadığı durumlarda, diğer bir ifade ile devletin aktif bir müdahalesinin gerektiği hallerde devletin pozitif yükümlülükleri karşımıza çıkmaktadır. Bu yükümlülükler devlete atfedilmekte, yükümlülüklerine aykırı davranan devlet yatay ilişkilerdeki hak ihlallerinden sorumlu tutulabilmektedir. Ancak elbette pozitif yükümlülükler yalnızca yatay ilişkilere hasredilmiş bir kavram değildir. Dikey ilişkilerde de devletin pozitif yükümlülükleri bulunabilir. Çalışmamızın bu kısmı, negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki ilişkiyi incelemekle başlamaktadır. Devamında AİHS ve 1982 Anayasasının pozitif yükümlülüklerle ilişkili olabilecek hükümleri değerlendirilecek, ardından pozitif yükümlülüklerle ilişkin çeşitli tasnifler aktarılacaktır. Son olarak bu kısımda pozitif yükümlülükler ulaşırken mahkemelerin

kullanmış oldukları yorum metotları aktarılacak, kısım pozitif yükümlülükler bağlamında yargısal aktivizm tartışmaları ile sonlandırılacaktır.

Çalışmamızın dördüncü ve son ana başlığı ise mülkiyet hakkına odaklanmıştır. Daha önceden de ifade edildiği üzere hak ve hürriyetlerin yatay etkisi yalnızca mülkiyet hakkına ilişkin değildir. Ayrıca pozitif yükümlülükler de yalnızca mülkiyet hakkı açısından devletin ödevlerini ifade etmez, aksine hemen her hak ve hürriyetin devlete bir takım pozitif yükümlülükler yüklemesi mümkündür. Buna karşılık çalışmamızın niteliği ve kapsamı düşünüldüğünde, tüm hak ve hürriyetlerin açıklanması ve tartışılması mümkün görünmediğinden çalışma mülkiyet hakkı ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının seçilmesinde gerek ilgili hak üzerindeki içtihat yoğunluğu, gerek ise hakkın özel hukuk alanındaki önemi gibi sebepler öne çıkmıştır. Bu kısım pozitif metinlerdeki mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerin açıklanması ile başlayacak, ardından içtihatlar rehberliğinde bu hakkın pozitif ve negatif yükümlülüklerinin tasnif edilmesi ile devam edecektir. Bilhassa yargı kararının icrası, makul sürede yargılanma ve icra prosedüründeki gecikmeler, malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkili soruşturma yapma, iddia ve savunmalar hakkında özenli bir inceleme gerçekleştirme gibi usule dönük hususlar kısım içerisinde ayrı başlıklar halinde incelenmektedir.

Çalışmamızın neticede yatay etki ve pozitif yükümlülükler bağlamında Avrupadaki ve ülkemizdeki trendi aktarması hedeflenmektedir. Ayrıca çalışmamızın mülkiyet hakkı açısından devletin yükümlülükleri yönüyle bir rehber olması, araştırmamızın temel hedefleri arasındadır.

1. GENEL HUSUSLAR

1.1. İnsan Hakları ve Temel Haklar

İnsan hakları kişinin sırf insan olmakla sahip olduğu haklardır¹. Temel haklar ya da kamu özgürlükleri ise insan haklarının pozitif metinler, diğer bir ifade ile anayasa ve yasalarla düzenlenmiş bölümünü ifade etmektedir². Bir açıdan bakıldığında temel hakların ondan daha kapsamlı ve gelişen bir yapı olan insan haklarının tarihteki belirli bir periyotta kabul görmüş kısmını ifade ettiği değerlendirilebilir³. Öyle ise bu tanımlardan hareketle insan haklarının temel haklardan çok daha geniş, zaman içerisindeki sosyal ve ekonomik şartlara göre gelişen ve değişen bir yapı olduğu değerlendirilebilir. Çalışmamızın ileriki bölümlerinde de değinileceği üzere günümüzde üçüncü ve dördüncü kuşak hak tartışmaları dahi insan haklarının değişen ve dinamik yapısının ispatı olarak gösterilmektedir⁴. Bu kapsamda insan hakları gelişip değişmekte iken pozitif metinlerimiz ya bu gelişim ve değişimi takip edememekte ya da geriden yakalamaktadır.

Temel hakların pozitif metinlerle güvence altına alınan insan haklarından bir bölümünü teşkil ettiği ifade edilmişti. Peki bu haklara neden temel haklar denmektedir? Bu noktada öğretilerde bu haklara temel denmesinin sebebinin Nieuwenhuis tarafından gerek kamu gerek özel hukuk ayrımı gözetilmeksizin tüm hukuk sisteminin altında yatan temel değerler olması gösterilmektedir⁵. İşte aslında bu noktada temel hakların tüm hukuk sisteminin altında yatan temel değerler olarak

¹ Jack Donnelly, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Cornell University Press, 1989, Çeviri: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Yetkin Yayınları, 1995, (s. 19).

² Murat Erdoğan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Hürriyetlerin Yorumu, Ankara: Lykeion Yayınları, 2019, (s. 45).

³ Bülent Algan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, (s. 125).

⁴ Ahmet Kılınç, "İnsan Haklarının Anayasal Konumu", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IX/1-2 (2005), (s. 279).

⁵ Hans Nieuwenhuis, "Fundamental Rights Talk an Enrichment of Legal Discourse in Private Law?", Constitutionalisation of Private Law, der., Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006, (s. 5)

görülmesi, çalışmamızın değindiği temel konulardan olan yatay etki, dolaylı yatay etki ve devamında pozitif yükümlülüklerin teorik alt metnini oluşturmaktadır.

Hak ve hürriyet kavramı da birbirinden farklı kavramlardır. Hak hukuk tarafından bireye bahşedilen, bir şeyin yerine getirilmesini isteme yetkisidir⁶. Hürriyet ise Atar tarafından kişinin hareketini ya da hareketsizliğini hür iradesi ile yönetebilme yetkisi olarak tanımlanmıştır⁷. Ancak yine yazara göre hukuk devletinde hak ve hürriyetlerin pozitif metinlerce tanınması yeterli değildir, bireylerin bu hak ve hürriyetlerden gerçekten ve etkili biçimde yararlanabilmesi için hak ve hürriyetlerin aynı zamanda korunması gerekmektedir⁸. Bu temel de yine ileride değinilecek olan devletin bireyleri yatay ve dikey ilişkilerde koruma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Devlet temel hakların gerçekten ve etkin biçimde korunabilmesi için yalnızca negatif bir tutum takınarak yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılamayacaktır. İhlal nereden gelirse gelsin, devlet bireylerin hak ve hürriyetlerini korumak için gerekli olan her türlü önlemi almak durumundadır.

1.2. Hukuk Devleti

Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için çeşitli gereklilikler mevcuttur. Bu gereklilikler öğretide şekli ve maddi hukuk devletinin gereklilikleri biçiminde tasnif edilmektedir. Bu bağlamda elbette hukuk devleti olmanın ön şartı şekli anlamda hukuk devleti olmaktır⁹. Şekli anlamda hukuk devletinden kastedilen, hukuk kurallarının yapımında ve uygulanmasında önceden belirlenmiş prosedürel kurallara uyulması gerekliliğini dikte etmektedir¹⁰. Aynı zamanda şekli anlamda hukuk devletine göre hukukun belirli ve öngörülebilir olması, keyfilikten kaçınılması gerekmektedir¹¹.

Yukarıda izah edilenlere karşılık bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilmesi için şekli anlamda hukuk devleti olmasının yetmeyeceği, onun maddi anlamda hukuk devletinin gerekliliklerine de uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda medeni ve siyasi hakların gerçekten ve etkili biçimde

⁶ Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021, (s. 129).

⁷ Atar, Türk Anayasa Hukuku, (s.129).

⁸ Atar, Türk Anayasa Hukuku, (s. 109).

⁹ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, Ankara: Seçkin Hukuk, 2022, (s. 417).

¹⁰ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, (s. 417).

¹¹ Meral Sungurtekin Özkan, "Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (2009), (s. 565).

güvence altına alınması¹², şekli hukukun yaratılması esnasında hukukun genel ilkelerine, insan haklarına ve adalete uygun hareket edilmesi¹³, hukukun bir takım değerler ihtiva ederek etik içeriğe sahip olması¹⁴ gerekmektedir. İşte tam da bu noktada maddi anlamda hukuk devleti ilkesi çalışmamızın konusuna yaklaşmaktadır. Gerçekten de bir takım değerler ifadesi FAM’ın dolaylı yatay etki teorisine dönük objektif değerler sistemi içtihadıyla paralellik göstermektedir. Bir devletin maddi anlamda hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için, anayasal pozitif normların bir kelimeler yığından ibaret olmayıp, etik ve ahlaki değerler içermesi, bu değerlerin de kamu ve özel hukuk ayrımına gidilmeksizin hukukun her alanına etki etmesi ileride açıklanacak olan dolaylı yatay etki teorisinin fikirsel temelini oluşturmaktadır.

Açıklananlar ışığında hukuk devletinde devletin tüm kurumları önceden oluşturulmuş hukuk kuralları ile bağlıdır. Ancak öğretilerde bu kuralların dar yorumlanmaması gerektiği, yalnızca yasaların değil; anayasanın ve hukukun evrensel ilkelerinin de bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Hal böyle olunca hukuk devletinde yasalarca devlete bir takım yükümlülükler açıkça yüklenmemiş olsa dahi, devlet anayasadan ya da hukukun genel ilkeleri veya uluslararası sözleşmelerce yükümlü bulunduğu edimleri yerine getirmediği takdirde sorumlu tutulabilmektedir.

Gerçekten de AİHM içtihatları incelendiğinde Mahkeme, hukuk devleti ilkesini her ne kadar sözleşmede açıkça düzenlenmese de, sözleşmeye mündemiç olarak değerlendirmekte ve devletin bir takım yükümlülüklerini bu ilke vasıtasıyla tespit etmektedir¹⁶.

AYM ise 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında hukuk devletini “*insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan devlet*”¹⁷ olarak tanımlamıştır. 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir başka kararında ise hukuk devletini “...*insan*

¹² Adnan Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Ankara: Adres Yayınları, 2019, (s. 426).

¹³ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, (s. 417); Sungurtekin Özkan, “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”, (s. 565-566).

¹⁴ Adnan Küçük, “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelenmesi”, Liberal Düşünce, 35 (2004), (s. 207); Adnan Küçük, Türkiye’de Başkanlık Sistemi, Ankara: Adres Yayınları, 2020, (s. 288).

¹⁵ Mustafa Erdoğan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Hukuk Yayınları, 2018, (s. 61-62).

¹⁶ Örneğin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Iatridis/Yunanistan Davası, Başvuru No: 31107/96, Karar Tarihi: 19 Ekim 2020, (p. 58).

¹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin, E. 1963/124, K. 1963/243 Sayılı Kararı, Karar Tarihi: 04.12.1963.

*haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren*¹⁸...” devlet olarak tanımlamıştır. Buna göre AYM hukuk devleti ilkesi üzerinden devlete insan haklarını korumak, adil bir düzen kurmak, insan haklarını güçlendirmek gibi ödevler yüklemektedir.

Görüldüğü üzere hukuk devleti ilkesi ve bilhassa maddi anlamda hukuk devleti, devleti bireylerin haklarından tam ve etkili biçimde faydalanabilmesi noktasında yükümlülük altına sokmakta, bu durum da pozitif yükümlülüklerin fikrîsel temellerinden bir diğerini oluşturmaktadır. Bu değerlendirmeye göre devlet, yalnızca dikey ilişkilerde ve yalnızca müdahale etmeme ya da saygı gösterme biçimdeki negatif bir yükümlülüğe sahip değildir, aynı zamanda hakların korunması ve güçlendirilmesi bağlamında adil bir sistem inşa etmek amacıyla pozitif yükümlülüklerle de sahiptir. Bu yükümlülüklerini tam biçimde yerine getirmeyen devlet, özel kişilerin bir başka özel kişinin hakkını ihlal etmesinden dahi sorumlu tutulabilmektedir.

1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmıştır. Bugün itibariyle sözleşme 59 maddeden ibaret bir ana sözleşme ve 16 adet ek protokolden oluşmaktadır. Devletimiz ise sözleşmeyi 20 Mart 1952 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin akdedildiği dönem 2. Dünya Savaşı ardından Avrupa’nın yeniden inşa edildiği bir zamana tekabül etmektedir. Sözleşmenin bu bağlamdaki temel amacı demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ara hedefleri vasıtasıyla nihai hedef olarak barışı sağlamaktır¹⁹. Bu durum sözleşmenin önsözünde de belirtilmiştir. AİHM’e göre sözleşme “*demokratik toplumun ideal ve temellerini korumak ve geliştirmek amacıyla*²⁰” dizayn edilmiştir. Hatta öğretide sözleşmenin giderek temel hak ve hürriyetleri koruma amacı güden bir Avrupa insan hakları anayasasına dönüştüğü de ifade edilmektedir²¹. İnsan hakları hukuku ise sahip olduğu önem ve konum itibariyle “*..anayasa hukukun uluslararasılaşması ve uluslararası hukukun*

¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin E. 2016/136, K. 2017/9 Sayılı Kararı, Karar Tarihi: 18.01.2017.

¹⁹ Dimitris Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London/New York: Routledge Publishing, 2012, (s. 15)

²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen/Danimarka Davası, Başvuru No: 5095/71; 5920/72; 5926/72, Karar Tarihi: 7 Aralık 1976.

²¹ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, (s. 65); Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, (s. 57).

*anayasallaşması noktasında bir kavşak*²²..” olarak değerlendirilmektedir. AİHM’de vermiş olduğu bir kararında Sözleşmeyi “*Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi*²³” olarak tanımlamıştır. Öğretide ‘Avrupa Kamu Düzeni’ kavramının Avrupa’da ortak olan insan hakları ve demokratik toplumun mevcut olduğu düzeni ve bunu tesis eden kuralları kapsadığı ifade edilmektedir²⁴. Sözleşme başlarda halihazırda bireyleri koruyan özel hukuk ve ceza hukuku normlarının mevcut oluşu ve bireyler ile diğer bireyler arasındaki güç dengesizliğinin günümüzdeki kadar derin olmayışı gibi sebeplerle dikey ilişkilerde bireyleri korumak için tasarlanmıştır²⁵. Hatta sözleşmeye katılan devletler de başlarda mevcut yasaları ile bireylerin hak ve hürriyetlerini yeterince korunduğunu düşündüklerinden, sözleşmenin kendi ulusal hukuk sistemleri üzerinde önemli bir değişiklik meydana getirmeyeceğini düşünmekteydiler²⁶.

Bu sözleşmenin diğer insan haklarına ilişkin uluslararası nitelikteki metinlerden en temel farkı ise şikayet mekanizması içeriyor olması²⁷ ve bir takım hakların ve onların sınırlanma biçiminin ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olmasından ileri gelmektedir²⁸. Ayrıca doktrinde bu sözleşmenin taraf devletlere, temel hak ve hürriyetlerin vatandaşlara sağlanması noktasında bir takım yükümlülükler yüklediği ifade edilmektedir²⁹. Sözleşmenin 1. maddesi incelendiğinde taraf devletlerin kendi yetki alanları içindeki herkesin “..sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamak..” biçiminde bir yükümlülük altında buldukları görülebilir. Ancak bu yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği sözleşmede açıkça belirtilmiş değildir. İşte tam da bu noktada AİHM’in içtihatları devreye girmektedir. Mahkemenin içtihatları neticesinde zaman içerisinde temel hak ve hürriyetler bağlamında ortak standartlar gelişmiştir³⁰. Mahkeme bu açıdan

²² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*(Genel Esaslar), İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019, (s. 42).

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Loizidou/Türkiye Davası*, Başvuru no: 15318/89, Karar Tarihi: 23 Mart 1995, (p. 75).

²⁴ Özge Okay Tekinsoy, “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-1 (2011), (s. 67).

²⁵ Janneke Gerards, *General Principle of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, (s. 136)

²⁶ Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2013, (s. 14).

²⁷ Steven Greer, *The European Convention on Human Rights Achievements, Problems and Prospects*, New York: Cambridge University Press, 2006, (s. 1).

²⁸ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *Uluslararası İlişkilerde Olaylar ve Yorumlar*, 6-27 (1997), (s. 65).

²⁹ Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, (s. 65).

³⁰ Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, (s. 14).

yalnızca ihlalin tespiti ve önlenmesi değil, aynı zamanda hak ve hürriyetlerin geliştirilmesi biçiminde etkin bir rol üstlenmiştir³¹.

Elbette insan haklarına ilişkin uluslararası nitelikteki tüm metinler buna taraf devletlerin yatay ve dikey ilişkilerde yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklere aykırı davranışları neticesinde sorumluluklarını doğurmaktadır³². Ancak bu yükümlülük ve sorumluluk, yaptırım gücü olan bir mercii tarafından denetlenmediği müddetçe yeterli bir güvence sağlamayacaktır. Bu bağlamda sözleşmenin denetim mekanizması olan AİHM ve yaptırım uygulama yetkisini kendisinde barındıran ve devletlerden oluşan siyasi bir organ olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi oldukça önemlidir. 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren Ek 11’nolu protokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın bir mahkeme altında birleştirilmesi dışında en önemli yenilik AİHM’in yargı yetkisinin zorunlu hale getirilmesi olmuştur³³. Bu bağlamda taraf devletlerin takdirine bırakılan yargılama yetkisinin zorunlu hale getirilmesi ile insan hakları açısından daha etkin bir koruma hedeflenmiştir. Bu açıdan AİHM her ne kadar ihlal iddialarını re’sen incelemenin aksine başvuru üzerine incelese de, inceleme başladıktan sonra gerekli araştırmaları yürüterek sebestçe karar verebilmektedir³⁴. Bu bağlamda AİHM vermiş olduğu kararlar ile bir önceki paragrafta izah edilen ve sözleşme tarafından devletlere yüklenen yükümlülüklerin somut olaylar üzerinden tespiti hususunda yetkilidir.

Mahkemenin yükümlülüklerin tespiti ve sözleşmenin geliştirilmesi hususundaki yeri çalışmanın devamında ayrıntılı biçimde incelenecektir. Ancak şu an için vurgulanması gereken bir diğer husus ise Mahkemenin içtihatları vasıtasıyla taraf devletler üzerindeki etkinliğidir. Sözleşme’nin 32. maddesinde açıkça belirtildiği üzere Mahkemenin yargı yetkisi sözleşmenin tamamının yorumlanması ve uygulanması yetkisini kapsamaktadır³⁵. Bu açıdan bakıldığında doktrinde Mahkeme’nin fonksiyonu iki ayrı başlık altında değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki

³¹ Brice Dickson, “Positive Obligations and the European Court of Human Rights”, Northern Ireland Legal Quarterly, 6-3 (2010), (s. 204).

³² Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, İstanbul: Legal Hukuk Yayınları, (s. 542).

³³ Simay Doğmuş, AİHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, Ankara: Seçkin Hukuk, 2018, (s. 135-136)

³⁴ Doğmuş, AİHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 136-137)

³⁵ Nihal Jayawickrama, The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, (s. 71), Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013, (s. 331).

somut olay üzerindeki inceleme neticesinde mağdur için adaletin sağlanmasıdır³⁶. Ancak bundan çok daha önemli ve ciddi fonksiyonu, soyut hak ve kavramların yorumlanması suretiyle bir standart oluşturmasıdır³⁷. AİHS'in 46. maddesi incelendiğinde Mahkeme'nin vermiş olduğu kararların yalnızca taraflar açısından bağlayıcı olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak soyut kavramların yorumlanması bağlamında Mahkeme'nin tespitlerinin tüm taraf devletlerce dikkate alınması ve iç hukukta uygulanması, Mahkeme kararlarını *de facto* biçimde yalnızca davanın tarafları için değil, Sözleşme'nin tüm tarafları için bağlayıcı birer sözleşme hükmü haline getirmektedir³⁸. Öyle ise kural olarak tazminat kararı haricinde deklarasyon niteliğinde olan, taraf devlet makamlarının işlemlerini iptal etmek ve ortadan kaldırmak kabiliyeti bulunmayan, taraf devletlere ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak açısından emir ve talimat veremeyen ve yalnızca davanın taraflarını bağlayan AİHM kararları, Mahkeme'nin soyut kavramları yorumlaması ve bu yorumların taraf devletler üzerinde doğurduğu sonuçlar bağlamında ciddi bir kudrete erişmektedir³⁹.

Mahkeme içtihatları incelendiğinde kendi yorumlarının Sözleşme'nin tarafları üzerindeki etkisini açık biçimde kabul ettiği görülebilir. Bu bağlamda vermiş olduğu bir kararında tek görevinin önüne gelen davaları karara bağlamak olmadığını, sözleşmedeki kuralların izah edilmesi, korunması ve geliştirilmesinde rol oynadığını ifade etmiştir⁴⁰. Yine aynı kararında belirttiği üzere sözleşmenin temel hedefi her ne kadar bireylere hukuki çare sağlamaksa da, kamu politikalarındaki sorunların tespiti ve insan haklarının korunması açısından genel standartlar ortaya konulup geliştirilmesi Mahkeme'nin görevidir. Yine Mahkeme vermiş olduğu bir başka kararında kendisinin sözleşmenin nihai yorumcusu olduğunu tespit ederek; devletlerin, başka devletler ile bireyler arasında gerçekleşen uyuşmazlıklardaki AİHM içtihatlarına uygun davranması gerektiğini vurgulamıştır⁴¹. Hal böyle olunca Sözleşme'nin 46. maddesinde düzenlenen devletlerin yalnızca taraf oldukları davalardaki Mahkeme'nin vermiş olduğu hükümlerle ilgili olacağına ilişkin

³⁶ Gerards, General Principle of the European Convention on Human Rights, (s. 45)

³⁷ Gerards, General Principle of the European Convention on Human Rights, (s. 45)

³⁸ Gerards, General Principle of the European Convention on Human Rights, (s. 45)

³⁹ Christoph Busch & Hans Schulte-Nölke, EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law: Fundamental Rights and Private Law, Münih: Sellier European Law Publishers, 2011, (s. 8).

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Rantsev/Kıbrıs Rum Kesimi ve Rusya Federasyonu Davası, Başvuru No: 25965/04, Karar Tarihi: 7 Ocak 2010, (p. 197).

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Opuz/Türkiye Kararı, Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 9 Haziran 2009, (p. 163).

düzenlemenin kağıt üzerinde kalabildiği görülmektedir. Yukarıda açıklananlar AİHS'in diğer uluslararası nitelikteki insan haklarına ilişkin metinlerden farkını ve AİHM'in yorum ve içtihatları neticesinde eriştiği önemi gözler önüne sermektedir. Yatay etkinin ve pozitif yükümlülüklerin de AİHM'in yorum ve içtihatları neticesinde Sözleşme'den türettiği hususlar olduğu değerlendirildiğinde, AİHM'in sözleşmeyi genişletici etkisi gözardı edilemez hale gelmektedir.

1.4. 1982 Anayasasında Genel Olarak İnsan Hakları

1982 Anayasasının başlangıç bölümü incelendiğinde “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” açıkça belirtilmiştir. Yine cumhuriyetin niteliklerine ilişkin Anayasamızın 2. Maddesi cumhuriyetimizin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu vurgulamaktadır. Devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. madde ise kişinin temel hak ve hürriyetlerini korumak ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartların hazırlanması noktasında devleti yükümlülük altına sokmuştur. Yine bunlardan başka genel esaslar bölümünün 11. maddesi ile Anayasa'nın “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*” olduğu tespit edilmiştir. Görüldüğü üzere anayasamız, devleti kişilerin temel hak ve hürriyetlerinden yararlanabilmeleri için görevlendirirken, aynı zamanda yine özel hukuk kişilerinin diğer kamu makamları ile birlikte anayasa kuralları ile bağlı olduğu açık biçimde belirtilmiştir. Fazıl Sağlam'a göre Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı karşısında, anayasanın kişileri de tıpkı devlet gibi bağladığı ülkemizde uzun süre ihmal edilmiş bir gerçektir, yazar bunun sebebini ülkemizde uzun yıllar bir anayasa şikayeti mekanizmasının mevcut olmayışına bağlamaktadır⁴². Oysa insan haklarının anayasalara dahil edilmesi ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile eriştiği güç, onun yalnızca kural koyanlar yönünden değil; kuralları yorumlayanlar, uygulayanlar ve kişiler için de üstün ve bağlayıcı hale gelmesine yol açmaktadır⁴³.

⁴² Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, (s. 7).

⁴³ Kılınç, “İnsan Haklarının Anayasal Konumu”, (s. 287).

1982 Anayasası'nın konumuz açısından önem arz eden bir diğer maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin niteliğine ilişkin 12. maddesidir. Madde metninin 2. fıkrasında kişinin sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin, onun topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği vurgulanmıştır. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasına ilişkin 14. maddede ise “*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*” ifadesi ile kişilerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin sınırı tespit edilmiştir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın kişilerin temel hak ve hürriyetlerini hem yatay hem de dikey ilişkilerde güvence altına aldığı, aynı zamanda kişilere diğer kişilerin hak ve hürriyetlerini ihlal etmemek noktasında bir yükümlülük yüklediği tespit edilebilir. Sonuçta bireylerin bir takım hak ve hürriyetlere sahip olması, onların diğer kişilere karşı mevcut olan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz⁴⁴ Gözler bu noktada hakkın muhtevasına bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Eğer özel kişilerin müdahale edebileceği bir hak mevcut ise, o halde anayasanın özel kişilere başkasının ilgili hakkını ihlal etmemek bağlamında bir takım yükümlülükler yüklediği tespit edilebilir⁴⁵. İşte çalışmamızın yatay etki ve pozitif yükümlülüklerle ilişkin ileriki bölümlerinde tartışacağımız hususların anayasal temeli bu maddelerde toplanmaktadır.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus anayasanın kapsamına ilişkindir. Doktrinde bir görüşe göre Anayasamızın her ne kadar herkesin kişiliğine bağlı devredilemez haklarının olduğundan bahisle tabii hak anlayışını benimsiyor gibi gözükse de, aslında pozitivist anlayışı benimsediği ifade edilmektedir⁴⁶. Bunun anlamı kişilerin yalnızca anayasa tarafından güvence altına alınmış hakları ileri sürebileceği, diğer bir ifade ile insan haklarının temel hak ve hürriyetlere indirgenmiş olduğudur. İba'ya göre ise Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen ve cumhuriyetin temel niteliklerinden olan insan haklarına saygılı devlet ibaresi, yalnızca temel hak ve hürriyetleri değil, henüz Anayasa tarafından tanınarak güvence altına alınmamış diğer tüm insan haklarını kapsamaktadır⁴⁷. Gözler de

⁴⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, (s. 95).

⁴⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt II*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2020, (s. 534).

⁴⁶ Zehra Odyakmaz, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Onikilevha, 2019, (s. 47); Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku(Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ankara: Seçkin Hukuk, 2022, (s. 227).

⁴⁷ Şeref İba, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, (s. 97).

Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının mevcut olduğunu ve bunun bir kapsayan hürriyet olduğunu değerlendirmektedir⁴⁸. Buna göre bir takım hürriyetler ayrıca anayasada düzenlenmemiş olsa dahi, bu madde kapsamında güvence altına alınmıştır, bu bağlamda genel norm ile korunan ilgili hürriyetin sınırlandırılması da yine Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak yapılmak zorundadır. Burada ifade edilen hususlar Anayasamızdaki temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerine uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığı ve var ise bunların ne şekilde uygulanacağına ilişkin tartışmaların temellerini oluşturmaktadırlar. Aynı zamanda aktarılan maddelerin devlete temel hak ve hürriyetlerin korunması noktasında bir takım yükümlülükler yüklemesi ve bireylerin de diğer kişilerin hak ve hürriyetlerini ihlal etmemelerine dönük düzenlemeler içermesi, iç hukukumuzdaki yatay etki ve pozitif yükümlülükler tartışmalarının anayasal temelleridir.

1.5. Anayasa ile Özel Hukuk Arasındaki İlişki

Çalışmamızın temel konusunu temel hak ve hürriyetlerin özel hukuka etkisi ve devletin özel hukuk ilişkilerinde bireyin temel hak ve hürriyetlerini korumak için yerine getirmesi gereken yükümlülükleri oluşturmaktadır. Bu bağlamda özel hukuk ile anayasa arasındaki ilişkinin açıklanması oldukça önem arz etmektedir. Günümüzde kamu hizmetlerinin devlet ile ortaklaşa biçimde özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi veya devlete ait endüstrilerin özelleştirilmesi gibi sebepler neticesinde kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırım da giderek girift hale gelmektedir⁴⁹. Ayrıca özel hukuk kişilerinin ve bilhassa ekonomik ve sosyal gücü bağlamında devletle yarışabilecek şirketlerin eylem ve fiilleri bireyin temel haklarını tıpkı devletler gibi ihlal edebilmektedir. Söz gelimi devasa bir sosyal paylaşım sitesi bireyin kişisel verileri ve özel hayatı bağlamında oldukça etkin olabilmektedir. Bu açıdan da özel hukuk kişileri arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen özel hukuk ve bu kişilerin hak ve hürriyetlerini güvence altına alan pozitif hükümler aynı anda uygulama konusu olabilmektedir.

⁴⁸ Gözler, Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt II, (s. 526).

⁴⁹ Dawn Oliver & Jörg Fedtke, "Human Rights and Private Sphere – The Scope of the Project", Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study, Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke, Routledge-Cavendish, 2007, (s. 22).

Öğretide temel hak ve hürriyetlerin özel hukuka etkisinin çeşitli şekillerde meydana geldiği savunulmaktadır. Buna göre Almanya gibi anayasa şikayeti mekanizmasının mevcut olduğu ülkelerde özel hukuk normlarının anayasaya uygunluğunun ve geçerliliğinin mahkemece denetlenebilmesi ya da ombudsman mekanizması veya kişisel verilerin korunmasına ilişkin idari denetim organlarının yerine getirdiği faaliyetleri bu etkinin ortaya çıktığı yerlerdir⁵⁰. Bununla birlikte özel hukuk normlarının anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlanması, bazı konularda özel hukuk normlarından ziyade doğrudan anayasal hükümlerin uygulanması gibi çeşitli örnekler de ülkelere benimsenmiş olan temel hak ve hürriyetlerin özel hukuka etki biçimlerinden bazılarıdır.

Gözler'e göre özel hukuk tarihsel olarak anayasa hukukundan daha eskidir, bu bağlamda kavramları, kurumları ya da kuralları anayasaya dayanmaz⁵¹. Yazar'a göre klasik anlamda özel hukuk ilişkilerinde alacaklı, borçlu ve borçlunun borcunu ifa etmediği durumlarda onu ifaya zorlayan devlet ilişkisi bulunmasına karşılık kamu hukukunda bazen karşıda bir sorumlu bulunmamakta, bazı durumlarda ise sorumlu, diğer bir ifade ile devlet ifaya zorlanmamaktadır⁵². Buna karşılık Yazar'a göre anayasa hukuku ile özel hukukun pek çok noktada ilgi alanları aynıdır, örneğin mülkiyet hakkı ya da dernekler bağlamında anayasa ile özel hukuk oldukça yakın ilişki içerisindedir⁵³. Yine yazara göre özel hukukta mevcut olan ve kişiye bahsedilen bir hak anayasa tarafından ayrıca düzenlenmemiş olsa dahi, anayasadaki eşitlik gibi bir takım temel esaslara uygun olmak durumundadır. Yazar aynı zamanda özel hukuk üzerindeki AYM denetimi ve AYM ile Yargıtay arasındaki görüş uyuşmazlıklarında AYM kararlarının esas alınması neticesinde 'özel hukukun giderek anayasallaştığını' ifade etmektedir⁵⁴. Bu kavram temelde dikey ilişkiyi düzenlemek için dizayn edilmiş temel hak ve hürriyetlerin giderek daha fazla özel ilişkileri etkilemesini ifade etmektedir⁵⁵. Öğretide Boyar tarafından da 1949 Bonn Anayasası ile anayasallık denetimi gerçekleştirmek adına FAM'ın kurulması neticesinde, özel ve kamu hukuku ayrımı gözetilmeksizin hukuk sisteminin

⁵⁰ Oliver & Fedtke, "Human Rights and Private Sphere – The Scope of the Project", (s. 14-15)

⁵¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt I*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2020, (s. 84).

⁵² Gözler, *Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt II*, (s. 479).

⁵³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, (s. 32).

⁵⁴ Gözler, *Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt I*, (s. 85).

⁵⁵ Jan Smith, "Private Law and Fundamental Rights: a Sceptical View", *Constitutionalisation of Private Law*, der., Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006, (s. 10).

merkezine anayasanın oturduğu tespit edilmiştir⁵⁶. Bu durumla birlikte aslında özel hukukun bağımsızlığı ya da kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrım tüm hukuk sisteminin merkezine anayasanın oturması ile giderek muğlaklaşmıştır.

Kaboğlu ise öncelikle özel hukukun eşit ilişkiler, irade özgürlüğü ve kişisel çıkarı kapsadığını, kamu hukukun ise eşit olmayan ilişkiler, tek yanlı irade ve genel çıkarı ifade ettiğini tespit etmiş, devamında anayasayı bir ‘norm üretme normu’ olarak tespit etmiştir⁵⁷. Bu bağlamda gerek kamu hukukunun gerekse özel hukukun mevcudiyetini ve kudretini anayasadan aldığından bahisle anayasa hukukunun kamu hukukuna indirgenemeyeceği tespit edilmiştir.

Öğretide bir başka yazar ise her ne kadar mülkiyet hakkı gibi gerek kamu hukuku gerek ise özel hukuk tarafından düzenlenen haklar mevcut olsa da, bunların tarihsel gelişim süreçlerinin birbirinden çok farklı olduğu ve kamu hukukunda ilgili hakkın devlete verilmek yerine devletten korunduğu, buna karşılık özel hukukta hakkın her iki tarafta da mevcut olduğu ifade etmektedir⁵⁸. Yazar’a göre kamu hukukuna ilişkin haklar ile özel hukuka ilişkin haklar arasındaki farklardan bir diğeri de feragattir. Buna göre kişinin kamu hukuku bağlamında bir sözleşme ile örneğin hürriyetinden feragat etmesi mümkün değilken özel hukukta irade ve rıza oldukça önem arz etmekte, söz gelimi kişi kolaylıkla bir başkası lehine mülkiyet hakkından feragat edebilmektedir⁵⁹. Yazar bu bağlamda temel hakların özel hukuka etkisi hususuna eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Ona göre özel hukuk normları mevcut iken ve bu normlar anayasal normlardan çok daha ayrıntılı ve geniş bir koruma sağlarken temel hak ve hürriyetlere dayanılması bir geri adımdır ve fazladan bir koruma sağlamamaktadır⁶⁰. Sonuç olarak yazara göre zaten özel hukuktaki soyut kavramlar olan örneğin iyi niyet mevcut iken, mahkemelerin özel hukuku düzgün biçimde uygulaması yeterli olacak, bu yönüyle temel hak ve hürriyetlere bir atfa gerek kalmayacaktır.

Temel hakların özel hukuka etkisi tartışmasının devamı bizi yatay etki ve onun görünüş biçimlerine getirmektedir. Bu sebeple bu tartışmayı şimdilik sonlandırmayı

⁵⁶ Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019, (s. 27).

⁵⁷ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri(Genel Esaslar)*, (s. 47).

⁵⁸ Hugh Collins, “On the (i)ncompatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, *Constitutionalization of European Private Law, Der.*, Hans-Wolfgang Micklitz, Oxford: Oxford University Press, 2014, (s. 3-4).

⁵⁹ Collins, “On the (i)ncompatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, (s. 13).

⁶⁰ Smith, “Private Law and Fundamental Rights: a Sceptical View”, (s. 15-16).

ve yatay etki başlığı altında devam ettirmeyi uygun görmekteyiz. Ancak gerçekten de her ne kadar ilgili alanları yakın olsa da tarihsel kökenleri bağlamında temel hak ve hürriyetler ile özel hukuk farklı yapılardır. Bir hakkın anayasa tarafından güvence altına alınmasının anlamı, tarihsel anlamda bu hakka devlet tarafından müdahale edilmeyeceğinin egemen tarafından kabul edilmesidir. Buna karşılık hakkın özel hukuk tarafından düzenlenişi, toplumdaki özel hukuk ilişkilerinin ayrıntılı biçimde düzenlenerek hukuki belirlilik ve istikrar amaçların gerçekleştirilebilmesi ve adil bir düzen kurulabilmesine yöneliktir. Buna karşılık günümüzde pek çok alanda kamu faaliyetlerinin özel hukuk kişilerine devredilmesi, özel hukuk kişilerinin toplumda edindikleri maddi ya da sosyal güç bu iki alanı giderek birbirine yakınlaştırmaktadır. Aynı zamanda anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi neticesinde normlar hiyerarşisinde anayasanın altında bulunan özel hukukun, anayasaya aykırı olamayacağı ifade edilmelidir. Yine bununla beraber anayasa mahkemelerinin hukuk sistemlerinin en üstün konumunda bulunmaları, vermiş olduğu kararlarla anayasayı yorumlamaları ve uygulamaları da, özel hukukun anayasa ile birlikte yorumlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda anayasacılık hareketlerinin başlangıcında özel hukukun anayasaları etkilediği, ancak günümüzde anayasaların geldiği konum göz önünde bulundurulduğunda, anayasa ve temel hakların özel hukukla artık karşılıklı bir etkileşim içerisinde olduğu somut bir realitedir. Bu etkinin görünüş biçimleri ise bir sonraki bölüm olan yatay etki başlığı altında tartışılacaktır.

1.6. Hak ve Yükümlülüklerin Tasnifi

Temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi, diğer bir ifade ile özel hukuka etkisi neticesinde devletin dikey ilişkideki pozisyonundan farklı biçimde davranması gerekmektedir. Bu kapsamda artık devlet dikey ilişkilerdeki gibi yalnızca müdahale etmeyerek, pasif kalarak yükümlülüklerini yerine getiremeyecektir. Devlet ayrıca aktif bir tutum takınmalı, yatay ihlallerden de vatandaşlarını korumalıdır. İşte bu perspektiften bakıldığında hakların klasik anlamdaki negatif ve pozitif biçimindeki tasnifi giderek yerini yükümlülüklerin tasnifine bırakmaktadır. Bu konuda doktrinde gerek haklara, gerekse yükümlülüklere ilişkin çeşitli tasnifler mevcuttur. Hemen belirtmek gerekirse AİHM ve AYM'nin yükümlülüklerin tasnifi seçeneğini son dönemlerde giderek daha fazla kullanmaya başladığı, bu tasnif içerisinden de pozitif ve negatif yükümlülükler ayrımını benimsediği tespit edilebilir. Çalışmamızın bu

başlığı altında doktrindeki haklara ve yükümlülüklerle ilişkin tasnifler açıklanacak, AİHM ve AYM'nin içtihatlarıyla benimsemiş olduğu pozitif ve negatif yükümlülükler ise ileriki bölümlerde ele alınacaktır.

1.6.1. Hakların Tasnifi

Hak ve hürriyetlerin en yaygın tasnifi Jellinek tarafından yapılan üçlü ayırmadır. Buna göre hak ve hürriyetler negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü haklarından ibarettir. Bu ayırımın temel kriteri kişinin devletten bekleyeceği edimin niteliğine göre hakların kategorize edilmesidir. Dolayısıyla bu ayırım hakkın özünü göz ardı ederek yapılan biçimsel bir ayırmadan ibarettir⁶¹. Aslında bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz yükümlülüklerin tasnifi de, kişinin devletten beklediği edimin niteliğine göre belirlenmektedir. Ancak yükümlülüklerin tasnifinde her hakkın somut olayın niteliğine göre çeşitli tipte yükümlülükler içerebileceği ön kabulüyle hareket edilirken, hakların tasnifinde hakların tek tip bir yükümlülük içerdiği ön kabulü ile haklar kategorize edilmektedir. Bu ayrıma göre negatif statü hakları ya da diğer bir ifade ile kişi hakları devletin karışmaması, müdahale etmemesi, negatif bir tutum takınmasını gerektiren haklar olarak ifade edilmektedir. Bunun karşısında yer alan pozitif statü hakları ekonomik ve sosyal hakları kapsamakta, devletin sağlama biçiminde ya da düzenleme biçiminde bir eylemini gerektirmektedir. Bu sebeple ilgili haklar için devletin aktif bir müdahalesi aranmaktadır. Son olarak aktif statü hakları ise katılma ya da siyasi haklar olarak da adlandırılmakta ve bireylerin devlet yönetimine katılmasını güvence altına alan haklar olarak ortaya çıkmaktadır. 1982 Anayasasının da ikinci bölümü kişi haklarına, üçüncü bölümü sosyal ve ekonomik haklara ve dördüncü bölümü siyasi haklara ayırdığı göz önünde bulundurulduğunda Anayasamızın bu tasnifi benimsediği tespit edilebilir.

Negatif ve pozitif statü hakkı ayırımının savunucularına göre yapılan tasnifin temel gerekçelerinden biri dava edilebilirlik hususunda toplanmaktadır. Buna göre negatif statü hakları dava edilebilir haklar olarak nitelendirilirken; pozitif statü hakları olarak da ifade edilen ekonomik ve sosyal hakların program hükümlerden ibaret olduğu, bu türden hakların dava edilmesi hususunda yargı organının kendisini sınırlaması gerektiği, aksi durumun kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına

⁶¹ Algan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, (s. 38).

geleceği ifade edilmektedir⁶². Yine bu ayrımın temel gerekçelerinden bir diğeri negatif statü haklarının derhal uygulanabilirliği karşısında pozitif statü haklarının bir planın icrası ile zamana yayılmış biçimde ve masraflı olarak sağlanabildiğidir⁶³. Yine bu gerekçe de ekonomik ve sosyal hakların anayasadaki program hükümler olduğu görüşüne bir argüman olarak ileri sürülmüştür.

Ancak öğretilerde son dönemde genel olarak ikili ayrımın eleştirildiği tespit edilebilir. Bu ayrım yöntemi her ne kadar basitlik ve kolaylık sağlasa da, gerçekte mevcut durumu kavramakta yetersizdir⁶⁴. Kişinin örneğin negatif statü haklarından olan kendi mülkiyet hakkını koruması ve bir başkasının kendi mülküne izinsiz girişine engel olması için devletin yardımına ihtiyaç duyması ya da borçlunun borcunu yerine getirmediği takdirde cebri icra ile kişinin alacağına kavuşması gibi aslında her durumda devletin negatif ya da pozitif bir edimi gerekli olmaktadır⁶⁵. Bu bağlamda koruyucu ya da caydırıcı bir devlet eylemi bulunmaksızın tüm hak ve hürriyetler anlamsız hale geleceğinden, devletin her durumda pozitif bir eyleminin ya da yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir. Yine bu hususta verilen bir başka örnek kişinin aynı eylemden dolayı ikinci kez cezalandırılmayacağına ilişkin ceza hukukunun temel ilkesidir. Buna göre tamamen negatif karakterli olan ve devletin ihlal etmemesinin yeterli olduğu bu hak için dahi, ihlal edildiği durumda bunu denetleyen bir yargısal ya da idari mercii bulunmadığı durumlarda hak anlamsız hale gelecektir⁶⁶. Öyle ise tamamen negatif karakterli bir hakkın dahi devletin aktif eylemini gerektirdiği söylenebilir.

Negatif ve pozitif statü haklarına ilişkin ayırmada kullanılan bir diğer kriter ise maliyete dönüktür. Buna göre negatif hakların devletin ihlalden kaçınmasını gerektiren haklar olarak finansal bir harcamaya yol açmadığı, buna karşılık pozitif statü haklarının sağlanabilmesi için devletin ciddi bir maddi külfet altına girmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu çıkarım da gerçek durumu yansıtmamaktadır. Örneğin yaşam hakkının korunması için öncelikle bu ihlali önleyici ve caydırıcı yasaların tesis edilmesi ve hukuk sisteminin oluşturulması gerekmektedir.

⁶² Ida Elisabeth Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", *Nordic Journal of International Law*, 72-1 (2003), (s. 6).

⁶³ Serkan Gülfidan, *Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, (s. 40).

⁶⁴ Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York/London: Northon Company, 2000, (s. 37).

⁶⁵ Holmes & Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, (s. 51).

⁶⁶ Holmes & Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, (s. 54).

Devamında ihlal durumu gerçekleştiğinde, ilgili sağlık hizmetlerinin sağlanması, sağlık personelinin yetiştirilmesi, fiziki imkanların kullanıma sunulması bir başka maliyet kalemini oluşturmaktadır. Ayrıca yaşam hakkının ihlali teşkil eden eylemin soruşturulması ve faillerin yargılanması ise güçlü bir kolluk teşkilatı ve yargı teşkilatını gerekli kılmaktadır. Neticede tamamen negatif karakterdeki bir hak olarak tanımlanan yaşam hakkı, devletin pek çok finansal harcamasını gerektirmektedir.

Hakların statüsel ayırımında kullanılan bir diğer kriter ise negatif statü haklarının derhal yerine getirilebilir ya da korunabilir haklar olduğu, buna karşılık pozitif statü haklarının zaman içerisinde sağlanabileceğidir. Bu ayırım da hatalı bir varsayıma dayanmaktadır. Biraz önceki yaşam hakkının ihlali örneğine dönecek olursak; sağlık, kolluk ve adliye teşkilatının yetiştirilmesi ve donatılması her halde kısa bir süre içerisinde başarılabilecek bir olgu değildir. Görüldüğü üzere negatif karakterdeki bir hakkın sağlanabilmesi ya da korunabilmesi, hayli zaman gerektiren bir hazırlık faaliyetini gerekli kılmaktadır. Uslu tarafından verilen bir örnekte ise adil yargılanma hakkının bireylere sağlanabilmesi için devletin mahkemeler kurmak ve adalet personelleri yetiştirmek gibi pek çok olumlu edimine ihtiyaç duyulabilir⁶⁷. Hal böyle olunca devletin yalnızca ihlal etmemesi ya da pasif bir tutum takınmasının yeterli olabileceği düşünülen haklar dahi öncesinde önemli ölçüde zaman ve finans gerektirebilir.

Ayırım kriterlerinden bir diğeri ise hakların dava edilebilirliği noktasında toplanmaktadır. Buna göre negatif statü hakları dava edilebilir haklar olarak değerlendirilirken, ekonomik ve sosyal haklara ilişkin pozitif statü haklarının program hükümler olduğu ve dava edilemeyeceği ifade edilmektedir. Öğretide bu durumun insan hakları içerisinde dava edilebilirlik yönünden bir hiyerarşi oluşturduğu, korunmaları yönüyle bir öncelik-sonralık ilişkisi doğurduğu, bunun insan haklarının bölünmezliği ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmektedir⁶⁸. Gerçekten de kategorik olarak pozitif statü haklarının dava edilemez olduğu varsayımı gerçek durumu yansıtmamaktadır⁶⁹. Örneğin devletin yaşam hakkının korunması bağlamındaki pozitif yükümlülükleri ile sağlıklı bir çevrede yaşama

⁶⁷ Ferhat Uslu, Anayasa Hukukun 99 Konusu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, (s. 18).

⁶⁸ Abdullah Uz & Metin Yüksel, “Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı”, Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi, 2 (2007), (s. 884).

⁶⁹ Uz & Yüksel, “Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı”, (s. 884).

hakkının gerekleri aynı olabilmekte, bu açıdan yaşam hakkıyla üzerinden ekonomik ve sosyal bir hak dava konusu yapılabilir. Bu açıdan bakıldığında kişi haklarının yalnızca negatif yükümlülükler içerdiği görüşünden ayrılarak bu hakların pozitif yükümlülükler de içerebileceği fikri dolaylı olarak bazı ekonomik ve sosyal hakların da AİHM’de dava konusu yapılabilmesine olanak tanımıştır⁷⁰. Açıklanan gerekçelerle negatif ve pozitif statü hakları ayrımının gerçek durumu kapsamakta yetersiz kaldığı ve günümüzde yavaş yavaş terkedildiği ifade edilebilir.

Haklar üzerinden yapılan tasniflerden bir diğeri ise hakkın taşıyıcısına göre hakların kategorize edilmesine ilişkindir. Buna göre bir takım haklar herkese bahşedilirken, diğer kısım haklar yalnızca vatandaşlar tarafından kullanılmakta ve vatandaş hakları ismiyle anılmaktadır⁷¹. Bu bağlamda örneğin herkes kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ya da özel hayatın gizliliği maddesinde düzenlenen haklara sahipken, sınır dışı edilememe hakkı ya da yurda girme hakkı vatandaşlara özgülenmiştir.

Haklar üzerinden yapılan ayrımlara ilişkin bir diğer tasnif ise Karel Vasak tarafından geliştirilmiş, hakların tarihine ilişkin sınıflandırmadır. Buna göre kişinin diğer bireyler ve devletten mülhem haklarını kapsayan klasik haklar ve siyasi haklar birinci kuşak hakları olarak ifade etmektedir⁷². Bunlar aslında 18. yy. dan beri tanınmakta olan medeni ve siyasi haklardır⁷³. Bilhassa burjuvazinin gelişip güçlenmesi ve talepleri ile şekillenmişlerdir. İkinci kuşak haklar ise devletin kurumsallaşması ve toplumda artan refah talepleri neticesinde 20. yüzyılın başında ortaya çıkan ekonomik, sosyal ve kültürel haklara karşılık gelmektedir⁷⁴. Bu grup ise işçi sınıfının talepleri doğrultusunda gelişmiştir. Üçüncü kuşak haklar ise 20. yüzyılın sonlarında ortaya çıkan çevre hakkı, barış hakkı gibi ihtiyaç ve taleplere karşılık gelmektedir. Bu kuşak hak grubunun dünya ve geleceğe ilişkin kaygılar sonucu ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁷⁵.

⁷⁰ Tolga Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler”, (VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu’nda Sunulan Bildiri, 2014).

⁷¹ Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, (s. 26).

⁷² Atilla Yayla, Anayasa Teorisine ve Hukukuna Giriş, Ankara: Adres Yayınları, 2018, (s. 139).

⁷³ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri(Genel Esaslar), (s. 258).

⁷⁴ Yayla, Anayasa Teorisine ve Hukukuna Giriş, (s. 139); Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri(Genel Esaslar), (s. 258).

⁷⁵ Yayla, Anayasa Teorisine ve Hukukuna Giriş, (s. 139).

Doktrininde karşılaşılan tasniflerden bir diğeri hakkın kullanılmasına göre yapılan tasniftir. Buna göre bireyin tek başına, toplumun geri kalanından bağımsız ve özgür biçimde kullanabildiği haklar bireysel hak olarak nitelendirilirken, birden çok kişinin bir birlik oluşturarak kullanmak zorunda bulunduğu haklar kolektif haklar olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Görüldüğü üzere doktrinde haklara ilişkin pek çok tasnif mevcuttur. Ancak günümüzdeki trend ve AİHM ile AYM içtihatları bu tasniflerden ziyade her hakkın negatif ve pozitif karakterdeki yükümlülükleri gerektirebileceğine dönüktür.

1.6.2. Yükümlülüklerin Tasnifi

Hakların kategorik biçimde birbirinden ayrılarak tasnif edilmesinin somut gerçekliği karşılamadığı daha önceden ifade edilmişti. Bu bağlamda ABD vatandaşı bir filozof olan Henry Shue tarafından kaleme alınan ve ilk basımı 1980 yılında yapılan Basic Rights kitabında yükümlülükler üzerinden yapılmış üçlü bir ayırım önerilmiştir. Yazara göre her şeyden önce negatif ve pozitif hak ayırımı oldukça genel kalmakta, negatif haklar için dahi devletin pek çok külfete katlanması gerekmektedir⁷⁷. Buna göre her bir hak karşısında bir tip yükümlülük yoktur, aksine devletin her bir hak bağlamında somut olayın özelliklerine göre müdahale etmekten kaçınmak, korumak ve yardım etmek biçiminde üç tip yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁸. Bu bağlamda bir temel haktan bireylerin etkin biçimde faydalanabilmesi için, devlet tarafından çeşitli tipteki yükümlülüklerin birlikte yerine getirilmesi gerekmektedir⁷⁹. Yazar için müdahaleden kaçınma yükümlülüğü bildiğimiz anlamı ile devletin pasif kalmasını, müdahale etmemesini gerektiren bir yükümlülük tipidir. Koruma yükümlülükleri ise somut olayın özelliklerine göre bazı durumlarda anlık (akut) müdahaleler ile bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasını, bazen de yasama organı vasıtasıyla etkin ve koruyucu tedbirlerin alınması ile uzun soluklu faaliyetleri bünyesinde barındırmaktadır⁸⁰. Yazar için devletin üçüncü tip yükümlülüğü ise yardım etme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük tipi yazara göre doğal bir afetten, devletin koruma ve kaçınma yükümlülüklerini ihmal etmesinden ya da ebeveynlerin

⁷⁶ Dilara Dönmezkuş, “Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, (s. 15).

⁷⁷ Henry Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, New Jersey: Princeton University Press, 2020, (s. 36-37).

⁷⁸ Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, (s. 5).

⁷⁹ Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, (s. 50).

⁸⁰ Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, (s. 55-62).

çocuklarını besleme ve büyütme yükümlülüklerini ihlal etmesi gibi özel kişilerin diğer kişilere karşı olan yükümlülüklerini ihmal etmelerinden doğabilir⁸¹. Devlet bu durumda bulunan kişilere temel hak ve hürriyetlerinden faydalanabilmeleri noktasında yardım etmek zorundadır. Neticede yazara göre hakların negatif ve pozitif biçiminde kategorize edilmesi yerine, yükümlülüklerin her bir hak için çeşitli şekil ve kombinasyonlarda ortaya çıkabileceği kabul edilmeli ve devletin yükümlülükleri bu perspektif üzerinden değerlendirilmelidir.

Yükümlülüklerin üçlü tasnifi bağlamında değerlendirmelerde bulunmuş bir diğer yazar ise Asbjorn Eide'dir. Norveçli bir insan hakları uzmanı ve eski Birleşmiş Milletler raportörü olan Eide 1987 yılında hakların üç tip yükümlülük içerdiğini ve bunların çeşitli katmanlarda ortaya çıktığını ifade etmiştir. Eide'ye göre her bir hak için mevcut olan yükümlülüklerden ilk seviyede bulunanı saygı gösterme yükümlülüğüdür⁸². Devamında yazara göre devlete yüklenen ikinci seviyedeki yükümlülük koruma yükümlülüğüdür ve bu yükümlülük kişilerin devlet tarafından üçüncü kişilerin eylemlerinden korunması anlamına gelmektedir⁸³. Bu yükümlülük tipi ihlale karşı koymak ya da ihlali önlemek biçiminde tezahür edebilir, diğer bir ifade ile önleyici ya da bastırıcı nitelikte olabilir⁸⁴. Hatta bu özelliği dolayısıyla ilgili yükümlülüğün hukuk ile hukuki gerçekliği birbirine yaklaştırdığı öne sürülmüştür⁸⁵. Bu tespite göre, örneğin yaşam hakkının yalnızca yasa ile ihlalden sonra failin cezalandırılmasına dönük olarak güvence altına alınması yeterli değildir, aynı zamanda ihlalden önce de gereken önlemlerin alınması gerekmektedir⁸⁶. Bu yönüyle de hukuk ile hukuki gerçeklik yakınlaşmaktadır. Üçüncü ve son seviyedeki yükümlülük ise yerine getirme yükümlülüğüdür (fulfill). Yazar, ekonomik ve sosyal hakların pozitif statü hakları olarak devletin üçüncü seviyedeki aktif eylemini, diğer bir ifade ile yerine getirme yükümlülüğünü gerektirdiğini eleştirmektedir. Benzer şekilde kişi hakları ve siyasi hakların da negatif statü hakları olarak yalnızca saygı gösterme yükümlülüğünü gerektirdiği doğru bir tespit değildir. Yazara göre bazı kişi hakları devletin üç seviyede de yükümlülüğünü gerektirebilir, benzer şekilde

⁸¹ Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, (s. 55-62).

⁸² Asbjorn Eide, Report on the to Adequate Food as a Human Right, Birleşmiş Milletler, Cenevre, 7 Temmuz 1987, (s. 24). <<https://digitallibrary.un.org/record/139080>>

⁸³ Eide, Report on the to Adequate Food as a Human Right, (s. 24).

⁸⁴ Eide, Report on the to Adequate Food as a Human Right, (s. 35).

⁸⁵ Matthias Herdegen, "Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması", Çev. Gökhan Güneysu, Anayasa Teorisi, Der., Otto Depenheuer & Christoph Grabenwarter, Çev. Edt. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, (s. 295).

⁸⁶ Herdegen, "Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması", (s. 295).

ekonomik ve sosyal haklar da pek çok durumda devletin saygı gösterme yükümlülüğü ile etkin biçimde korunabilir⁸⁷. 2001 yılında teorisini geliştiren Eide, üçüncü seviyedeki yerine getirme yükümlülüğünün kolaylaştırma ve sağlama yükümlülüğünü içerdiğini ifade etmiştir⁸⁸. Çalışmamızın başında ekonomik ve sosyal hakların kaynak gerektiren haklar olduğu, kişi haklarının ise kaynak gerektirmeksizin devletin yalnızca müdahale etmekten imtina etmesinin yeterli olduğu hak grubu olarak tasnif edilmesinin yetersiz olduğundan bahsedilmişti. Eide de bu varsayımın yalnızca ekonomik ve sosyal hakların devletin üçüncü seviyedeki yerine getirme yükümlülüğünü gerektirdiği ve kişi hakları için devletin birinci seviyedeki saygı gösterme yükümlülüğünün söz konusu olduğu somut durumlarda doğru olabileceğini ifade etmektedir⁸⁹. Neticede yazar öncelikle yükümlülükleri üçe ayırmış ve onları katmanlı biçimde sıralamış, devamında hemen her hakkın kullanılmasında üç tür yükümlülüğe de ihtiyaç duyulabileceğini tespit etmiştir.

Doktrinde yükümlülüklerin üçlü tasnifini benimseyen yazarlardan bir diğeri de Ida Elisabeth Koch'tur. Yazmış olduğu makalesinde Koch kendisinden önce yapılan üçlü tasnifi benimsemiş ve bu yükümlülükler ile onların kendi içerisindeki ilişkisini tartışmıştır. Öncelikle yazara göre saygı gösterme yükümlülüğünün finansal bir maliyet ortaya çıkarmadığı tespiti doğru değildir, kamu görevlilerinin bireylerin hak ve hürriyetlerini ihlal etmemesi amacıyla eğitilmesi ve kurumsal çerçevenin oluşturulması ciddi bir mali kaynak gerektirmektedir⁹⁰. Yine yazara göre üç tip yükümlülük içerisinde en tartışmalı olanı yerine getirme yükümlülüğüdür. Çünkü koruma ve bilhassa saygı gösterme yükümlülüğünde devletin yapması gerekenler görece belirli hususlardır. Buna karşılık yerine getirme yükümlülüğü sözkonusu olduğunda, bunların somut olay üzerinden tespit edilmesi gerekmekte ve bu hususta açık bir pozitif düzenleme de bulunmamaktadır. Hatta yazara göre yerine getirme yükümlülüğü söz konusu olduğundan artık hukuk devleti paradigmasından ayrılarak refah devleti paradigmasına geçilmektedir⁹¹. Çünkü artık kişilerin haklarının ihlal edilmemesi ya da diğer kişiler tarafından yapılacak ihlallerin önlenmesi geride kalmış, bireylerin hak ve hürriyetlerinden etkin biçimde yararlanabilmesi için mevcut

⁸⁷ Eide, Report on the to Adequate Food as a Human Right, (s. 24).

⁸⁸ Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", Economic, Social and Cultural Rights a Textbook, Der., Asbjørn Eide & Catarina Krause & Allan Rosas, London/Boston/Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, (s. 24-25).

⁸⁹ Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", (s. 23).

⁹⁰ Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", (s. 137).

⁹¹ Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", (s. 15).

engellerin kaldırılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda üçüncü tipteki yerine getirme yükümlülüklerinin tespiti ve hangi kaynakların ne miktarda tahsis edilmesi gerektiğinin yargı organınca somut olaylar üzerinden belirlenmesi onu yasama organına yakınlaştırmakta ve tartışmalara yol açmaktadır⁹². İşte geldiğimiz bu nokta devletin aktif müdahalesini gerektiren yükümlülüklerin tespiti bağlamında yargı ile yasama organı arasındaki ilişkiden bahisle kuvvetler ayrılığı ilkesinin tartışıldığı noktayı oluşturmaktadır. Gerçekten de yargı organının pozitif hükümlerce tespit edilmemiş ve somut olayın özelliklerine göre şekillenen bir takım hususları devletin üçüncü seviyedeki yerine getirme yükümlülüğü biçiminde tespit etmesi, onu kural koyar bir noktaya taşımaktadır. Yine çalışmamızın başında sosyal ve ekonomik hakların dava edilemez haklar olduğu tespitinin yanlış bir varsayım olduğu vurgulanmıştı. Yazar bu bağlamda bir kısım sosyal ve ekonomik hakların dava edilemez olduğunu kabul etmekle birlikte dava edilebilir nitelikteki sosyal ve ekonomik hakların aslında üçüncü seviyedeki yerine getirme yükümlülüğünü gerektiren haklar olduğunu tespit etmektedir⁹³. Diğer bir ifade ile bir hak ister kişilik hakları olarak nitelendirilen hak grubuna dahil olsun, ister ekonomik ve sosyal haklar grubuna dahil olsun, eğer devletten üçüncü seviyedeki yerine getirme yükümlülüğü beklenebilir nitelikte ise, ilgili hak dava edilebilir haktır.

Üçlü ayırım hususunu ulusal doktrinimizde de takip eden yazarlar mevcuttur. Bu bağlamda Perdecioğlu konut hakkı örneği ile üçlü tasnifi izah etmektedir. Yazar'a göre negatif karakterdeki ilk yükümlülük olan saygı gösterme yükümlülüğü bağlamında kişi konutundan çıkartılamaz, ikinci yükümlülük tipi olan ve somut olayın özelliklerine göre negatif ya da pozitif karakterli olabilen koruma yükümlülüğü uyarınca kişi konut hakkına dönük ihlallere karşı korunmalıdır ve nihayet üçüncü tip pozitif yapıdaki yerine getirme yükümlülüğü bağlamında kişinin konuta sahip olabilmesine yardım edilmelidir⁹⁴.

Gelinen bu nokta aslında çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz pozitif yükümlülükler doktrini ile hakların yükümlülükler üzerinden tasnifi arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Doktrinde yükümlülüklerin ve hakların çeşitli biçimlerde tasnifi mevcut iken, AİHM ve AYM yükümlülüklerin pozitif ve negatif biçimindeki

⁹² Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", (s. 15).

⁹³ Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", (s. 25).

⁹⁴ İsmail Emrah Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

tasnifi ile pozitif yükümlülüklerin de kendi içerisinde maddi ve usule dönük ayrımını kullanmaktadır. Bu açıdan saygı gösterme yükümlülüğünün negatif yükümlülüklerle dahil olduğu açıktır. Buna karşılık koruma yükümlülükleri somut olayın özelliklerine göre negatif ve pozitif karakterli olabilir. Bu açıdan her ne kadar öğretide aksini iddia eden ve koruma yükümlülüklerinin negatif karakterde olduğunu düşünen yazarlar mevcut olsa da⁹⁵, devletin bilhassa önleyici ve düzeltici nitelikteki koruma yükümlülüklerinin onun aktif müdahalesini gerektirdiğinden bahisle pozitif karakterde olduğu tarafımızca değerlendirilmektedir. Yerine getirme yükümlülüğü ise her durumda pozitif nitelikte olan, diğer bir ifade ile devletin aktif müdahalesini gerektiren bir yükümlülük grubudur.

Yukarıda izah edilenler ışığında teorik biçimde bu üç tür yükümlülük her ne kadar kolay biçimde birbirinden ayrılabilse de pratikte bu her zaman mümkün olamamaktadır. Hatta bazı durumlarda bu yükümlülüklerin çakışması dahi mümkündür. Örneğin Lavrysen tarafından verilen örnekte kirlilik üretmesine rağmen bir fabrikaya devlet tarafından ruhsat verilmesi durumunda devlet hem kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını korumakta yetersiz kalarak koruma yükümlülüğünü ihlal etmiş, aynı zamanda da ruhsat vererek bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına saygı yükümlülüğünü ihlal etmiştir⁹⁶. Bu hususa verilebilecek bir diğer örnek ise kamu ve özel ortaklıkları ile girişilen faaliyetlerde meydana gelebilecek hak ihlalleridir. Bu gibi durumlarda devlet yine hem eylemleriyle ihlale sebep olarak saygı gösterme yükümlülüğünü ihmal etmekte, hem de özel kişilerin eylemlerine engel olmayarak koruma yükümlülüğünü ihmal etmektedir. Neticede aslında çalışmamızın ileriki bölümlerinde içtihatlar üzerinden tartışacağımız gibi negatif ve pozitif karakterdeki yükümlülüklerin aynı somut olayda çakışması mümkün olabilmektedir. Ancak her ne kadar bu tasnifte yükümlülükler arasındaki sınırlar keskin olmasa ve çakışmalar mümkün olabilse de, Gülfidan'a göre ilgili tasnif tüm temel hakların somut olayın özelliklerine göre devletin negatif ya da pozitif yükümlülüklerini gerektirebileceğini gösterdiğinden oldukça önemlidir⁹⁷.

⁹⁵ Zeynep Şişli, "İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri: Telafi mi, Koruma mı?", İzmir Barosu Dergisi, 84-3 (2019), (s. 184).

⁹⁶ Laurens Lavrysen, "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights", Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, Der., Yves Haeck & Eva Brems, Netherlands: Springer, 2013, (s. 73).

⁹⁷ Gülfidan, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 73-74).

Tıpkı hakların çeşitli biçimlerdeki tasniflerinin mevcut olduğu gibi yükümlülükler de öğretilerdeki yazarlar tarafından farklı tasniflere tabi tutulmuştur. Bu bağlamda devletin yükümlülüklerinin kaynağının onun yasa yapabilme ve uygulayabilme kudretinden kaynaklandığını belirten Eltimur, temel hak ve hürriyetlerin devlete tanıma, saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü yüklediğini ifade etmektedir⁹⁸. Yazara göre devlet öncelikle bireylerin haklarını tanımakla yükümlüdür. Aktarılan dördü tasnifi benimseyen yazarlardan bir diğeri ise Tarık Gümüş'tür. Ona göre de devletin tanıma, karışmama, koruma ve temin etme yükümlülükleri bulunmakta, bu dört tip yükümlülükde pozitif karakterli olabilmekte, ancak bilhassa koruma ve temin etme yükümlülükleri pozitif nitelik taşımaktadır⁹⁹. Yazar aynı zamanda koruma yükümlülüğünün bireyin devlet dışındaki üçüncü kişiler tarafından hakkının ihlal edilmesi halinde yerine getirmesi gereken önleyici ve bastırıcı faaliyetleri ifade ettiğini tespit etmektedir¹⁰⁰. Bu çıkarım dikey ilişkilerde devletin ihlalden kaçınmasının (saygı gösterme yükümlülüğü) ihlali önlemek için yeterli olacağı ön kabulüne dayanmaktadır. Ancak daha önceden de ifade edildiği üzere yalnız başına kaçınma ya da pasif tavır dikey ilişkilerde dahi ihlali önlemek için tek başına yeterli değildir. Bu bağlamda dikey ihlalin önlenmesi amacıyla hukuksal bir altyapının tesis edilmesi, ihlalden imtina edecek kişilerin yetiştirilmesi ve istihdam edilmesi, ihlal gerçekleşen durumlarda etkin bir yargısal koruma sağlanabilmesi de gerekmektedir. Devletin ihlallerden kaçınması ya da hakkın kullanımını için uygun ortamı hazırlaması, diğeri bir ifade ile saygı gösterme ve yerine getirme yükümlülüğüne uygun hareket etmesi yeterli değildir, aynı zamanda bireylerin yata y ihlallerden korunması da gerekmektedir¹⁰¹.

Yine öğretide tarandığında Kaboğlu'nun devletin insan hakları bağlamındaki yükümlülüklerini saygı göstermek, korumak ve geliştirmek olarak sıraladığı görülmektedir¹⁰². Eren ise devletin yükümlülüklerini saygı gösterme, uygulama ve koruma yükümlülüğü olarak sıralamakta; uygulama yükümlülüğünün bireylerin

⁹⁸ Dilara Yüzer Eltimur, AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul: Onikilevya Yayınları, 2019, (s. 63-70); Benzer: Namık Kemal Öztürk, Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021, (s. 114).

⁹⁹ Tarık Gümüş, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, (s. 42).

¹⁰⁰ Gümüş, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 42).

¹⁰¹ Muhammet Murat Ülkü, Hürriyetinden Mahrum Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2019, (s. 86).

¹⁰² Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri(Genel Esaslar), (s. 241).

insan haklarından istifade etmesini sağlayan ve kolaylaştıran yerine getirme yükümlülükleri olduğunu, koruma yükümlülüklerinin ise önleyici ve düzeltici yükümlülükler olduğunu ifade etmektedir¹⁰³. Yazar'a göre devletin vatandaşlarına insan haklarını tanıması ve insan hakları metinlerine çekincesiz biçimde taraf olması insan haklarına saygı yükümlülüğünden ileri gelmektedir¹⁰⁴. Yazar, AİHS 1. maddesinin başlığının 'insan haklarına saygı yükümlülüğü' olmasına karşılık içeriksel anlamda taraf devletlere insan haklarını tanıma yükümlülüğü yüklediğini tespitine dayanak olarak göstermektedir. Yakın olduğumuz bu görüş doğru kabul edildiği takdirde, tamamıyla negatif karakterli bulunan ve devletin müdahaleden imtina etmekle yetinebileceği düşünülen saygı yükümlülüğünün dahi somut olayın özelliklerine göre pozitif karakterde olabileceği değerlendirilebilir. Yazar aynı zamanda yetkili makama başvuru hakkı ile başvuru yolları ve süresinin gösterilmesinin önleyici, zararın tazmininin ise düzeltici koruma yükümlülüklerinin gerekleri olduğunu tespit etmektedir¹⁰⁵. Benzer şekilde Döner'e göre ise devlet insan haklarını ihlal etmekten kaçınmak ile birlikte kişiler arasında meydana gelebilecek ihlalleri önlemek ve bunlara yönelik hak arama yollarını öngörmek, aynı zamanda haksız müdahalenin olumsuz sonuçlarını da ortadan kaldırmak yükümlülüğü altındadır¹⁰⁶. Gemalmaz ise kavramsal tanımlardan ziyade devletin ihmali halinde sorumluluğunun doğabileceği yükümlülükleri derlemiştir. Buna göre "*güçsüzü koruyup güçlüyü frenleyen, haksızı caydıran nitelikli mevzuatın ihdası; ihdas edilen mevzuat, mekanizma ve uygulamaların işlerliğinin mevcut olması, özel kişiler arasında meydana gelebilecek ihlallerde failerin tespiti ve cezalandırılması, ihlalin önlenmesi adına cezalandırmadan daha geniş biçimde yönetsel, ekonomik ve eğitsel tedbirlerin alınması*"¹⁰⁷ yazara göre devletin yükümlülüklerini oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere gerek hakların gerekse yükümlülüklerin tasnifi konusunda öğretide pek çok görüş bulunmaktadır. Bu görüşler birbirinin tamamen zıttı olmasa da, kullanılan kavram ve kavramlara atfedilen içeriksel farklılıklar neticesinde fikirsel bir çeşitliliğin mevcut olduğu tespit edilebilir. Hatta bu durum 1982 Anayasasına dahi yansımış vaziyettedir. Anayasa'nın kendisi statü hakları üzerinden bir tasnif yapmış olsa da, temel hak ve ödevler başlıklı ikinci kısmın genel hükümler

¹⁰³ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, (s. 503).

¹⁰⁴ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, (s. 446).

¹⁰⁵ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, (s. 504-505).

¹⁰⁶ Ayhan Döner, Türk Anayasa Hukuku, Erzincan: Doğu Yayınevi, 2020, (s. 55).

¹⁰⁷ Gemalmaz, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, (s. 543).

başlıklı birinci bölümünün genel gerekçesi incelendiğinde, “..devletin bu hak ve hürriyetler önünde «müdahale etmez», «çekimser» bir tutum benimsemesi gereği belirmiştir. Temel hak ve hürriyetlerden herkesin yararlanabilmesi, yani bunların herkes tarafından kullanılabilir hale gelebilmesi için devletin «müdahale etmez» tutumunun yetersizliği nedeniyle, hak ve hürriyetlerin devlet tarafından desteklenmesi yani devletin hak ve hürriyetlerin gerçekleşmesine yardımcı olması gereği de benimsenmiştir...” ifadeleri ile temel hak ve hürriyetler arasında statüsel bir ayırım yapmaksızın devletin aktif müdahalesinin gerekebileceği tespit edilmiştir¹⁰⁸. Bu noktada yapılan tasnifleri genişletmek ve ayrıntılandırmak, somut olayın kavranmasını daha güç hale getirebilir. Aynı zamanda yükümlülüklerin niceliksel olarak artırılması, devletten beklenen eylemin hangi kategoriye uygun olacağının tespiti noktasında güçlükler doğurabilir. Çünkü yükümlülükler arasındaki sınırlar maalesef keskin kriterler vasıtası ile tespite elverişli değildir. Buna karşılık yükümlülükler tasnif etmeksizin hakların statüsel olarak ayırımı ise yanlış bir ön kabul ile harekete geçmek ve tartışmayı basite indirgemek anlamına gelecektir. Bu sebeple önerimiz, temel hak ve hürriyetlerle bağlantılı olarak somut olay incelenirken her türlü ön kabulden uzak biçimde mevcut hakkın tam ve etkin olarak sağlanabilmesi için gerekenlerin tespit edilmesidir. Bu yönüyle gerçekten de hakların tasnifinin günümüz ihtiyaçlarına cevap veremediği, yükümlülüklerin tasnifinin ise haklar bağlamında devletten beklenebilecekleri kavramak noktasında kolaylaştırıcı bir yöntem olduğu, ancak onların dahi keskin farklarla birbirinden ayrılmadığı tespit edilmiştir.

¹⁰⁸ 1982 Anayasası'nın Gerekçesi, (s. 56).
<https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf>

2. YATAY ETKİ

Çalışmamızın temel konularından birini oluşturan yatay etki doktrini, bir bütün olarak anayasanın ve bilhassa onun temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerinin yalnızca devlet ile birey arasındaki dikey ilişkilerde değil, aynı zamanda bireyler arasındaki özel hukuk kapsamında kalan yatay ilişkilerde de etkili olmasını ifade etmektedir¹⁰⁹. Öğretide bu etkinin çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği savunulmaktadır. Kaneti'ye göre bu etki özel hukuk normlarının anayasaya uygun biçimde yorumlanması, anayasaya aykırı özel hukuk normlarının anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi, boşlukların anayasal ilke ve değerlere uygun biçimde doldurulması ve nihayet anayasal hükümlerin yatay ilişkilerde doğrudan uygulanması biçiminde oluşabilir¹¹⁰. Bu tespite bir ekleme mahiyetinde yasama organının henüz yasalaşma sürecinin başında anayasal ilke ve değerleri göz önünde bulundurması ve anayasaya uygun özel hukuk normları ihdas etmesi de eklenebilir. Gerçekten de birer toplumsal mutabakat metni olan anayasalar, benimsemiş ve tanıdığı oldukları haklar, ilke ve değerler ile hukukun ve dolayısıyla sosyal hayatın her alanına yansımaları olan metinlerdir. Doktrinde bir başka yazar da bu gerekçelere benzer biçimde temel hak ve hürriyetlerin özel hukuka etkisini üç seviyede incelemiş, ilk seviyede temel hak ve hürriyetleri yasa koyucuya anayasal bir takım talimatları olarak değerlendirmiştir¹¹¹. Yazara göre bunu ikinci seviyede dolaylı etki olarak ifade edilen ve özel hukukun muğlak kavramlarının anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlanması ve üçüncü seviyede temel hak ve hürriyetlerin doğrudan uygulanmasını ifade eden doğrudan etki takip etmektedir. Çalışmamızın devamında yatay etkiye ilişkin çeşitli tasnifler ve uygulama biçimleri ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu bağlamda şimdilik temel hakların özel hukuka etkisinin çeşitli

¹⁰⁹ David Robertson, *Dictionary of Human Rights*, London/New York: Europa Publications, 2004, (s. 107).

¹¹⁰ Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 53- 1-4 (1990), (s. 200).

¹¹¹ Wim Voermans, "Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What is the Legislature to do? An Intermezzo from a Constitutional Point of View", *Constitutionalisation of Private Law*, der., Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, (s. 36-37).

şekillerde meydana gelebileceği ve ülke pratiklerinde bu hususta bir anlayış farklılığının bulunduğu belirtilmelidir.

Yatay etkinin fikirselsel temeli anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesidir. Bu bağlamda üstün ve bağlayıcı kurallar olan anayasal kurallar, yalnızca devleti değil, özel kişileri de bağlamaktadır¹¹². Toplumsal mutabakatı yansıtan bu normların hukuk sisteminin en tepesine ve dolayısıyla özel hukukun da üstüne yerleştirilmesi, özel hukukun anayasal ilke ve değerlerden bağımsız kalmasını olanaksız hale getirmektedir. Aynı zamanda günümüzde kamu hizmetlerinin pek çoğunun özel kişiler tarafından yerine getirilmesi karşısında yatay ihlallerin giderek daha sık görüldüğü ifade edilmektedir¹¹³. Devletin giderek daha kurumsal bir yapıya dönüşmüş olması, kendini hukukla bağlaması ve sınırsız egemenliğinin giderek insan hakları lehine zayıflaması karşısında bu gün insan hakları bağlamında yaşanan ihlallerin yaygın biçimde dikey ilişkiden çok yatay ilişkilerde meydana gelmesi şaşırtıcı değildir. Bu bağlamda özel hukuk kişileri arasında gerçekleşen ve haksız fiil ya da suç oluşturan eylemler özünde yatay ihlallerdir¹¹⁴. Öyle ise yatay etki doktrinine göre, temel hak ve hürriyetler bu ilişkilere de uygulanmalı, böylelikle bireyin temel hak ve hürriyetleri hem yatay hem de dikey ilişkilerde güvence altına alınarak ideal durum sağlanmalıdır. Ancak böylelikle temel hak ve hürriyetler gerçekten ve etkin biçimde güvence altına alınmış olacaktır.

Her ne kadar yukarıda izah edilenler karşısında temel hak ve hürriyetlerin tam biçimde güvence altına alınması ideal bir hedef olarak gözükse de doktrinde yatay etkiye ilişkin çeşitli eleştiriler mevcuttur. Bu eleştirilerin başında özel hukuk hükümleri mevcut iken temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisine gerek olup olmadığı tartışması gösterilebilir. Gerçekten de uygulamaya bakıldığında özel hukuk uyuşmazlıklarının pek çoğu yine özel hukuk tarafından uygun biçimde çözülmekte, bu bağlamda anayasal ilke ve değerler tartışma konusu dahi olmamaktadır¹¹⁵. Bu bakış açısı yatay etkinin yalnızca mahkemeler önünde bir hakka dayanarak ya da

¹¹² Fazıl Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Matbaası, 2016, (s. 18-19).

¹¹³ Reyhan Sunay, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23-1 (2015), (s. 22).

¹¹⁴ Gökhan Dönmez, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, (s. 259).

¹¹⁵ Wolfgang Rüffer, “Grundrechtskonflikte”, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Der., Christian Strack, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1976, (s. 472), aktaran: Sibel Yılmaz Coşkun, “Anayasal Hakların Çatışması”, Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, (s. 76).

özel hukuk normunun bir hakka uygun biçimde yorumlanması biçiminde ortaya çıktığı kabul edildiği takdirde oldukça tutarlıdır. Buna karşılık yatay etkinin yalnızca özel hukuk uyuşmazlıklarında değil, yasalaşma faaliyetleri ve anayasa mahkemeleri tarafından yapılan yasaların anayasaya uygunluk denetiminde de ortaya çıktığı hesaba katılacak olursa o halde yatay etkiye ihtiyaç olduğu değerlendirilebilir.

Çalışmamızın devamında yatay etkinin görünüş biçimlerine ilişkin yapılan eleştiriler ve bu bağlamda bilhassa doğrudan yatay etki ve irade hürriyeti ilişkisi geniş biçimde tartışılacaktır. Ancak bu başlık altında da genel olarak yatay etkinin irade hürriyeti bağlamında eleştirildiği vurgulanmalıdır. Bu açıdan özel hukuk ilişkilerinde temel hak ve hürriyetlerin geçerli olması demek, bu hak ve hürriyetlerin tıpkı devlete karşı ileri sürüldüğü gibi özel hukuk kişilerine karşı da ileri sürülmesi anlamına gelecektir. Bu durumun bireyin sözleşme ve irade hürriyetine bir sınırlama getirebileceği doktrinde geniş olarak kabul görmektedir¹¹⁶. Gerçekten de örneğin eşitlik ilkesinin tıpkı devlete karşı ileri sürüldüğü gibi özel hukuk ilişkilerinde diğer kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün görünmemektedir. Aksi ihtimal, anayasa tarafından güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir. Yine Anayasa'da bulunan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, kişinin sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin içeriğini elbette bir takım sınırlar dahilinde güvence altına almakta, bu yönüyle devlete karşı ileri sürülen hak ve hürriyetlerin özel kişilere karşı da ileri sürülmesi kişinin dolaylı olarak anayasal haklarını ihlal etmektedir¹¹⁷.

Doktrinde yatay etkiye şüphe ile yaklaşan görüşlerin bir diğer argümanları ise özel kişilerin her birinin anayasal bir hakka dayanması ve bu noktada anayasal hakların çatışması üzerinde toplanmaktadır. Bu bağlamda özel hukuk uyuşmazlıkları sırasında temel hak ve hürriyetler özel hukuka girdiği ölçüde, bir tarafın hakkının baskılanması ve bireysel özgürlüğünün kısıtlanması neticesinde taraflardan birinin hak ve hürriyetinin çatışma içerisinde öncelenmesi gerekmektedir¹¹⁸. Oysa temel hak ve hürriyetlerin düzenleniş mantığı buna uygun değildir. Onlar başlangıçta devleti

¹¹⁶ Jörg Fedtke, "Drittwirkung in Germany", Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study, Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke, Routledge-Cavendish, 2007, (s. 129).

¹¹⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., Borçlar Hukuku Genel Bölümler-Birinci Cilt, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, (s. 504 4. dipnot).

¹¹⁸ Lorenz Fastrich, "Human Rights and Private Law", Human Rights and Private Law : Privacy as Autonomy, Der., Katja S. Ziegler, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007, (s. 28-29)

sınırlamak ve bireyi korumak için getirilmiştir¹¹⁹. Dikey ilişkilerde birey hakkın sahibi olarak hakkı ileri sürmekte, devlet ise hakkın yükümlüsü olarak hakka saygı göstermekte, buna karşılık yatay etkide her iki taraf ta birbirine karşı hak sahibi ve hak yükümlüsü pozisyonunda bulunmaktadır¹²⁰. Devletin bir hak ve hürriyete müdahalesinin ihlal oluşturmaması ise yine anayasa tarafından tanınan belirli şartlara uygun bir müdahale oluşturması ile mümkündür. Söz gelimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin hüküm devletin dikey ilişkide bireyin hakkına müdahalesini sıkı koşullara bağlamıştır. Oysa yatay etkinin kabul edildiği durumda, tarafların hakları karşı karşıya gelmektedir ve bu sorunun çözümüne dönük anayasal bir çözüm de mevcut değildir.

Yatay etkinin görünüş biçimlerine ilişkin doktrinde çeşitli teoriler ve tasnifler mevcuttur. Bu teoriler genellikle iki kutuplu bir sistem analojisi ile izah edilmektedir¹²¹. Bu kutupların bir tarafında yatay etkinin en kesin ve en güçlü biçimini oluşturan doğrudan yatay etki teorisi bulunmaktadır. Kutbun diğer ucunda ise bireysellik, özgürlük ve mahremiyet kaygıları ile yatay etkiyi kökten reddeden devlet eylemi teorisi ya da yatay etkisizlik teorisi mevcuttur¹²². Kutbun ortasında ülke uygulamalarına göre çeşitlenen, farklı yoğunluklarda yatay etki ve dolaylı yatay etki teorisi bulunmaktadır. Çalışmamızın devamında bahsedileceği üzere her ne kadar doktrinde bunun dışında çeşitli tasnifler mevcut olsa da, en yaygın tasnifin yukarıda izah edilen doğrudan yatay etki, dolaylı yatay etki ve devlet eylemi teorileri olduğu söylenebilir. Bu çalışmada da yaygın biçimde benimsenen bu tasnife uygun biçimde kavramlar ayrı başlıklar altında izah edecek, ancak doktrinde yapılmış diğer tasnifler de yeri geldiğinde açıklanacaktır.

2.1. Doğrudan Yatay Etki

Doğrudan yatay etki teorisi Alman hukukçu Hans Nipperdey'in çalışmaları etrafında gelişmiştir. Bir dönem Almanya Federal İş Mahkemesi başkanlığını da yürüten Nipperdey'e göre temel hak ve hürriyetler özel hukuk ilişkilerini yalnızca

¹¹⁹ Tanel Kerikmäe, "EU Charter: It's Nature, Innovative Character, and Horizontal Effect", *Protecting Human Rights in the EU: Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Der., Tanel Kerikmäe, Berlin: Springer, 2014, (s. 10).

¹²⁰ Dawn Oliver & Jörg Fedtke, "Human Rights and Private Sphere – The Scope of the Project", (s. 5).

¹²¹ Stephen Gardbaum, "The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights", *Michigan Law Review*, 102-3 (2003), (s. 395 ve devamı).

¹²² Gardbaum, "The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights", (s. 394).

onlara uygun çıkartılan yasalar yoluyla etkilemez, onlar aynı zamanda tüm hukuk sistemi için normatif, uyulması zorunlu hukuk kuralları oluştururlar ve bu kurallar özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmalıdır¹²³. Aslında yatay etki tartışmaları Nipperdey ile başlamamıştır. 1949 yılında Herbert Krüger tarafından yazılan bir makalede mahkemelerin kendilerini özel hukukla sınırlandıran tutumları eleştirilmiş, anayasal prensiplerin yorum sırasında uygun düştüğü ölçüde göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmişti¹²⁴. Bu öneri birazdan izah edilecek dolaylı yatay etki teorisine daha çok benzemektedir. Oysa Nipperdey tarafından ortaya konulan doğrudan etki teorisi, temel hak ve hürriyetlerin yalnızca özel hukuk kurallarının yorumu sırasında bir rehber olarak değerlendirilmesine karşı çıkmaktadır. Nipperdey'e göre temel haklar yalnızca dikey ilişkilerde ileri sürülebilecek negatif karakterli haklar olmayıp aynı zamanda yatay ilişkilerde de ileri sürülebilir¹²⁵. Aslında Federal Almanya Anayasası'nın insanın onuru ve haysiyetinin korunmasına ilişkin 1. maddesinin 3. fıkrası incelendiğinde “*temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar*”¹²⁶ ibareleri ile açık biçimde temel hakların dikey ilişkilerde devleti bağladığı vurgulanmaktadır. Ancak doğrudan etki teorisi evleviyetle yorum yöntemini kullanarak, temel hak ve hürriyetlerin devleti bağladığı önermesinden hareketle özel hukuk kişilerini de ‘haydi haydi’ bağlayacağı sonucuna ulaşılmaktadır¹²⁷. Hal böyle olunca tıpkı dikey etkide hakların devlete karşı ileri sürülebilmesi gibi temel hak ve hürriyetler özel hukuk ilişkilerine doğrudan etki etmeli, bireyler özel hukuk normlarına dayanmaksızın yalnızca anayasal hükümlere dayanarak hak iddia edebilmeli, herkes diğerinin anayasal haklarına uygun biçimde hareket etme yükümlülüğü altında bulunmalı, kişiler yalnızca anayasal haklarının ihlal edildiği iddiası ile dava açabilmeli ve sonuca ulaşmalıdır. Ancak evleviyetle yorum metodunun da doktrinde eleştirildiği ifade edilmelidir. Bu yorum metodu ile devletin tabi olduğu temel hak ve hürriyetlerin özel kişileri haydi haydi bağlayacağı çıkarımı devleti hiyerarşik olarak özel hukuk

¹²³ Hans Carl Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, Scherpe Verlag, 1961, (s. 14-15), aktaran: Van der Walt, The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, De Gruyter, 2014, (s. 204).

¹²⁴ Walt, The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, (s. 203 dipnot).

¹²⁵ Hans Carl Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, Scherpe Verlag, 1961, (s. 14-15), aktaran: Detlev Belling & Nurten İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, 12/137 (2014), (s. 9).

¹²⁶ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Çeviri: Christian Rumpf & Gökçe Uzar, <https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/Grundgesetz_TR_endg%C3%BCltig.pdf>

¹²⁷ Belling & İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, (s. 7).

kişilerinin üstüne çıkarmakta, diğer bir ifade ile kamu hukuku ile özel hukuk arasında hiyerarşi ilişkisi kurmaktadır¹²⁸.

Neticede Federal Almanya İş Mahkemesi'ne göre insan hakları kamu ve özel hukuk ayrımı olmaksızın etki ve sonuç doğurmalıydı ve bu etki doğrudan biçimde gerçekleşmeliydi¹²⁹. Diğer bir ifade ile özel hukukta uyumsuzluğa ilişkin düzenlemelere ihtiyaç duyulmaksızın haklar yalnızca anayasada bulunmakla taraflar arasında ileri sürülebilmeliydi¹³⁰. İleriki bölümlerde izah edileceği üzere FAM tarafından bu görüşler reddedilmiş ve dolaylı yatay etki teorisi ve devamında koruma yükümlülüğü teorisi benimsenmiştir. Bu sebeple doğrudan yatay etkinin Almanya'da yargı kararlarında yaygın biçimde benimsendiği söylenemez. Buna karşılık bu gün dünyada Hindistan, İrlanda, İsviçre'nin bazı kantonları halen doğrudan yatay etki teorisini kullanmaktadırlar¹³¹.

2.1.1. Doğrudan Yatay Etki Teorisine Dönük Eleştiriler

Doktrinde doğrudan yatay etki teorisine dönük çeşitli eleştiriler mevcuttur. Ancak daha önceden de izah edildiği üzere doğrudan yatay etki teorisi, yatay etki teorileri içerisinde bir kutup başını temsil etmekte, diğer bir ifade ile yatay etkinin en saf ve güçlü görünüm şeklini oluşturmaktadır. Bu sebeple birazdan izah edilecek eleştiriler her ne kadar doğrudan yatay etki teorisine dönük de olsa, herhangi bir zamanda ve yerde o ülkedeki temel hak ve hürriyetlerin yatay etki seviyesiyle doğru orantılı biçimde o ülkede de geçerlidir.

2.1.1.1. Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliğine Dönük Eleştiriler

İnsan haklarının korunması amacıyla getirilen düzenlemeler genellikle dikey ilişkiler düzenlenerek tasarlanmıştır¹³². Gerçekten de temel hak ve hürriyetlerin anayasalarda düzenleniş biçimi incelendiğinde metinsel anlamda açıkça dikey ilişkiyi

¹²⁸ Oya Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Der., Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, 2013, (s. 57).

¹²⁹ Jörg Fedtke, "Drittwirkung in Germany", (s. 140-141).

¹³⁰ Ozan Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı, Cilt-I (2013), (s. 442); Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik, "Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective", Constitutionalisation of Private Law, der., Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, (s. 46).

¹³¹ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", (s. 447); Oliver & Fedtke, Der. Dawn Oliver & Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study, (s. 14).

¹³² Oliver & Fedtke, "Human Rights and the Private Sphere – the Scope of the Project", (s. 5).

düzenlediği görülmektedir. Örneğin bir düzenleme açıkça devletin müdahalesini yasaklayabilir ya da devletin saygı göstermekle yükümlü olduğunu vurgulayabilir¹³³. Bunun karşısında özel hukukta da bireysel ihlallere dönük açık düzenlemeler mevcuttur. Bireylerin bir hukuki işlemde ya da eylemden açık biçimde men edilmesi, ya da belirli biçimde davranma yükümlülüğü özel hukuka ait bir normda emredilmiş olabilir. Hal böyle iken öğretide kişilerin doğrudan temel hak ve hürriyetlere dayanmasına gerek olmadığı, özel hukukun kişiler için yeterli korumayı sağladığı öne sürülmektedir¹³⁴. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin açık biçimde dikey ilişkiyi düzenlediği durumlarda bunların yatay etkide doğrudan uygulanabilir olarak değerlendirilmesi, anayasada buna ilişkin açık hükümlerin bulunmadığı durumlarda yargı tarafından anayasanın ihlal edilmesi anlamına gelecektir¹³⁵.

Temel hak ve hürriyetlerin niteliği ile düzenleniş biçimi bağlamında onların yatay etkisine dönük eleştirilerden bir diğeri ise Belling ve İnce'ye göre onların anayasada kısa ve belirsiz biçimde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır¹³⁶. Gerçekten de özel hukuk uyuşmazlıklarına dönük Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu ile 1982 Anayasası hükümleri hacimsel olarak karşılaştırıldığında, somut uyuşmazlıklara dönük anayasanın oldukça dar ve sınırlı çözümler getirdiği tespit edilebilir. Hal böyle olunca bu hükümlerin özel hukuk uyuşmazlıklarında doğrudan etkili olabileceği iddiasının getireceği bir yarar bulunmamaktadır. Ayrıca örneğin taraflardan biri uyuşmazlık esnasında daha alt düzeydeki, buna karşılık daha özel nitelikteki bir kanuna dayandığında ve bunun karşısında diğer taraf üstün ve bağlayıcı olan genel nitelikteki anayasal hükme dayandığında uyuşmazlık nasıl çözülecektir? Bir taraftan somut olayın hal ve şartlarını tam biçimde karşılayan özel nitelikli bir düzenleme ile bunun karşısında üstün ve bağlayıcı olmasına karşılık genel nitelikteki hüküm davada karşı karşıya geldiğinde buna yönelik bir çözüm yolu gerek anayasada gerek ise yasalarımızda mevcut değildir. Bu durumda doğrudan yatay etkinin temel hakların niteliği bağlamında fayda getirmekten ziyade zararlı sonuçlara dahi yol açabileceği değerlendirilebilir. İzah edilen durumun hukuki belirsizliği artırma ihtimali ile

¹³³ Aharon Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", Human Rights in Private Law, Der., Daniel Friedman & Daphne Barak-Erez, Oxford: Hart Publishing, 2001, (s. 17).

¹³⁴ Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", (s. 17).

¹³⁵ Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", (s. 29).

¹³⁶ Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", (s. 29-30).

birlikte öğretide bir kısım mahkemelerin özel hukuku, bir kısım mahkemelerin ise anayasayı uygulamakla bireylerin eşitlik hakkının da ihlal edilebileceği ifade edilmektedir¹³⁷.

Ayrıca anayasa hükümlerinin kısa ve belirsiz yapıları dikkate alındığında ve bu hükümlere uygun biçimde uyuşmazlıklar çözüldüğünde mahkemeler geniş bir takdir yetkisine sahip olacaktır. Bu durum hukuki belirsizliğe yol açacağından eleştirilmektedir. Ferreira bu eleştiriye katılmamakta, hali hazırda dikey ilişkilerde yorum hususunda temel hak ve hürriyetlerin dikkate alındığını, buna karşılık bir hukuki belirsizlik yaratmadığını öne sürmektedir¹³⁸. Ancak bu sav temelde dikey ilişkiyi düzenlemek için ihdas edilmiş olan temel hak ve hürriyetlerin yine dikey ilişkilerde dikkate alınması ile yatay ilişkilerde dikkate alınmasının aynı sonucu doğuracağını varsaymaktadır. Oysa daha önceden de vurgulandığı üzere temel hak ve hürriyetler genelde açık biçimde devleti sınırlamakta, devlet ile birey arası ilişkiyi düzenlemekte, devletin müdahalesinin sınırlarını ve giderim yollarını açık biçimde belirtmektedir. Bu sebeple dikey ilişkide temel hak ve hürriyetlere doğrudan dayanılması yatay ilişkide temel hak ve hürriyetlere doğrudan dayanılmasına kıyasla oldukça düşük ölçüde bir hukuki belirsizliğe yol açabilir. Örneğin ülkemizde bir idare hukuku mevzuatı dahi bulunmazken bu durum idari yargıda ciddi bir hukuki belirsizliğe yol açmamaktadır. Buna karşılık ülkemizde Medeni Kanun mevcut olmasaydı yaşanabilecek hukuki belirsizlik ve kriz tahayyül dahi edilemezdi. Bu durum iki hukuk sistemi arasındaki temel dinamiklerin farklılığından kaynaklanmaktadır.

Yukarıda temel hak ve hürriyetlerin soyut ve belirsiz yapısı sebebiyle onların yatay ilişkilerde doğrudan uygulanmasına yönelik eleştiriler izah edilmeye çalışılmıştır. Ancak hak ve hürriyetlerin pozitif metinlerdeki belirsiz yapısı yatay ilişkiler bir yana dursun, dikey ilişkide dahi sorun yaratabilmektedir. Hatta bu sebeple temel hak ve hürriyetlerin anayasal sınırlarını inceleyen Küçük, bu sınırlardan bir kısmını “somut sınırlar” olarak nitelendirmekte ve dikey ilişkide doğrudan uygulanabilir olduğunu tespit etmektedir¹³⁹. Yazar somut olarak

¹³⁷ Fulya Kantarcıoğlu, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cebeci/Ankara, 11 Mayıs 2001. (s. 40, tartışma bölümü).

¹³⁸ Nuno Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children, London/New York: Routledge, 2011, (s. 40).

¹³⁹ Adnan Küçük, “1982 Anayasası’ndaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu”, Güncel

nitelendirdiği bu sınırlamalara örnek olarak Anayasa'nın 68. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen bir kısım vatandaşların siyasi partilere üye olamayağına ilişkin hükmü göstermektedir¹⁴⁰. Yazar'a göre bunun karşısında yer alan ve "soyut" olarak nitelendirilen temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal sınırlar ise, muhtevası anayasanın içeriği yardımı ile tespit edilemeyen, yasama organı tarafından çıkarılacak yasalarla uygulama kabiliyeti kazanabilen ve doğrudan uygulanamayan sınırlardır¹⁴¹. Yazar bu grup için örnek olarak Anayasa'nın Başlangıç bölümünün 5. paragrafını vermektedir¹⁴². Gerçekten de ilgili paragraf incelendiğinde bir takım faaliyetin çeşitli ilke ve değerler karşısında koruma göremeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak bu ilke ve değerlerden, örneğin "Türk milli menfaatleri" ya da "Türklüğün tarihi ya da manevi değerleri" ifadeleri gerçekten de soyut nitelikte olan ve açıklanmaya muhtaç kavramlardır. Görüldüğü üzere temel hak ve hürriyetlerin soyut ve belirsiz yapısı dolayısıyla tüm hak ve hürriyetlerin dikey ilişkide doğrudan uygulanabilir olduğu çıkarımı dahi tartışmalı iken onların yatay ilişkilerde doğrudan uygulanabilmesi sorunlu görünmektedir.

2.1.1.2. Hakların Çatışması ve Bireyin Hakkının Sınırlandırılmasına Dönük Eleştiriler

Bir önceki başlıkta anayasal hüküm ile özel hukuk hükmü arasındaki çatışmadan bahsedilmişti. Bu başlıkta ise iki tarafın da doğrudan anayasal hükme dayandığı durumlarda yaşanabilecek çatışmadan bahsedilecektir. Bu noktada doktrinde genel olarak verilen örnek kira ilişkisi ile alakalıdır. Buna göre ev sahibi anayasadaki mülkiyet hakkından faydalanmakta ve evini kiraya verip vermemekle kira sözleşmesinin karşı tarafını ve kira şartlarını belirlemek hususunda serbesttir. Buna karşılık kira ilişkisinin diğer tarafında bulunmak isteyen şahıslar anayasada güvence altına alınan eşitlik ilkesi ile korunmaktadır. Bu tabloda her iki temel hakkın da doğrudan yatay etkisinin mevcut olduğu düşünüldüğünde hakların çatışması gündeme gelmektedir. Çatışmanın çözümüne dönük çeşitli öneriler mevcut olsa da her durumda çatışan haklardan birine öncelik verilmekte ve bu sebeple diğeri

Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Der. Bayram Doğan, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, (s. 21).

¹⁴⁰ Küçük, "1982 Anayasası'ndaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu", (s. 21).

¹⁴¹ Küçük, "1982 Anayasası'ndaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu", (s. 21).

¹⁴² Küçük, "1982 Anayasası'ndaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu", (s. 21).

sınırlanmaktadır. Oysa anayasada belirtildiği üzere bireylerin temel hak ve hürriyetleri ancak anayasadaki gerekçelerde ve yine anayasadaki şartlara uygun biçimde sınırlanabilir, verilen örnekte ise bireyi korumak için getirilen anayasal hükümler bireyin haklarını sınırlamak için kullanılmaktadır¹⁴³. Ayrıca özel hukukta çatışan haklar bağlamında mevcut pozitif sınırlama hükümleri mevcut olmadığından, söz gelimi yatay ilişkiler için Anayasa'nın 13. maddesine benzer bir hüküm bulunmadığından yargıçlar tarafından çeşitli sınırlama kriterleri icat edilmeye başlanacaktır¹⁴⁴. Bu durumun da anayasaya aykırı olmasının yanı sıra hukuki belirsizliği artıracığında şüphe bulunmamaktadır. AYM vermiş olduğu bir kararında belirlilik ilkesini izah ederken “*yasal düzenlemelerin hangi somut eylem ya da olguya hangi hukuksal yaptırım ve sonucun bağlanacağına belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörülebilmesine imkan verecek düzeyde kaleme alınması gerektiğini*” belirtmiş¹⁴⁵, ancak bir başka kararında buna ek olarak yalnızca yasanın öngörülebilir olmasının yetmeyeceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme tarafından “*belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleriyle de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır*”¹⁴⁶ nitelendirmesinde bulunulmuştur. Görüldüğü üzere çatışan haklardan hangisine öncelik verileceğine ilişkin açık pozitif hükümler mevcut olmadığından, bu durumda mahkeme içtihatlarının belirlilik ilkesine zarar vermesi muhtemeldir.

Çatışan haklar bağlamında doktrinde çeşitli öneriler yapılmıştır. Her şeyden önce çalışmamız açısından hakların çatışması kavramı ile yatay ilişkilerde tarafların her ikisinin de temel hak ve hürriyetlere doğrudan ya da dolaylı biçimde dayanması neticesinde özel hukuk normlarının değil, bizatihi anayasal normların karşı karşıya gelmesi ve her iki haktan birinin diğeri lehine sınırlanması mümkün olmaksızın uyumsuzluğun çözülemediği durum ifade edilmektedir. Bu bağlamda getirilen

¹⁴³ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, (s. 447).

¹⁴⁴ Barak, , “Constitutional Human Rights and Private Law”, (s. 17); Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, (s. 447).

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas No: 2013/39, Karar No: 2013/65, Karar Tarihi: 22.5.2013, (s. 5)

¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas No: 2018/73, Karar No: 2019/65, Karar Tarihi: 24/7/2019, (p. 145).

önerilerden bir tanesi çatışan hakların bir kısmının diğerlerinden daha önemli ya da hiyerarşik olarak üstün olduğu gerekçesi ile bunlara diğerleri karşısında öncelik verilmesini teklif etmektedir. Örneğin Aliefendioğlu'na göre Anayasanın değiştirilemez hükümleri, 174. maddesi ve başlangıçta belirtilen ilkeler diğer anayasal hükümlere kıyasla daha ağır bir konumdadır ve anayasanın ruhunu yansıtmaktadır, bu bağlamda çatışma ihtimalinde ağır olanlara öncelik verilmelidir¹⁴⁷. Ancak arz edilen düzenlemelerin ve bilhassa inkılap kanunlarının korunmasına ilişkin hükümler ile değiştirilemez hükümlerin özel hukuk ilişkilerinde uygulama kabiliyeti bulabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar başlangıç bölümünde eşitlik ilkesine ya da kişilerin birbirlerinin haklarına saygı göstermelerine ilişkin bir takım düzenlemeler bulunsa da bunlar aynı zamanda Anayasa'nın maddeleri içerisinde de ayrıca düzenlendiğinden, başlangıçtaki hükümlerin soyut ve belirsiz yapısı dikkate alındığında maddelerin uygulama alanı bulması daha doğru bir yöntem olabilir¹⁴⁸. Yine aynı zamanda bu çözüm yolu 'ağır' olan haklar ile diğer haklar arasında belirli bir hiyerarşi oluşturmaktadır¹⁴⁹. Buna karşılık haklar arasında hiyerarşi oluşturulması temel hak ve hürriyetlerin bütünlüğü ve bağımlılığı ilkesine aykırıdır. İnsan hakları içerisinde değeri, vazgeçilmezliği ve işlevi yönüyle bir ast-üst ilişkisi oluşturulamaz, hakların sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler arasındaki farklılıklar bir hakkı diğerinden daha önemli konuma yerleştirmez¹⁵⁰. Ayrıca haklar arasında hiyerarşi ilişkisinin bulunması için yine anayasada buna ilişkin bir hüküm mevcut olmalıdır, aksi ihtimalde yargıçlar tarafından bu yönde bir hiyerarşi icat edilmesi yine anayasaya aykırılıkla sonuçlanacaktır.

Bir başka çözüm önerisi ise kural çatışmasına ilişkin yöntemlerin hakların çatışmasında da uygulanmasına ilişkindir. Ancak özel nitelikteki bir hakka ilişkin

¹⁴⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, (s. 388-389)

¹⁴⁸ Ayrıca Bknz. Peri Uran, "Anayasaların Başlangıç Kısımları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73/1 (2015), (s. 239).

¹⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Drélingas V. Lithuania Kararı*, Başvuru No: 28859/16, Karar Tarihi 12 Mart 2019, (p. 99); Mahkeme bu kararında yaşam hakkının sözleşme içerisinde hiyerarşik olarak en üstün konumda olduğunu vurguluyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Aksu V. Türkiye Kararı*, Başvuru No: 4149/04, 41029/04, Karar Tarihi 15 Mart 2012, (p. 63); Oysa 15 Mart 2012 tarihli *AKSU v. TÜRKİYE* davasında Mahkeme özel hayata saygı hakkı ile ifade hürriyeti arasında yaptığı değerlendirmede iki hak arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığını vurguluyor. Ancak bu değerlendirmenin ifade edilen iki hak için yapıldığı unutulmamalıdır. 1982 Anayasası'nın 'Temel Hak ve Ödevler' başlıklı ikinci kısmının 'Genel Hükümler' başlıklı birinci bölümünün gerekçesi 2-c bendinde liste başına yaşama hakkının yerleştirildiği ve bunun en önemli hak olduğu ifade edilmiştir.

¹⁵⁰ Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2*, (s. 612-613).

düzenlemenin genel nitelikteki düzenlemeye tercih edilmesi ya da sonraki bir düzenleme ile güvence altına alınan bir hakkın öncekine tercihi, Köküsarı'ya göre insan haklarını yalnızca pozitif temel haklar olarak görmemize sebep olabilir¹⁵¹. Aynı zamanda yazara göre bu yöntem tarafların çatışan hakların aynı haklar olduğu, örneğin iki tarafın da mülkiyet hakkının çatıştığı durumlarda yetersiz kalacaktır¹⁵². Çatışma durumunda ölçülülük ilkesinin kullanılması ise pek mümkün gözükmemektedir. Esasen dikey ilişkide devletin müdahalesinin gereklilik, elverişlilik ve orantılılık esaslarına göre değerlendirilmesine dayanan bu yöntemin yatay ilişkide bir kişinin diğer bir kişinin temel hak ve hürriyetine müdahalesi noktasında kullanılması oldukça güçtür. Aynı zamanda Anayasa'nın 13. maddesindeki düzenlemenin diğer çeşitli kriterler ile bir bütün oluşturduğu da göz ardı edilmemelidir. Müdahalenin ihlal olarak değerlendirilmemesi, bu kriterlerin tümüne uygun olması şartına bağlıdır. Oysa bu hususta yalnızca ölçülülük kriterinin çekilerek yatay ilişkilerde uygulanması müdahalenin ihlal olmadığını tespiti yönünden yetersizdir. Aynı zamanda Anayasamıza göre temel hak ve hürriyetlerin sınırsızlığı esas, sınırlanması ise istisnadır. Bu istisna ancak anayasada buna yönelik açık bir düzenlemenin varlığı ile mümkündür. Bu bağlamda ölçülülük kriteri ile hakların sınırlanması, anayasada buna yönelik bir düzenleme ile desteklenmemektedir.

Yukarıda izah edilenler neticesinde ölçülülük kriterinin yatay ilişkilerde kullanılamaması, dengeleme kriterinin doktrinde savunulmasına neden olmuştur¹⁵³. Ancak pozitif bir düzenleme olmadığından bu dengelemenin de nasıl yapılacağına ilişkin somut kriterler mevcut değildir. Bu konuda Barak hakkın niteliğine ve somut olaya dönük bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin Yazar'a göre sözleşme hürriyeti bir kişiye yöneltildiğinde daha geniş, topluma yöneltildiğinde ise daha dar olmalıdır. Yazar bu hususta restoran örneğini vermekte ve restoran sahibinin buraya yemek amacıyla gelen müşteriler arasında ayırım yapıp yapamayacağı, rengi ya da ırkı dolayısıyla hizmet vermektan imtina edip edemeyeceğini irdelemektedir. Yazar restoran sahibinin irade hürriyeti ile müşterilerin ayrımcılık yasağı ya da eşitlik

¹⁵¹ İsmail Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, (s. 201).

¹⁵² İsmail Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, (s. 207).

¹⁵³ Busch & Schulte-Nölke, *EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law : Fundamental Rights and Private Law*, (s. 15); Collins, "On the (i)ncompatibility of Human Rights Discourse and Private Law", (s. 30); İsmail Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, (s. 226-227); Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", (s. 16).

hakkının çatıştığı bu örnekte, restoran sahibinin irade hürriyetinin toplumun tamamına yöneltildiğini ve bu sebeple dar olduğunu, müşteriler arasında (siyahiler) ayrımcılık yapılamayacağını ifade ediyor¹⁵⁴. Buna karşılık kira örneğinde kiraya verenin sunacağı taşınmazdan yalnızca bir kişinin faydalanabileceğini ve sözleşme hürriyetinin bir kişiye yöneltildiğini, bu sebeple mülk sahibinin irade hürriyetinin geniş olduğunu tespit ederek kiraya verenin kiracısında belirli nitelikleri aramak noktasında özgür olması gerektiğini ifade ediyor¹⁵⁵.

Bir diğer çözüm önerisi ise dengeleme esnasında pratik uyuşum ilkesi olarak ifade edilen her bir hakkın belirli bir miktar sınırlandırılması ve bu hakların optimum seviyede etki edebilmesinin sağlanması olarak ifade edilmektedir¹⁵⁶. Ancak bu öneriler ne seviyede faydalı ya da tutarlı olursa olsun, mahkemelerce uygulanması anayasa tarafından pozitif bir düzenleme ile kapsam ve sınırları belirlenmediği sürece anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Özgürlüğün esas, sınırlandırmanın istisna olduğu modern anayasal düzende, yalnızca faydalı olduğu gerekçesiyle yargıçlar tarafından keyfi biçimde hakların sınırlandırılması mümkün değildir.

2.1.1.3. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yapılan Eleştiriler

Yukarıda da izah edildiği üzere doğrudan etki teorisinin benimsenmesi ile temel hak ve hürriyetlere münhasıran dayanılarak hak iddia edilebilmesi, dava açılabilmesi, hüküm elde edilerek cebri icraya konu edilmesi hususlarında yargıçların oldukça geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne anayasal hakların kendisi ne de onların sınırlandırılmasına ilişkin hükümler bu hususta bir rehber yolu üstlenecek açıklıkta değildir. Hal böyle olunca yargı organının anayasal haklar üzerinden uyumsuzlukların çözülmesi esnasında yasamaya kıyasla önemli bir anayasal konuma eriştiği tespit edilebilir¹⁵⁷. Bu durum da neticede yargının elde ettiği takdir yetkisinin sınırsızlığı bağlamında normların yasama yetkisinin dışına çıkarılması ve jüristokrasi ortamına yol açabilir¹⁵⁸. Oysa yasama organı somut uyumsuzluğun çözümüne yönelik anayasaya uygun kuralları zaten ihdas etmiştir. Bu kurallar taraflar için bir takım

¹⁵⁴ Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, (s. 39).

¹⁵⁵ Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, (s. 39).

¹⁵⁶ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, 1982, (s. 136); Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, (s. 53); Kommers & Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, (s. 68).

¹⁵⁷ Dönmezkuş, “Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü”, (s. 79-80).

¹⁵⁸ İsmail Emrah Perdecioğlu, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi Ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 43 (2020), (s. 58).

bağlayıcı hükümler ihtiva ederken aynı zamanda uyuşmazlığın çözümü sırasında yargı organının sınırsız bir takdir yetkisi elde etmesine de engel olmaktadır. Buna karşılık somut ve yeterli açıklıktaki kurallardan uzaklaşıldığı ölçüde takdir yetkisinin de genişleyeceği öngörülebilir.

2.1.1.4. İrade Hürriyeti Bağlamında Yapılan Eleştiriler

Doğrudan yatay etki teorisinin kişinin irade hürriyetini ve sözleşme hürriyetini ciddi anlamda sınırlandırdığı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Biraz önceki kira örneğinde ev sahibinin eşitlik ilkesi bağlamında kendi mülkü üzerinde dahi irade ve sözleşme hürriyeti sınırlandırılmış vaziyettedir. Hatta Gören tarafından verilen ve somut olayı daha da egzajere ederek durumu gözler önüne seren örneğe göre eşitlik ilkesinin tıpkı devleti bağladığı gibi özel hukuk kişilerini de bağladığı düşünülecek olursa evlilik kurumunun dahi bundan etkileneyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁹. Benzer durum miras hususunda da geçerlidir. Buna göre miras bırakanın son arzusu olan ve mümkün olduğunca yerine getirilmesi gereken vasiyeti dahi, eşitlik ilkesine uygun olduğu ölçüde takip edilebilecektir. Bir miras bırakanın saklı paya dokunmaksızın yaptığı ölüme bağlı tasarrufları ve bağışları dahi anayasal eşitlik ilkesine uygun olmak durumunda kalacaktır. Görüldüğü üzere doğrudan yatay etkinin kabul edilmesi ile irade özerkliğinin ciddi derecede sınırlanması kaçınılmazdır¹⁶⁰.

Bu noktada doktrinde bir görüş bu eleştiriye karşı çıkmakta, irade ve sözleşme hürriyetinin de tıpkı eşitlik ilkesi gibi anayasalarda açıkça veya başka haklara mündemiç biçimde güvence altına alınmış bir hak olduğundan bahisle irade hürriyetinin de doğrudan yatay etkisinin mevcut olabileceğini ifade etmektedir¹⁶¹. Bu bağlamda ilgili görüşe göre örneğin kira örneğinde kiraya verenin kişisel özerliği ve irade hürriyetinin kiracıların eşitlik hakkına baskın gelebileceği öne sürülmektedir. Ancak aksi durumun gerçekleşmesini önleyecek hiçbir kural da mevcut değildir. Diğer bir ifade ile kiracıların eşitlik ilkesinin mülk sahibinin irade hürriyetine baskın gelmesine ne mani olacaktır? Bir hakkın diğerine öncelenmesine ilişkin pozitif bir hüküm bulunmadığından ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin

¹⁵⁹ Zafer Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cebeci/Ankara, 11 Mayıs 2001. (s. 13).

¹⁶⁰ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, (s. 77).

¹⁶¹ Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children, (s. 42).

hükümlerin yatay ilişkilerde uygulanma kabiliyeti bulunmadığından ilgili görüşün argümanı bir niyet beyanından öteye gidememektedir.

Sözleşme yapma, yapmama ve içeriğini belirleme hürriyeti olan ve yalnızca tek taraflı değil, her türlü hukuki işlemi kapsayan sözleşme özgürlüğü hassas bir dengede durmaktadır¹⁶². Bu bağlamda Hirsch'e göre anayasal hükümler üstün ve bağlayıcı hükümler olduğundan sözleşme yoluyla bertaraf edilemezler¹⁶³. Bu bağlamda sözleşme hükümleri yalnızca anayasal hükümlerin cevaz verdiği ölçüde geçerli kalabilir¹⁶⁴. Ancak aynı zamanda özel hukuk sözleşmesinin taraflardan biri aleyhine dengesizlik içermesi de yalnız başına devletin müdahalesi için yeterli değildir. Devletin koruma görevi ve pozitif yükümlülükleri olduğu fikri, yalnızca dengesizlik içerdiği ya da taraflar arasında ölçsüzlük doğurduğu gerekçesiyle irade hürriyetine yapılan müdahaleyi haklı kılmayacaktır. Bu hususta AYM'nin *Mustafa Karaca Başvurusu*¹⁶⁵ oldukça önemlidir. Somut olayda başvuru bir başka özel hukuk kişisi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi imzalamış ve sözleşmede taşınmaza karşılık bir bedel belirlenmiştir. Akabinde başvuru aleyhine bu sözleşmeye dayanılarak tapu iptali ve tescili davası açılmış, sözleşmede belirlenen bedel başvuru lehine depo edilmiştir. Başvuru somut olayda taşınmazın gerçek değerinin değil, sözleşmede belirlenen bedelin depo edildiğini, satış bedelinin derece mahkemesi tarafından harca esas alınan değer üzerinden belirlenmesi gerektiği savunmaktadır. Bu olayda AYM *“özel borç ilişkilerindeki edimler kural olarak eşit konumda bulunan tarafların serbest iradeleriyle belirlenir. Sözleşmedeki edimlerin belirlenmesinde mutlak anlamda bir eşitlik ve adalet fikrinden hareket edilmiş olması gerekmez. Özerk bir varlık olarak birey kendi çıkarının ne olduğunu ve ne tür bir edimin kendi menfaatine sonuç doğuracağını en iyi bilebilecek konumdadır. Buna bağlı olarak bireyin yaptığı sözleşmenin hukuksal sonuçlarına katılma sorumluluğu ve mecburiyeti bulunmaktadır. Bireylerin özgür iradeleriyle akdettikleri sözleşmelerin taraflara yüklediği edimler arasında dengesizlik bulunması da söz konusu olabilir. Ancak özerk bireyin serbest iradesiyle yüklendiği edimin taraflardan birine ölçsüz bir*

¹⁶² Ahmet Battal, “Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Cebeci, 2001, (s. 48-49).

¹⁶³ Ernst E. Hirsch, “Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara: Sevinç Yayınları, 1972, (s. 12-13).

¹⁶⁴ Hirsch, “Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, (s. 12-13).

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Mustafa Karaca Başvurusu, Başvuru No: 2014/11657, Karar Tarihi: 22.6.2017.

külfet yüklemiş olması ve edimler arasında dengesizlik bulunması kural olarak devletin müdahalesini gerektirmemektedir. Kamu müdahalesi ancak hata, hile, zorlama gibi bireyin iradesini sakatlayan istisnai durumların varlığı koşuluyla haklı görülebilir. Bu gibi müstesna haller haricinde kamunun özel hukuk sözleşmeleriyle yüklenen edimlere -adalet düşüncesiyle bile olsa- müdahale, özerk bireyin devletin vesayeti altına sokulması anlamına gelir ki bu durum özgürlükçü demokratik hukuk devletiyle bağdaşmaz. Devletin özel borç ilişkilerindeki rolü üstün buyurma gücüne dayanarak sözleşmelerin ifasını sağlamaktan ibarettir¹⁶⁶” tespitinde bulunmuştur. Neticede somut olayda başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere taraflar her ne kadar sözleşme yaparken anayasal kurullarla bağlı olsalar da, devletin koruma yükümlülüğü ya da pozitif yükümlülüğü dolayısıyla özel hukuk sözleşmelerine her durumda müdahale etmesi düşünülemez. Ancak hata, hile, zorlama gibi irade sakatlıklarının bulunduğu durumlarda irade hürriyetine müdahale meşru sayılabilir. Bunun dışındaki hususlarda bireyler sözleşmenin karşı tarafını ve içeriğini belirlemede özgürdürler.

2.2. Dolaylı Yatay Etki

Dolaylı yatay etki teorisi, doğrudan yatay etki teorisinin kişilerin temel hak ve hürriyetlere doğrudan ve aracısız biçimde dayanarak hak iddia edebileceği fikrini reddetmektedir. Buna karşılık dolaylı yatay etkiye göre anayasal ilke ve değerler, özel hukuktan tamamen bağımsız ve yatay ilişkilerde tümünden göz ardı edilebilecek hususlar da değildir. Bunlar özel hukukun yorumlanmasında bir rehber olarak kullanılmalıdır. Teoriye göre bilhassa özel hukukun soyut ve geniş kavramları, örneğin iyi niyet, kamu düzeni ya da ahlaka aykırılık, gibi hususlar anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlanmalıdır. İlgili teori de tıpkı doğrudan yatay etki teorisi gibi Almanya’da gelişmiştir. Akademik tarafta teoriyi geliştiren Günter Durig iken özellikle FAM’ın Lüth davası ile teoriyi benimsemesi neticesinde teori Almanya’da geniş kabul görmüş ve içtihatlarla zenginleşmiştir¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi’nin, Mustafa Karaca Başvurusu, Başvuru No: 2014/11657, Karar Tarihi: 22.6.2017, (p. 54).

¹⁶⁷ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198.

Durig öncelikle kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrımı kabul etmektedir¹⁶⁸. Bu bağlamda ona göre temel haklar özel hukuka doğrudan değil, dolaylı biçimde etki edebilir¹⁶⁹. Dolaylı yatay etki teorisinin ise doğrudan yatay etki teorisinin daha yumuşatılmış ve eleştirilen yönleri törpülenmiş bir görünüm biçimi olduğu değerlendirilebilir. İlgili teori ile sözleşme ve irade hürriyetinin eşitlik ya da anayasada sayılmış bir başka hakka feda edilmesi engellenmiştir¹⁷⁰. Teoriye göre bireyler özel hukuk ilişkilerinde özel hukuka uygun davranmakla yükümlüdürler. Bu bağlamda taraflardan birine bir anayasal ilke ya da değer münhasıran dayatılması, söz gelimi sözleşmelerinde eşitlik ilkesine uygun davranmaya zorlanması mümkün değildir. Buna karşılık taraflar arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklar mahkemeye taşındığında, mahkeme özel hukuku anayasal ilke ve değerlere uygun biçimde yorumlamak durumundadır.

Teorinin bir yargı organınca benimsenmesi ve Almanya’da yaygın biçimde kabul görmesi ise Lüth davası¹⁷¹ ile mümkün olabilmektedir. Davaya konu olayda Nazi döneminde bir yönetmen olan Veit Harlan tarafından ‘Jud Süß’ isminde anti-semitik içerikte bir propaganda filmi çekilmiştir. Savaşın ve Nazi rejiminin sona ermesinin ardından yönetmen mesleğine devam etmiş ve ‘Unsterbliche Geliebte’ isimli bir başka film çekmiştir. Bu film insan hakları aktivisti olan Erich Lüth tarafından Harlan’ın önceki eylemleri dolayısıyla Alman ulusunun itibarını zedelediği gerekçesiyle boykot edilmiş, aynı zamanda seyirciler de boykota davet edilmiştir. Neticede filmin yapım şirketi tarafından mali anlamda zarar görebileceğinden bahisle Lüth aleyhine çağrının tekrarlanmaması yönünde bir tedbir kararı alabilmek için mahkemeye başvurulmuş, derece mahkemesi tarafından Almanya Medeni Kanunu’nun 826. maddesi uyarınca kasten ve iyi niyet kurallarına aykırı davranarak zarara neden olan kişinin, bu zararı tazminle yükümlü olduğu gerekçesiyle talep kabul edilmiştir. Lüth ise devamında ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiası ile FAM’a başvurmuştur.

¹⁶⁸ Günter Durig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, von Bonner Grundgesetz gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, (s. 157, 167, 173), Aktaran: Belling & İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, (s. 10).

¹⁶⁹ Durig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, (s. 157, 167, 173), Aktaran: Belling & İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, (s. 10).

¹⁷⁰ Christian Starck, “Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court”, Human Rights in Private Law, Der. Friedman & Barak-Erez, Oxford: Hart Publishing, 2001, (s. 98).

¹⁷¹ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198.

FAM tarafından yapılan değerlendirmede öncelikle temel hakların gerçekten de dikey ilişkilerde devlete karşı ileri sürülebilecek defansif haklar olduğu ifade edilmiştir¹⁷². Buna karşılık mahkemenin en önemli tespiti bu temel hakların aynı zamanda objektif değerler düzeni inşa ettiğine ilişkindir¹⁷³. Mahkeme'ye göre bu değerler kamu ve özel hukuk dahil olmak üzere hukukun her alanını etkiler. Ayrıca inşa edilen bu düzen yasama, yürütme ve yargının tüm eylemlerinin değerlendirilmesinde bir kıstas olarak değerlendirilirler. Mahkemeye göre bu bağlamda temel haklar özel hukuku yorum yoluyla etkiler. Özel hukuktaki tüm normlar inşa edilmiş değerler düzeni ile uyumlu olmak zorunda, aynı zamanda değerler düzeninin ruhu ile yorumlanmak zorundadır¹⁷⁴. Mahkemenin bir diğer tespiti, her ne kadar özel hukuk anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlansa da uyuşmazlığın halen maddi ve usuli yönden özel hukuk uyuşmazlığı olduğuna ilişkindir¹⁷⁵. Bu tespit aslında doğrudan yatay etkinin dolaylı yatay etki ile temel ayırım noktası olarak değerlendirilebilir. FAM'a göre özel hukukun genel hükümleri, anayasal hakların özel hukuka sızdıkları noktalardır. Bir anayasa mahkemesi niteliği taşıyan FAM'ın denetim yetkisi ise, temel hakların özel hukuk üzerindeki yayılım etkisi ile sınırlıdır¹⁷⁶. Ayrıca Mahkeme, doğrudan yatay etki teorisi ile temel hakların yalnızca dikey ilişkilerde geçerli olduğu ve yatay ilişkiye etkisinin bulunmadığına ilişkin görüşlerin aşırı uç görüşler olduğunu kararında ifade etmiştir¹⁷⁷. Hirsch'e göre bu karar ile FAM, temel hakların doğrudan etkisini tefrit (aşırı uç), bunun zıttını ise ifrat (geri kalma) olarak nitelendirmiştir¹⁷⁸. Bu gerekçelerle FAM, kişinin ifade hürriyeti bağlamında özel hukukun anayasal ilke ve değerlere aykırı biçimde yorumlandığını ve neticede kişinin bu hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Görüldüğü üzere Lüth kararı ile FAM temel hakların özel hukuka etkisini bir yorum meselesi olarak değerlendirerek dolaylı yatay etki teorisini benimsemiştir. Mahkemenin içtihadında kullandığı bir takım tespitler ise dolaylı yatay etkinin temelini oluşturmaktadır. Bunlar temel hakların objektif değerler düzeni inşa ettiği, özel hukukun genel hükümlerinin temel hakların özel hukuka sızdıkları noktalar

¹⁷² Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198, p. 24.

¹⁷³ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198, p. 25.

¹⁷⁴ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198, p. 25.

¹⁷⁵ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198, p. 26.

¹⁷⁶ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198, p. 29.

¹⁷⁷ Lüth Davası, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 1958, BVerfGE 7, 198, p. 23.

¹⁷⁸ Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", (s. 8-9).

olduğu ve bu hükümlerin anayasal ilke ve değerler ışığından somutlaştırılması gerektiğidir.

Gerçekten de temel hakların objektif değerler olarak görülmesi, onların hukukun bütün alanlarına etki etmesi sonucunu doğurmuştur¹⁷⁹. Bu bağlamda değerler düzeni oluşturan hakların yalnızca devlete karşı ileri sürülebilecek savunma hakları olarak görülmesi ise imkansız hale gelmiştir¹⁸⁰. Ulusal doktrinimizde de bu öneri kabul görmüş; aksinin kabulünün, diğer bir ifade ile hakların değerler düzeni inşa ettiği düşüncesinin reddinin onların birer program hüküm olarak değerlendirilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir¹⁸¹. Neticede derece mahkemeleri, özel hukukun soyut ve belirsiz kavramlarını objektif anayasal değerler ile doldurmalı, FAM ise bunun denetiminden sorumlu olmalıdır¹⁸². Boyar tarafından bu durum, özel hukukun bağımsızlığını yitirmesi olarak nitelendirilmiştir¹⁸³.

İzah edilen objektif değerler nesnel bir karakter içermekte, hayata geçirilmesi için ise devlet organlarına olumlu bir takım görevler yüklemektedir¹⁸⁴. Doktrinde bir görüş objektif değerleri sübjektif savunma haklarından ayırmakta ve aradaki farkın devlete yüklenen yükümlülükten kaynaklandığını belirtmektedir. Buna göre örneğin bir hak olarak basın özgürlüğü devletin bu hakka ilişkin müdahalesini engellerken, bir objektif değer olarak basın özgürlüğü devlete bu hakkın tam ve etkin kullanılabilmesi için gereken koşulları yaratma yükümlülüğü yüklemektedir¹⁸⁵. Ancak bu objektif değerlerin pozitif metinlerden daha geniş ve farklı anlamlara karşılık gelebileceği, hangi özel hukuk hükmünün hangi objektif değerler ışığında ve ne kapsamda yorumlanacağı ve bu yorum neticesinde devletin yükümlülüklerinin tespit edileceği gibi hususlar ışığında teorinin yargıçlara oldukça geniş bir takdir yetkisi verdiği tespit edilebilir.

İlk kez FAM tarafından tespit edilen ve dolaylı yatay etkinin temel kavramlarından olan bir diğer kavram yayılım etkisidir

¹⁷⁹ Gert Brüggemeier, "Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective", *Constitutionalisation of Private Law*, der., Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, (s. 70).

¹⁸⁰ Coşkun, "Anayasal Hakların Çatışması", (s. 89-90).

¹⁸¹ Yavuz Sabuncu, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", *İnsan Hakları Yıllığı, TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi*, 7-8 (1985-1986), (s. 18).

¹⁸² Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, (s. 28).

¹⁸³ Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, (s. 30).

¹⁸⁴ Donald P. Kommers & Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham/London: Duke University Press, 2012, (s. 57).

¹⁸⁵ Kommers & Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (s. 58).

(Ausstrahlungswirkung)(Radiant Effect). Bu kavram, yatay etkinin nasıl meydana geldiğini ifade etmek için kullanılmıştır¹⁸⁶. Tıpkı bir taşın suda oluşturduğu dalgalar gibi anayasal ilke ve değerler de kamu ve özel hukuk da dahil olmak üzere hukukun tüm alanlarına yayılmaktadır. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için dinamikleri farklı bir alan olan özel hukukta yayılım esnasında belirli sızma noktalarına ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu sızma noktaları özel hukuktaki genel, soyut ve belirsiz kavramlardır. Örneğin iyi niyet, hakkın kötüye kullanılması, ahlaka ya da kamu düzenine aykırılık gibi genel nitelikteki kavramların içeriğinin anayasal ilke ve değerler ile doldurulması neticesinde temel hakların sadece dikey ilişkilerde değil, yatay ilişkilerde de bireyin hak ve hürriyetlerine ilişkin yeterli güvenceyi sağlaması mümkün olacaktır. Boyar'a göre özel hukuka ait bu kavramlar anayasal değerlerin özel hukuka etki edebilmesi için üretilmiştir¹⁸⁷. Ayrıca bu kavramlar vasıtasıyla eski özel hukuk hükümleri tespit edilen ilke ve değerler vasıtasıyla güncelliğini korumaya devam edebilecektir¹⁸⁸. Özel hukukun detaylı, somut ve kapsamlı pozitif düzenlemeleri bulunduğundan yorum suretiyle genişletilmesi anayasal ilke ve değerlere göre hayli güçtür. Oysa bir toplumsal mutabakat metni olan anayasal pozitif düzenlemelerin belirsiz ve genel yapısı, onların yorum suretiyle güncel sosyal ihtiyaçları karşılamasına dönük girişimlere olanak tanımaktadır. Neticede sızma noktaları vasıtasıyla anayasal ilke ve değerlerin özel hukuka yayılım göstermesi, özel hukukun da somut ve güncel ihtiyaçlara uygun biçimde yorumlanabilmesine olanak sağlayacaktır.

Doktrinde dolaylı yatay etkinin de kendi içerisinde zayıf ve güçlü dolaylı yatay etki biçiminde tasnif edildiği görülmektedir. Bu tasnifteki temel kriter, anayasal hak ve hürriyetler ile özel hukuk arasındaki ilişkide hangi vasıta ile hakların özel hukuku etkileyeceğidir¹⁸⁹. Zayıf dolaylı yatay etkinin benimsenmesi halinde anayasal hakların özel hukuka etkisi ancak özel hukukun buna izin verdiği ya da sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde mümkün olabilmektedir¹⁹⁰. Oysa güçlü dolaylı yatay etkide etkinin meydana gelebilmesi özel hukuktan bağımsız olarak anayasaya göre belirlenmektedir. Dönmezkuş'a göre, özel hukukta somut uyuşmazlığın çözümüne

¹⁸⁶ Robertson, Dictionary of Human Rights, (s. 190).

¹⁸⁷ Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, (s. 29).

¹⁸⁸ Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", (s. 22).

¹⁸⁹ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", (s. 461-465).

¹⁹⁰ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", (s. 461-465).

dönük yeterli koruyucu hükümler mevcut olduğunda zayıf ve güçlü biçimindeki tasnif önemini yitirmektedir¹⁹¹. Buna karşılık özel hukukta uyumsuzluğun çözümüne dönük bir hüküm bulunmadığı durumlarda zayıf dolaylı yatay etkide bu yönde anayasal haklara bir atıf bulunmadığından anayasal haklardan faydalanılamaz ve uyumsuzluk çözülemez¹⁹². Buna karşılık güçlü dolaylı yatay etkide anayasal haklara bir atıf yapılmamış olsa dahi çözüm yolu üretilmesi mümkündür.

2.2.1. Dolaylı Yatay Etkiye Dönük Eleştiriler

Dolaylı yatay etki teorisine dönük yapılan en önemli eleştiri anayasal hak ve hürriyetlerin bağımsız ve normatif yapısı ile onların münhasıran uygulanabilir olmalarının reddedilmesi, hakların yalnızca yorum konusunda bir rehber haline dönüştürülmesine yöneliktir¹⁹³. Hatta bu gerekçelerle ilgili teori yalnızca doğrudan yatay etkiyi reddetmek amacıyla geliştirilmiş suni bir teori olmakla suçlanmıştır¹⁹⁴. Ancak bize göre bu eleştiri temel hak ve hürriyetlerin varlık sebebinden çok onların uygulanabilir olmasını dikkate almaktadır. Hak ve hürriyetlerin anayasalarda güvence altına alınması bireylerin bu haklardan gerçekten ve etkin biçimde yararlanması amacıyla gerçekleştirilmiş ise ve devamında özel hukuk normlarının da anayasal hak ve hürriyetler ışığında yorumlanması suretiyle bu haklar yeterli biçimde korunuyor ise, o durumda hedef gerçekleştirilmiştir. Bu noktada hakların doğrudan uygulama kabiliyeti bulunmadığına dönük şikayetlerin bireylere getireceği bir menfaat de bulunmamaktadır. Kaldı ki bir önceki bölümde doğrudan yatay etki teorisine dönük yapılan eleştirilerde belirtildiği üzere anayasal normların düzenleniş sistematigi itibariyle doğrudan uygulanması da pek mümkün görünmemekte, hatta başka bir takım sorunlara yol açabilmektedir.

Yine dolaylı yatay etki teorisine dönük yapılan bir diğer eleştiri, anayasal hakların dikey ilişkide güçlü olan devlete yükümlülükler yükleyerek zayıf olan kişiye menfaat sağladığı, buna karşılık yatay ilişkide her durumda taraflardan biri olan özel hukuk kişisine külfet yüklenmesinin adil olmayan sonuçlara yol açabileceği endişesidir¹⁹⁵. Bu eleştiri de aslında dolaylı yatay etki ile bağdaşmayan bir yapıdadır.

¹⁹¹ Dönmezkuş, “Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü”, (s. 112).

¹⁹² Dönmezkuş, “Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü”, (s. 112).

¹⁹³ Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children, (s. 28).

¹⁹⁴ Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children, (s. 28-29).

¹⁹⁵ Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 60).

Şöyle ki daha önceden izah edilen Lüth kararında da belirtildiği üzere dolaylı yatay etkinin mevcut olduğu durumlarda her ne kadar objektif değerler bir yorum rehberi olarak kullanılsa da, uyuşmazlık özünde halen özel hukuk uyuşmazlığıdır. Bu bağlamda yatay ilişkide kişiye külfet yükleyen hukuk, anayasal hak ve hürriyetler değil özel hukukun kendisidir. Anayasal ilke ve değerler ise ancak yol gösterici birer rehberdir.

2.2.2. Doğrudan Yatay Etki ile Dolaylı Yatay Etki Arasındaki Farklar

İki teori de genel olarak yatay etkiyi, diğer bir ifade ile temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerine etkisini kabul etmektedir. Ancak aralarındaki en temel fark doğrudan yatay etki teorisinde münhasıran bu haklara dayanılarak talep ve dava hakkı elde edilebilecekken, dolaylı yatay etki teorisinde, özel hukuka dayanılmakta, ancak bu hukuk anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlanmaktadır. Bu bağlamda kişiler üzerine kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük yüklenmediğine¹⁹⁶, kişilerin halen özel hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle sahip olduğuna dikkat edilmelidir. Bu ayrım öğretide doğrudan yatay etkinin hak yaratım gücü olarak da ifade edilmektedir¹⁹⁷. Buna göre bireyler özel hukuk tarafından düzenlenmemiş hususlarda dahi genel nitelikteki anayasal hükümlere dayanarak hak iddia edebilmektedir. Walkila bu bağlamda doğrudan yatay etki teorisinde temel hakların mutlak ve normatif etkisi vasıtasıyla özel hukukun şekillendirilmesi ya da özel hukukta yeni haklar yaratılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁸. Oysa Yazar'a göre dolaylı yatay etki teorisinde bu mümkün değildir ve iki teori arasındaki temel fark da bu hak yaratım gücünden (Right-creative Force) kaynaklanmaktadır. Bu tespit doğrudan ve dolaylı yatay etki arasındaki temel farkı görmezden gelmektedir. Doğrudan yatay etkide özel hukukun şekillendirilmesi ya da özel hukukta yeni hakların yaratılması söz konusu değildir. Bilakis kişiler doğrudan anayasal haklara dayanmaktadır. Oysa dolaylı yatay etkide özel hukuk anayasal ilke ve değerler ile şekillenmekte ve soyut kavramların içleri doldurularak kişilere daha önce özel hukukta güvence altına alınmamış yeni haklar tesis edilerek onların gündelik hayatta etkin biçimde korunması sağlanmaktadır.

¹⁹⁶ Collins, "On the (i)ncompatibility of Human Rights Discourse and Private Law", (s. 17).

¹⁹⁷ Sonya Walkila, Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law, Groningen: Europa Law Publishing, 2016, (s. 146).

¹⁹⁸ Walkila, Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law, (s. 146).

İki teorinin çıkış noktaları da birbirinden farklıdır. Buna göre doğrudan yatay etki, sosyal adalet ve eşitlik fikrinden doğmakta, buna karşılık dolaylı yatay etki, irade hürriyetine ağırlık vermektedir¹⁹⁹. Ancak hemen belirtmek gerekirse irade hürriyetinin yatay etkinin mevcut olmadığını savunan görüşlere kıyasla halen zayıf olduğu tespit edilebilir. Söz gelimi hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet kuralları, ahlaka aykırılık kuralları halen özel hukukta kişinin irade hürriyetinin sınırsız olmasına mani olmakta, bu kurallar anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlanmaktadır.

Buna karşılık doktrinde iki teorinin anayasa mahkemesinin bulunduğu ülkelerde pratikte bir farkının bulunmadığını öne süren görüşler de mevcuttur. Bu bağlamda Collins'e göre, anayasa şikayeti mekanizmasının işletilmesinde kişiler doğrudan anayasal haklarının ihlal ettiğinden yakınmakta, mahkeme ise özel hukuku anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlayarak dolaylı yatay etki teorisini uygulamaktadır²⁰⁰. Bu bağlamda Yazar'a göre doğrudan ve dolaylı yatay etki aynı anda ortaya çıkmaktadır. Ancak bu tespit aslında dikey ilişkiye yönelik bir tespittir. Yazarın da örnek verdiği Almanya'da²⁰¹ ve Türkiye'de anayasa şikayeti mekanizması kişilerin hak ve hürriyetlerinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu yönüyle pratikte çoğunlukla kişiler yatay ilişkilerde dahi olsa temel hak ve hürriyetlerinin diğer özel hukuk kişileri tarafından değil, yargı organı tarafından ihlal edildiği iddiası ile anayasa şikayeti mekanizmasını işletmektedir. Hal böyle olunca kişiler aslında dikey doğrudan etkiyle ilişkili olarak şikayetlerini iletmektedir. Mahkeme'nin özel hukuk kişileri arasındaki hukuki uyumsuzluklara ilişkin anayasa şikayetlerinde vereceği kararlar ise dolaylı yatay etkinin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Öyle ise aslında halen tek bir teorinin geçerliliğini koruduğu, aynı anda iki teorinin birlikte gerçekleşmediği ifade edilebilir. Bu açıklamalar ışığında Collins tarafından yapılan anayasa mahkemesinin mevcut olduğu ülkelerde doğrudan ve dolaylı yatay etki arasında bir farkın bulunmadığına ilişkin tespite katılmıyoruz.

¹⁹⁹ Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children, (s. 42).

²⁰⁰ Collins, "On the (i)ncompatibility of Human Rights Discourse and Private Law", (s. 18).

²⁰¹ Rudolf Mellinohof, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti", Anayasa Yargısı, 26 (2009), (s. 36).

2.3. Koruma Yükümlülüğü Teorisi

Koruma yükümlülüğü teorisi Alman hukukçu Wilhelm Canaris tarafından geliştirilmiş, FAM'ın 1975 tarihinde verdiği kürtaj kararı ile yargısal yönden ilk kez kullanılmıştır²⁰². Canaris'e göre, devlet bireysel özgürlüklere belirli bir seviyenin üstünde müdahale etmemeli, ancak aynı zamanda yatay ihlallerde kişiyi tamamen korumasız bırakmamalıdır²⁰³. Bu teoriye göre devlet vatandaşlarını gerek yatay gerekse dikey ilişkilerde meydana gelebilecek ihlallere karşı korumakla yükümlüdür²⁰⁴, bu yükümlülük somut olayın özelliklerine göre pozitif ya da negatif biçimde tezahür edebilir. Bu bağlamda ilgili teoriye göre temel hak ve hürriyetlerin yatay ilişkilerde doğrudan ya da dolaylı biçimde etki etmesi söz konusu olmaz, aksine temel haklar devletin tüm kurumlarınca yatay ilişkilere dikey biçimde uygulanır²⁰⁵. Diğer bir ifade ile somut olayda ister birey ile devlet arasında dikey bir uyumsuzluk olsun, ister bireyler arasında yatay bir uyumsuzluk olsun, her durumda devlet bireylerin hak ve hürriyetlerini korumak zorundadır ve bunu yasama, yürütme ve yargı da dahil olmak üzere tüm kurum ve organları ile yerine getirmek zorundadır.

Koruma yükümlülüğü teorisine göre koruma görevinin devletin tüm organlarınca yerine getirilmesi gerektiği belirtilmişti. Ancak bu bağlamda ilgili görevin öncelikle yasama organına yüklendiği, ancak yasama organının bireylerin haklarının korunmasında yetkin yasalar ihdas etmediği durumlarda yargı organının devreye girerek mevcut yasaları anayasaya uygun biçimde yorumlamak suretiyle bireylerin haklarını koruması gerektiği belirtilmektedir²⁰⁶. Öğretide bu durumun hakların özel hukuka etkisini sınırladığı gerekçesiyle eleştirildiği ifade edilmektedir²⁰⁷. Ancak bizce bu eleştiri yine hakların düzenlenişindeki temel amacı ihmal etmektedir. Yasama organınca gerçekten bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunması noktasında yetkin ve uygulanabilir yasalar ihdas edildiği durumlarda,

²⁰² Greg Taylor, *The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, The German Model and its Applicability to Common-Law*, *King's Law Journal*, 13-2 (2002), (s. 205).

²⁰³ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", (s. 455).

²⁰⁴ Ferreira, *Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children*, (s. 29).

²⁰⁵ Busch & Schulte-Nölke, *EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law : Fundamental Rights and Private Law*, (s. 14-15).

²⁰⁶ Detlew W. Belling, *Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreue und Legalitätskontrolle von Tarifnormen*, *ZfA*, 547 (1999), (s. 573), Aktaran: Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", (s. 12); Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", (s. 115);

²⁰⁷ Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", (s. 115).

temel hakların ayrıca yatay ilişkilerde etkin olamamasının bir dezavantaj yaratmayacağı öngörülebilir.

Dönmezkuş'a göre teorinin avantajı kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki farkların gözetilmesi ve temelde dikey ilişkiler için tasarlanmış temel hak ve hürriyetlerin yatay ilişkilerde bireylere sorumluluklar yüklemeksizin onların haklarının korunabilmesidir²⁰⁸. Gerçekten de ilgili teoriye göre bireyler onları korumak için ihdas edilen temel hak ve hürriyetleri dolayısıyla ayrıca yükümlülük altına girmemekte, buna karşılık bu haklar vasıtasıyla yatay ilişkilerde dahi korunabilmektedirler. Ayrıca koruma görevinin ilk planda yasama organına yöneltilmesi ile yargı organına yüklenen sorumluluklar önemli ölçüde devletin diğer kurumları arasında paylaştırılmış olmaktadır. Bu kapsamda yatay etki bağlamında yargı organının sınırsız bir takdir yetkisinin bulunduğu, yasama organının alanına müdahale edildiği, bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi bir takım eleştiriler de ilgili teori yardımıyla aşılabilmektedir.

Teorinin yargısal anlamda benimsenmesi ise FAM'ın 1975 tarihli Kürtaj kararı ile gerçekleşmiştir²⁰⁹. Somut olay 1974 tarihli Almanya'daki Kürtaj Reform Yasası'nın anayasaya uygun olup olmadığına ilişkindir. Dikkat edilirse yatay etkiye ilişkin kararlardan farklı olarak somut uyuşmazlıkla iki özel hukuk kişinin hakkı çatışmamakta, bunun yerine yasama organının çıkardığı bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir. İlgili yasa ile kürtajın suç olmaktan çıkartılması ve bu fiili işleyen kişilerin cezalandırılmaması amaçlanmaktadır. Mahkeme öncelikle yaşam hakkı yönüyle doğmamış çocuk ile doğmuş çocuk arasında bir ayırımın bulunmadığını tespit etmiştir. Bu yönüyle doğmamış çocuk da Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alınan yaşam hakkına haiz bir varlıktır. Kararının devamında Mahkeme, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve yine anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki "*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.*" hükmü uyarınca devletin bireyin yaşama hakkını korumakla yükümlü olduğunu tespit etmiştir²¹⁰. Mahkeme aynı zamanında Lüth kararına da atıf yaparak temel hakların yalnızca sübjektif savunma hakları olarak değerlendirilemeyeceğini, onların objektif değerler düzeni inşa ederek yasama, yürütme ve yargı organı için

²⁰⁸ Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", (s. 113-114).

²⁰⁹ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1 <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>>

²¹⁰ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 56).

direktifler içerdiğini tespit etmiştir²¹¹. Mahkemeye göre hem annenin gebeliği sona erdirme hakkının, hem de fetüsün yaşam hakkının korunabileceği bir dengeleme mevcut değildir, çünkü her durumda annenin gebeliği sona erdirme hakkının tanınması fetüsün yaşam hakkının sona erdirilmesi anlamına gelecektir²¹². Mahkeme bu durumda her ne kadar doğum ve çocuk yetiştirme annenin özgürlüğüne ve kişisel gelişimine karşı oluşturabileceği negatif etkileri kabul etse de, kürtajın doğmamış çocuğun yaşam hakkını sona erdirdiğinden hareketle anayasanın 19. maddesinde güvence altına alınan hakkın özüne dokunulamayacağına ilişkin düzenlemeyi de gerekçe göstererek çocuğun yaşam hakkına öncelik verilmesi gerektiğini ifade etmiştir²¹³. Ayrıca mahkemeye göre fetüsün yaşam hakkı, kadının kendi kaderini tayin hakkından hamileliğin her döneminde üstün konumdadır. Kararın devamında Mahkeme devletin fetüsün yaşam hakkını koruma yükümlülüğü bağlamında öncelikli sorumlunun yasama organı olduğunu tespit etmiştir²¹⁴. Bu bağlamda yasama organı yaşam hakkının korunması için hangi koruyucu önlemlerin uygun ve gerekli olduğuna karar verir. Mahkemeye göre her ne kadar devletin koruma yükümlülüğü bulursa da hamileliğin doğası gereği çocuğun yaşama hakkının anneye emanet edildiğinden hareketle devlet sosyal ve ekonomik önlemler vasıtasıyla anneyi desteklemek zorundadır²¹⁵. Neticede mahkeme kürtaj eylemini bir cinayet olarak değerlendirmiş ve bu eylemin failerin cezalandırılmasının hukuki olduğunu tespit etmiştir²¹⁶. Ancak yine de Mahkeme devletin doğmamış hayatı koruma yükümlülüğü karşısında anneye karşı da sorumlu olduğunu belirterek annenin fiziksel ve ruhsal durumunu ciddi biçimde etkileyen hamilelik neticesinde desteklenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Aynı zamanda mahkemeye göre doğmamış çocuğun yaşam hakkı karşısında kadına makul sınırların çok üzerinde bir fedakarlık yüklenemeyeceği tespit edilmiştir²¹⁷. Neticede Mahkeme'ye göre anayasal temel hak ve hürriyetlerin objektif değerler düzeni inşa ettiği tespit edilmiş, ancak bu sistemin bireylere değil, öncelikle yasama organı olmak üzere devletin tüm kurumlarına yükümlülükler yüklediği tespit edilmiştir. Ayrıca kararda temel hakların yalnızca

²¹¹ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 123).

²¹² BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 126).

²¹³ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 126).

²¹⁴ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 128).

²¹⁵ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 129).

²¹⁶ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 132).

²¹⁷ BVerfGE, Abortion I, (1975), 39 BVerfGE 1, (p. 135).

sübjektif savunma hakları olmadığına ilişkin tespit, bu yükümlülüklerin pozitif karakterli olabileceğini de teyit eder niteliktedir.

2.3.1. Koruma Yükümlülüğü Teorisi ile Dolaylı Yatay Etki Teorisi Arasındaki İlişki

Doktrinde koruma yükümlülüğü teorisini dolaylı yatay etki teorisi içerisinde değerlendiren görüşler mevcut olmakla birlikte bu iki teoriyi ayrı ayrı inceleyen görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Ergül, koruma yükümlülüğü teorisini dolaylı yatay etki teorisinin gelişim göstermiş bir alt başlığı olarak değerlendirmektedir²¹⁸. Benzer şekilde bir başka yazar ise koruma yükümlülüğü teorisinde özel hukuk ilişkilerinin temel hakların doğrudan ilgi alanında bulunmadığından ve temel hakların ancak yasama ya da yargı organı üzerinden dolaylı biçimde özel hukuk ilişkilerine etki edebileceğinden bahisle koruma yükümlülüğü teorisini dolaylı yatay etki teorisinin alt başlığı içerisinde incelemiştir²¹⁹. Belling ve İnce ise koruma yükümlülüğü teorisi ile dolaylı yatay etki teorisinin birbirini mükemmelleştirdiğini ifade etmiştir. Yazarlara göre öncelikli olarak yasama organının kişinin hem yatay hem de dikey ilişkilerde temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alacak özel hukuk normları ihdas etmesi, bunun yeterli olmadığı durumlarda ise yargıcın anayasal ilke ve değerleri özel hukuka uygulaması neticesinde iki teori birleşerek hakkın tam biçimde korumasına olanak tanınmaktadır²²⁰. Boyar da benzer biçimde bu iki teorisinin birbirini tamamladığını öne sürmektedir²²¹. Yazara göre FAM'ın dolaylı yatay etki teorisini koruma yükümlülüğü teorisi ile tamamlamasının ardında pratik gerekçeler vardır. Somut uyuşmazlığın dikey ilişkiye yönelik olması ve yasa ihdas eden yasama organının da anayasal ilke ve değerlerle bağlı olması, yazara göre bu gerekçelerdendir²²². Gerçekten de somut olayda temel hak ve hürriyetlerin dolaylı yatay etkisinin münhasıran tespit edilmesi, arzu edilen fetüsün yaşama hakkının korunması için yeterli değildir. Bu bağlamda fetüsün yaşam hakkına anne tarafından yapılabilecek bir müdahalenin devlet tarafından engellenmesi söz konusudur. Yani diğer bir ifade ile yatay ilişkiye yönelik bir ihlalde devletin dikey müdahalesi

²¹⁸ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, (s. 454).

²¹⁹ Ferreira, *Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children*, (s. 30).

²²⁰ Belling & İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, (s. 54).

²²¹ Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, (s. 34-35).

²²² Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk*, (s. 31-35).

gündeme gelmektedir. Dolaylı yatay etki teorisinin gücü ise yatay ihlallerle sınırlıdır. Ayrıca dolaylı yatay etki teorisine göre özel hukukun yargı organı tarafından anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlanması da hedeflenen sonuca ulaşmaya yeterli değildir. Temel hak ve hürriyetlere aykırı biçimde bir yasa ihdas edilmiş ve bu yasa anayasal denetim yoluyla iptal edilmemiş ise, yargı organının yasayı temel haklara uygun biçimde yorumlanması suretiyle hak ihlallerinin önüne geçilmesi mümkün olamayacağı gibi bu ağır görev de yalnız başına yargı organına yüklenemeyecektir. Bu bağlamda Lüth kararında da belirtilen objektif değerlerin devletin tüm organ ve kurumlarını bağlaması ve öncelikli olarak yasama organının bu ilke ve değerler ile sınırlanması gerekli olmaktadır. Hemen belirtmek gerekirse her ne kadar devletin anayasal ilke ve değerlerle bağlı olduğu fikri, dikey ilişkiyi anımsatsa da somut olayda ihlalin yatay ilişkide meydana gelebileceği (anne ile fetüs arasında) buna karşılık anayasal ilke ve değerlerle devletin bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bu yönüyle koruma yükümlülüğü teorisi dikey etkiden de ayrılmaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere dolaylı yatay etki teorisinin koruma yükümlülüğü teorisini kapsadığını ya da iki teorisinin birbirini tamamladığını öne süren görüşler mevcuttur. Ancak koruma yükümlülüğü teorisinin genel olarak yatay etki teorilerinden farklılıkları bulunmaktadır. Öncelikle yatay etki teorilerinde temel hak ve hürriyetler özel hukuk ilişkilerine zayıf ya da güçlü biçimlerde, aracılı ya da aracısız şekilde etki etmekte ve özel hukuku şekillendirmektedir. Aynı zamanda özel hukuk kişilerinin anayasal ilke ve değerler karşısında belirli ölçüde birbirlerine karşı yükümlülük altına girdiği de tespit edilebilir. Buna karşılık koruma yükümlülüğü teorisinde temel hakların özel hukuk ilişkilerine etki etmesi yasama organının çıkardığı yasalar aracılığıyla gerçekleşmektedir. İhlaller yatay ilişkilerde meydana gelse dahi anayasal ilke ve değerler bağlamında yükümlü olan devletin kendisidir. Hatta bu noktada yatay etki teorilerinde tarafların çatışan haklarından söz edilirken koruma yükümlülüğü teorisinde devletin taraflara karşı sahip olduğu yükümlülüklerin çatışmasından söz edilmektedir²²³. Bu yönüyle özel hukuk kişilerinin yine özel hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri bulursa da anayasal ilke ve değerlerden kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Doğrudan ve dolaylı yatay etki teorilerinde temel hakları doğrudan ya da dolaylı olarak uygulayacak asıl

²²³ Sibel Yılmaz Coşkun, “Anayasal Hakların Çatışması”, (s. 98).

merci yargı organı iken, koruma yükümlülüğü teorisinde anayasal ilke ve değerleri uygulayacak olan yasama organıdır²²⁴. Ancak bu aşamadan sonra yasama organının görevini doğru biçimde yerine getiremediği durumlarda yargı organının özel hukuku anayasal ilke ve değerler çerçevesinde yorumlaması hususu, diğer bir ifade ile dolaylı yatay etki hususu gündeme gelmektedir. Bu iki aşamayı birbirinden bağımsız değerlendiren yazarlar koruma yükümlülüğü teorisini bağımsız bir teori olarak değerlendirip yasama organına yükümlülük yükleyen bir teori olduğunu tespit ederken; iki aşamayı beraber değerlendiren yazarlar dolaylı yatay etki ve koruma yükümlülüğü teorisinin iç içe olduğunu, koruma yükümlülüğü teorisi vasıtasıyla yasama organı da dahil olmak üzere devletin tüm kurumlarına yükümlülük yüklenirken bu iki teorisinin birlikte çalıştığını öne sürmektedirler.

Bu bağlamda daha önceden izah edilen anayasal ilke ve değerlerin özel hukuka sızma noktaları yönünden öğretide bir görüş ayrılığının bulunduğu da ifade edilmelidir. Koruma yükümlülüğü teorisinin benimsendiği ve yasama organının görevini tam biçimde yerine getirmediği durumlarda bir görüşe göre özel hukukun genel normları aracılığıyla anayasal ilke ve değerler özel hukuka etki edecekken²²⁵, diğer bir görüşe göre genel normlar da dahil olmak üzere tüm özel hukuk normlarının anayasal değerlendirmeye açık olacağı ifade edilmektedir²²⁶.

2.3.2. Bir Yükümlülük Olarak ‘Koruma Yükümlülüğü’ ile Bir Teori Olarak

‘Koruma Yükümlülüğü’ Arasındaki İlişki

Çalışmamızın bu aşamasında öğretide sıklıkla karıştırılan koruma yükümlülükleri ile koruma yükümlülüğü teorisi arasındaki ayrıma değinmek istiyoruz. Daha önceden de izah edildiği üzere 1980 yılında Henry Shue tarafından her hakkın üç tip yükümlülüğü olabileceği belirtilmiş ve bunlardan birinin de koruma yükümlülüğü olduğu ifade edilmişti. Yine benzer şekilde 1987 yılında Eide tarafında da benzer bir tasnif metodu kullanılmıştı. Bu tasnifler ile hakların kategorik olarak pozitif ya da negatif biçimde ayrılması eleştirilmişti. Üçlü tasnif içerisinde saygı gösterme yükümlülüğü negatif karakterli iken koruma yükümlülüğü yerine göre

²²⁴ Oya Boyar, “Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008, (s. 194).

²²⁵ Belling & İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, (s. 54).

²²⁶ Sebastian Schulz, Grundrechtskollisionen im Berufssport, Baden: Nomos, 2011. S39 Aktaran: Sibel Yılmaz Coşkun, “Anayasal Hakların Çatışması”, (s. 77).

pozitif ya da negatif karakterli olabilmekte, yerine getirme yükümlülüğü ise pozitif karakterdeydi.

Bu bölümde incelenen koruma yükümlülüğü teorisi ise üçlü tasnif içerisindeki devletin koruma yükümlülüklerinden oldukça farklıdır. FAM tarafından benimsenen koruma yükümlülüğü teorisi devletin yükümlülüklerinin kaynağını açıklamaya çalışmaktadır. Bu bağlamda Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 1. maddesiyle devlete yüklenen insan haklarına saygı göstermek ve korumak görevi ile temel hakların yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığına ilişkin düzenlemeler neticesinde devletin temel hak ve hürriyetleri korumakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu aşamadan sonra devletin negatif ya da pozitif karakterli olanlar arasında bir ayrım gözetilmeksizin her türlü yükümlülüğü ya da görevi, açıklanan gerekçeye dayandırılmıştır. Diğer bir ifade ile devletin yükümlülüklerinin kaynağını Anayasadaki ilgili maddelerle koruma yükümlülüğü teorisi oluşturmaktadır. Bu açıdan koruma yükümlülüğü teorisi üçlü tasnif içerisinde yer alan koruma yükümlülükleri de dahil olmak üzere saygı gösterme ve yerine getirme yükümlülüğü ile birlikte tüm yükümlülüklerin kaynağını açıklamaya çalışan bir teoridir. Oysa üçlü tasnif içerisindeki koruma yükümlülükleri, devletin yükümlülüklerinden somut bir kısmını içermektedir.

2.4. Devlet Eylemi ya da Yatay Etkisizlik Teorisi

İsminden de anlaşılacağı üzere yatay etkisizlik ya da devlet eylemi (state action) teorisine göre temel hak ve hürriyetler yalnızca dikey ilişkilerde uygulanabilir niteliktedir, bu haklar yatay ilişkileri düzenlemeye ve bireylere yatay ilişkilerde haklarla birlikte yükümlülükler yüklemeye muktedir değildir. ABDYM tarafından 1883 yılında verilmiş bir yargı kararına dayanan bu teorinin fikirsel temelleri ABD'nin politik sisteminden kaynaklanmaktadır. Liberal bir sisteme dayanan ABD'de liberal sosyal devletten farklı olarak mümkün olduğunca az regülasyon arzu edilir, bu durum da yargı organının temel hak ve hürriyetler üzerinden özel hukuka neden etki etmekte çekingen davrandığını açıklamaktadır²²⁷. Aynı zamanda ABD Anayasası'nın hazırlandığı dönemde temel hedefin bireylerin özgürlüğünün baskıcı hükümetlerden (tiranlardan) korunması olduğu düşünüldüğünde, temel hakların

²²⁷ Dawn Oliver & Jörg Fedtke, "Comparative Analysis", Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study, Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke, Routledge-Cavendish, 2007, (s. 504).

esasen dikey ilişkiler için bireyi korumak amacıyla tasarlandığı tespit edilebilir²²⁸. Hatta öğretide bir görüş, çalışmamızın devamında bahsedeceğimiz üzere AİHS'in yatay etkisinin mevcut olması karşısında ABD Anayasası'nın neden yatay etkisizlik ya da devlet eylemi teorisini benimsediğini bu fark üzerinden açıklamaktadır. ABD Anayasası bireysel özgürlükleri devlete karşı korumak için dizayn edilmişken AİHS'in amacı insan onurunu korumaktır²²⁹. Gerçekten de ABD'de haklar devlet ile birey arasında bir duvar ya da kalkan olarak görülmekte, bu bağlamda ilgili haklar devletin bireyin haklarını kısıtlayan ya da aşırı biçimde külfet getiren yasalar yapmasını önlerken aynı zamanda bireylerin de devletten bekleyebileceği aktif eylemler sınırlanmaktadır²³⁰. Yine yatay etkinin kabul gördüğü ülkelerde mevcut olan toplumsalluk ve eşitlik fikirleri ABD'de yerini bireysel özgürlük ve irade hürriyetine bırakmaktadır²³¹.

ABD Anayasası'ndaki 10. değişiklik ile Anayasa tarafından federal devlete verilmemiş ve federe devlete yasaklanmamış olan tüm yetkilerin federe devletler ve halk tarafından kullanılacağı açık biçimde düzenlenmiştir. Bu madde ile federal devletin federe devlet üzerindeki etkisi zayıflatılmaya ya da dengelenmeye çalışılarak tiranlığın önlenmesi hedeflenmiştir. Peki federal devletin bir organı olan kongre temel hak ve hürriyetlere dayanarak yatay ilişkileri düzenleyebilir mi? Bir kısım bireylere hak ve hürriyetler bahşederken diğer bir kısım vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini sınırlayabilir mi? İşte devlet eylemi teorisinin çıkış noktasını bu husus oluşturmaktadır. ABD Anayasası incelendiğinde alkol yasağına ilişkin 18. ve 21. değişiklik ile kölelik yasağına ilişkin 1865 tarihli 13. değişiklik haricinde hiçbir hüküm bireyler arasındaki ilişkiyi doğrudan düzenlememektedir²³². Öyle ise kongrenin yatay ilişkilerde bireylere haklar ve yükümlülükler bahşeden yasama yetkisinin de bu hususlarla sınırlı olduğu değerlendirilebilir. Aynı zamanda anılan maddeler dışındaki diğer tüm haklar, ancak devlet eyleminin mevcut olduğu durumlarda yatay ilişkilerde de korunabilir²³³. Devlet eyleminin bulunmadığı durumlarda 13, 18 ve 21. değişiklik dışındaki diğer tüm hükümler devletin yapısını

²²⁸ Keir Starmer, "Positive Obligations Under the Convention", *Understanding Human Rights Principles*, Der., Jeffrey Jowell & Jonathan Cooper, Oxford/Oregon: Hart Publishing, 2001, (s. 144-145).

²²⁹ Starmer, "Positive Obligations Under the Convention", (s. 144-145).

²³⁰ Holmes & Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, (s. 36).

²³¹ Boyar, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", (s. 184).

²³² George Rutherglen, "State Action, Private Action, and the Thirteenth Amendment", *Virginia Law Review*, 94-6 (2008), (s. 1370).

²³³ Rutherglen, "State Action, Private Action, and the Thirteenth Amendment", (s. 1370).

düzenleyen ve bir hak içermekte ise yalnızca dikey ilişkide uygulanabilir nitelikte bulunan düzenlemelerden ibarettir²³⁴

1868 tarihinde 14. değişiklik ile “*Hiç bir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak, ve hiç bir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır.*”²³⁵ hükmü kabul edilmiştir. Devlet eylemi teorisi de bu değişiklik kapsamındaki eşit koruma hakkı (equal protection clause) bağlamında açılan davalar ve içtihatlar neticesinde gelişmiştir²³⁶. İç savaşın ardından devam eden rekonstrüksiyon döneminde ayrımcılığa ilişkin bu hükme dayanarak kongre 1875 tarihli Sivil Haklar Yasası’nı çıkarmıştır. Bu yasa ile bir takım başka haklar yanında ABD vatandaşlarının cilt renklerinden bağımsız biçimde kamuya açık otel, toplu taşıma ya da tiyatrolardan faydalanabilmeleri sağlanılmaya çalışılmıştır. Bu şartlara aykırı davranan özel hukuk kişileri için ise hapis ve para cezaları öngörülmüştür. Bu yasanın uygulanmasına dönük özel hukuk kişileri arasında çeşitli uyuşmazlıklar meydana gelmiş, neticede beş uyuşmazlık ABDYM önünde birleştirilerek devlet eylemi teorisinin icat edildiği 1883 tarihli sivil haklar davaları (The Civil Rights Case²³⁷) görülmüştür. Temel uyuşmazlık ABD Anayasası tarafından ABD Kongresine özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek ve onların ayrımcılık yapmasını önlemek hususunda yetki verip vermediğine ilişkindir. Mahkeme bu bağlamda öncelikle 14. değişikliği inceleyerek maddenin ‘hiçbir devlet (state)’ ibaresi ile devlet eylemine ilişkin bir düzenlemeyi ihtiva ettiğini, yatay ilişkilerin değişikliğin konusunun dışında kaldığını tespit etmiştir²³⁸. Öyle ise kongrenin değişikliğe ilişkin yasa çıkarma ve uygulama yetkisi, değişikliğin konusu dahilinde mevcut iken yatay ilişkiler değişikliğin konusu dışında kaldığından bu noktada kongre yetkisizdir²³⁹. Devamında yatay ilişkileri de düzenleyen 13. değişiklik

²³⁴ Rutherglen, “State Action, Private Action, and the Thirteenth Amendment”, (s. 1370).

²³⁵ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 14. Değişiklik < <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>>

²³⁶ David S. Elkind, “State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity”, Columbia Law Review, 74-4 (1974), (s. 657).

²³⁷ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)

²³⁸ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883), (s. 11); Benzer: Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, United States v. Harris, 106 U. S. 629 (1883).

²³⁹ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883), (s. 11, 18-19).

kapsamındaki kölelik yasağı bağlamında bir inceleme yapan mahkeme, her ne kadar bu değişiklik ile kongrenin yatay ilişkiler üzerinde yasa çıkarma yetkisi bulursa da ilgili değişikliğin kölelik yasağına ilişkin olduğunu, ırk ayrımcılığına dayanan farklı ırklardan kişilerin kamuya açık konaklama ve toplu taşımadan faydalanamaması hususlarının kölelikle ilişkili olmadığını tespit etmiştir²⁴⁰. Neticede Mahkemece Anayasa tarafından yasaklanan ırk ayrımcılığı bağlamında kongre tarafından çıkartılan yasanın, ilgili anayasal düzenlemenin dikey ilişkiye münhasır olduğu gerekçesi ile Anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir. İlgili karardan sonra ABD’de sivil haklar ve işçi hakları yönünden ayrımcılığın yasaklanabilmesi ise ancak 1964 Sivil Haklar Yasası ile mümkün olabilmıştır. İlgili yasa ABD Anayasası’nın 1. maddesi 8. bölümünde düzenlenen kongrenin eyaletler arasında ticareti düzenleme yetkisi (commerce clause) bağlamında çıkartılmıştır. Bugün için ABD’de özel kişiler arasındaki ırk ayrımcılığı illegaldir, ancak Anayasa’ya aykırı değildir²⁴¹. Yasalar ile yatay ilişkilerde ayrımcılığın yasaklanması, Anayasadaki ayrımcılık yasağının dikey etkili yapısını değiştirmez²⁴².

Görüldüğü üzere ilgili dönemde ABD’de temel hakların yalnızca devlet eylemlerini sınırladığı ve bireyleri devlet eylemine karşı koruduğu, özel kişilere karşı bir sınırlama getirmediği tespit edilmiştir. Ancak zaman içerisinde Yüce Mahkeme içtihatları vasıtasıyla devlet eylemi teorisinin kapsamının giderek genişlediği de ifade edilmektedir²⁴³. Örneğin *Smith v. Allwright* davası ile devlet eyleminin tespiti hususunda gelişmeler kaydedilmiştir. Somut olayda Teksas eyaletinde çıkartılan bir yasa ile siyasi partilerin kendi iç seçimlerinde yalnızca beyazların oy kullanabilmesine cevaz verilmekteydi. Bu husustaki temel sorun siyasi partinin kendi iç seçimlerinin devlet eylemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkindi. Eğer ilgili seçim devlet eylemi olarak nitelendirilebilirse, 1870 tarihinde kabul edilen 15. değişiklikle güvence altına alınan ırk, renk ya da kölelik gibi gerekçelerle federal ya da federe devletler tarafından oy hakkından yoksun bırakılamayacağına ilişkin güvence uygulama alanı bulabilecekti. Yüce Mahkeme tarafından yapılan tespit, parti içi yapılan ön seçimin partiyi yasal kurallara uymak zorunda olan bir devlet

²⁴⁰ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), (s. 24).

²⁴¹ Sonu Bedi, “The Scope of Formal Equality of Opportunity: The Horizontal Effect of Rights in a Liberal Constitution”, *Political Theory*, 42-6 (2014), (s.722).

²⁴² Bedi, “The Scope of Formal Equality of Opportunity: The Horizontal Effect of Rights in a Liberal Constitution”, (s. 722).

²⁴³ Terri Peretti, “Constructing the State Action Doctrine 1940–1990”, *Law & Social Inquiry*, 35-2 (2010), (s. 273-274).

organı haline getirdiği tespit edilmiştir²⁴⁴. Aynı zamanda Mahkemeye göre ön seçimler genel seçimlerin bir parçası olduğundan genel seçimlere ilişkin kural ve güvenceler ön seçimlerde de uygulama alanı bulabilmelidir²⁴⁵. Neticede bu karar ile her ne kadar eylem özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilse de, eylemi uygulayan kişinin kamu hukukuna uygun biçimde hareket etme yükümlülüğü bulunan durumlarda eylemin devlet eylemi olarak nitelendirilebileceği tespit edilmiştir.

Yine devlet eylemi teorisine ilişkin bir diğer önemli içtihat *Shelley v. Kraemer* davası sonucunda verilmiştir. Somut olayda özel hukuk kişileri arasında yapılan bir anlaşma ile bir mülkün afrika asıllı kişilere satılmaması kararlaştırılmıştır. Devamında mülkün afrika asıllı bir aileye satılması üzerine komşular tarafından satış işlemi dava edilmiş ve yerel mahkeme tarafından satış engellenmiştir. Yüce Mahkeme kararında somut olayda ayrımcılığın devlet eylemi ya da bir yasadan değil, özel hukuk kişileri arasındaki bir anlaşmadan kaynaklandığını tespit etmiştir²⁴⁶. Bu aşamada ırk ayrımcılığına dayanan anlaşmaların ABD Anayasası'nın ayrımcılık yasağına ilişkin 14. değişikliğine aykırı olmadığı tespit edilmiştir²⁴⁷. Ancak devletin uyuşmazlıktaki payının sözleşmeyi uygulamak olduğu, yargı eyleminin devlet eylemi olarak nitelendirilmesi gerektiği, yargı organı tarafından uygulanan bir özel hukuk sözleşmesinde uyuşmazlığın temelde özel hukuk sözleşmesinden kaynaklandığı ve devlet eylemi oluşturmadığı savunmasının geçersiz olduğu gerekçeleri ile yerel mahkemenin kararının Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmiştir²⁴⁸. Bu dava ile özel hukuk sözleşmeleri ile ırk ayrımcılığına maruz kalan kişilerin yalnızca dava açmakla ayrımcılığı devlet eylemi haline getirmeleri mümkün olabilmiştir²⁴⁹. Çünkü sözleşmenin yargı kararı ile uygulanması devlet eylemini oluşturmakta, sözleşme hükümlerinin anayasaya aykırı olması ise verilen yargı kararının anayasaya aykırı olması anlamına gelmektedir²⁵⁰.

Devlet eyleminin genişleme gösterdiği bir başka dava ise *Reitman v. Mulkey* davasıdır. 1963 yılında Kaliforniya eyaletinde konut satışı ve kiralalarında ırk ayrımcılığını ortadan kaldıracak bir yasa çıkartılmış, devamında geniş halk

²⁴⁴ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944), (s. 663).

²⁴⁵ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944), (s. 664).

²⁴⁶ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948), (s. 12-13).

²⁴⁷ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948), (s. 13).

²⁴⁸ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948), (s. 14, 20).

²⁴⁹ Peretti, "Constructing the State Action Doctrine 1940-1990", (s. 281).

²⁵⁰ Thomas P. Lewis, "The Meaning of State Action", *Columbia Law Review*, 60-8 (1960), (s. 1109).

kitlelerinin bu yasaya muhalefeti neticesinde bir referandum ile Kaliforniya eyaleti anayasasına bir madde eklenerek devletin, malikin mülkiyeti satmak ve kiralamak hususlarındaki yetkilerine doğrudan ya da dolaylı sınırlamalar getirmesi engellenmiştir. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi anayasa değişikliğinin devletin ayrımcılığı engelleyen yasalarını delmek için yapıldığını ve ABD Anayasası'nın 14. değişikliğine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle geçersiz kılmış, devamında uyuşmazlık ABDYM önüne gelmiştir. Yüce Mahkeme her ne kadar ilgili eyalet anayasası değişikliği ile bir ayrımcılık yapılmasa da, devletin ayrımcılığı teşvik etmesinin devlet eylemi olabileceğine ilişkin bir başka kararına atıf yapmıştır²⁵¹. Bu bağlamda Yüce Mahkeme'nin tespitine göre ilgili eyalet anayasası değişikliği ile yalnızca ayrımcılığı yasaklayan yasa yürürlükten kalkmamış, aynı zamanda bu husustaki özgürlük anayasaya dahil edilerek ileride ayrımcılığın yargısal ya da idari müdahalelere maruz kalması önlenmiştir²⁵². Bu bağlamda eyalet anayasası değişikliği ile yalnızca mevcut yasanın yürürlükten kalkmadığı, aynı zamanda ırk ayrımcılığının eyaletin temel politikası haline dönüştüğünü, bunun ırk ayrımcılığını teşvik ederek devlet eylemi oluşturduğu ve ABD Anayasası'nın 14. değişikliği bağlamında ayrımcılık yasağının somut olayda uygulama alanı bulacağı tespit edilmiştir²⁵³. Görüldüğü üzere devletin bizatihi kendi eylemi ya da yargı yoluyla bir ayrımcılığı uygulaması dışında, yalnızca ayrımcılık yapma hususunda bireylere özgür bir alan tanınması dahi teşvik olarak yorumlanarak devlet eylemi kapsamına girmiş ve anayasal güvenceler somut olaya uygulanabilmiştir.

Bugün doktrinde devlet eyleminin tespiti noktasında çeşitli kriterler öne sürülmektedir. Örneğin Malatesta ve Carboni bu hususta bir takım kriterler tespit etmiştir²⁵⁴. Aksiyonun merkezinde devletin bulunup bulunmadığı, konunun kamu hizmetiyle ilişkili olup olmadığı, devletin ihlali dikte ya da teşvik edip etmediği, ihlal ile devlet arasında yeterli ilişkinin bulunup bulunmadığı, devlet ile özel kişi arasında ihlal konusu eylem üzerinde işbirliği, ortaklık ya da iç içe bir ilişki olup olmadığı, özel kişilerin devlet tarafından kontrol edilip edilmediği bu kriterlerdendir²⁵⁵. Devlet

²⁵¹ Örneğin: Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi , Atchison, Topeka & Santa Fe R. Co., 235 U. (s. 151)

²⁵² Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, Reitman v. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967), (s. 337).

²⁵³ Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, Reitman v. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967), (s. 369).

²⁵⁴ Deanna Malatesta & Julia L. Carboni, "The Public-Private Distinction: Insights for Public Administration from the State Action Doctrine", Public Administration Review, 75-1 (2015), (s. 66).

²⁵⁵ Malatesta & Carboni, "The Public-Private Distinction: Insights for Public Administration from the State Action Doctrine", (s. 66).

görevlilerinin eylemlerinin devlet eylemi sayılmaması ancak ve ancak kişinin eylemi özel sıfatla işlediğinin açık biçimde belirli olması şartına bağlıdır²⁵⁶. Ferreira tarafından tespit edilen kriterlere göre özel kişinin eyleminin devlet eylemi olarak kabul edilmesi ise: özel kişinin kamu görevini yerine getirmesi, eyleme kamu gücünün yeterince dahil olması, kamu gücünün özel kişinin eylemini teşvik etmesi, yetkilendirmesi ya da onaylaması, mahkemenin kişinin hür iradesi ile kabul ettiği eylemi uygulaması şartlarına bağlıdır²⁵⁷. Neticede ABD yatay etki teorisini benimsememiş, anayasal güvencelerin bireylere sağlanması için taraflardan birinin devlet olması ya da devlet tarafından desteklenmesi şartını aramıştır²⁵⁸. Ancak ABD bu hususta yalnız değildir. Kanada da benzer biçimde yatay etkisizlik ya da devlet eylemi teorisini benimsemiş ülkelerden bir diğeridir²⁵⁹.

Doktrinde ilgili teori çeşitli eleştirilere tabi tutulmaktadır. Bu eleştirilerin başında kişilerin yatay ilişkilerde anayasal güvencelerle değil, yasalarla korunması gelmektedir. Bedi'ye göre gerçekten korunmaya ihtiyacı olan azınlıklar, zaten çoğunluğu oluşturamadıkları için kendilerini koruyacak yasaların oluşturulmasına muktedir değildirler²⁶⁰. Gerçekten de korunmaya ihtiyacı olan kişilerin azınlığı oluşturduğu bölgelerde çıkartılacak yasalarla korunması, bu kişilerin o bölgedeki korunma ihtiyacını çoğunluğun iyi niyetine teslim etmek anlamına gelmektedir. Oysa bu kişilerin toplumsal mutabakat metinleri olan ve geçerliliği tek bir zaman ya da bölge ile sınırlı olmayan anayasa ile korunması, hedefi gerçekleştirmeye daha uygun bir çözüm yoludur. Aynı zamanda devlet eylemi teorisi ile temel hakların yalnızca dikey ilişkide devlete karşı ileri sürülen savunma hakları olarak görülmesi, temel hakların gücünü ve etkisini zayıflatmakta, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile çelişmektedir. Her ne kadar bireysel otonomi ve irade hürriyeti demokratik ve modern toplumlar için önemli bir yer tutsa da, temel hakların özel hukuk ilişkilerinden tamamen soyutlanması pek doğru bir çözüm yöntemi gibi görünmemektedir.

²⁵⁶ Lewis, "The Meaning of State Action", (s. 1086).

²⁵⁷ Ferreira, *Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children*, (s. 32).

²⁵⁸ Robertson, *Dictionary of Human Rights*, (s. 41); Eric Barendt, "The United States and Canada, State Action, Constitutional Rights and Private Actors", *Human Rights and Private Sphere: A Comparative Study*, Der., Jörg Fedtke & Dawn Oliver, Routledge-Cavendish, 2007, (s. 400).

²⁵⁹ Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Hürriyetlerin Yorumu*, (s. 297); Benzer görüş: Oliver & Fedtke, "Comparative Analysis", (s. 470).

²⁶⁰ Bedi, "The Scope of Formal Equality of Opportunity: The Horizontal Effect of Rights in a Liberal Constitution", (s. 733).

Son olarak devlet eylemi teorisiyle ilgili belirtilmesi gereken husus onun pratikte ülkemiz uygulamasına benzerliği üzerinedir. Bu bağlamda ileriki bölümlerde izah edileceği üzere ülkemizde pratikte bireysel başvuru kurumu yargı kararlarına karşı işletilmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yasama işlemleri ve idarenin düzenleyici işlemleri aleyhine doğrudan bireysel başvuruda bulunulması mümkün değildir. Benzer biçimde hakkın kamu gücü tarafından ihlal edilmesi şartı gereğince özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların da bireysel başvuruya doğrudan konu edilmesi mümkün değildir. Yine idari ve yargısal başvuru yollarının da tüketilmiş olması şartı doğrultusunda pratikte yargı kararları aleyhine bireysel başvuru yapılmakta, bu da *Shelley v. Kraemer* davasına benzer biçimde yargı organının kişinin anayasal hakkını ihlal ettiği durumlarda giderim imkanı sağlanabilmesine yol açmaktadır. Bu bağlamda devlet eylemi teorisi ile ülkemiz pratiği doğrultusunda yatay etki teorisinin benzerliği dikkat çekmektedir. Ancak doğrudan yatay etki teorisi haklara münhasıran dayanılarak talep ve davacı olunabilmesini dikte etmekte, dolaylı yatay etki teorisi ise yalnızca Anayasa Mahkemesi'nin değil, yerel mahkemelerin de özel hukuku ve bilhassa özel hukukun genel hükümlerini anayasal ilke ve değerler ışığında yorumlaması gerektiğini savunmaktadır. Bu iki sav, ilgili iki teorinin aynı zamanda devlet eylemi teorisinden ayrılan yönlerini ortaya koymaktadır. Koruma yükümlülüğü teorisi de devlet eylemi teorisinden farklı olarak uyuşmazlığın içerisinde devletin bulunmasını aramamakta, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklar dahi devletin bu ilişkinin taraflarına karşı yükümlü olduğu koruma görevini yerine getirmediği ölçüde devletin sorumluluğunu gerektirmektedir. Neticede ülkemiz pratiği doğrultusunda yatay etki teorisi ve bilhassa dolaylı yatay etki teorisi ile devlet eylemi teorisinin benzer yönleri bulunsa da, iki teorinin birbirinden farklı teoriler olduğu unutulmamalıdır.

2.5. Yatay Etkiye İlişkin Diğer Tasnifler

Tıpkı temel hak ve hürriyetlere ya da onların devlete yüklediği yükümlülüklerle ilişkin çeşitli tasnifler mevcut olduğu gibi temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi bağlamında da yukarıda izah edilen doğrudan yatay etki, dolaylı yatay etki, koruma yükümlülüğü teorisi ve devlet eylemi teorisi dışında tasnif ve kriterler de mevcuttur. Örneğin Barak temel hakların özel hukuka etkisini doğrudan etki, dolaylı etki, yargı modeline uygulama (state action) ve etkisizlik teorisi başlığı altında

incelemektedir²⁶¹. Yazar koruma yükümlülüğü teorisine ayrı bir başlık açmadığı gibi, devlet eylemi teorisi ile yatay etkisizlik teorilerini de farklı başlıklar altında incelemektedir. Buna karşılık başka bir görüş devlet eylemi teorisini yatay etkisizlik teorisinin alt varyasyonu olarak değerlendirmektedir²⁶². Bir başka yazar ise doğrudan ve dolaylı yatay etki dışında ikincil doğrudan yatay etki başlığı altında üçüncü bir öneride bulunmaktadır²⁶³. İkincil doğrudan yatay etki uyarınca temelde dolaylı yatay etki kabul edilmekte, buna karşılık anayasal ilke ve değerlerin özel hukuka etki edemediği durumlarda istisnai (ikincil) olarak temel hakların doğrudan etkisi kabul edilmektedir²⁶⁴. Bu durum özel hukukta mevcut bir norm bulunmayışı, ya da daha önceden izah edilen sızma noktaları adı verilen genel hükümlerin mevcut olamayışı gibi sebeplerle mümkün olabilir.

Doktrinde bir başka görüş ise yatay etkiyi aracıya gerek duyan (mediated) ve duymayan (unmediated) biçiminde tasnif etmektedir²⁶⁵. Tasnifte işaret edilen aracı devletin ta kendisidir. Bu bağlamda kişinin yatay ilişkilerde yalnızca ihlalden kaçınması ya da saygı göstermesinin yeterli olduğu durumlar aracıya gerek duymayan yatay etki olarak ifade edilmekte; buna karşılık devlete yüklenen bir takım yükümlülükler neticesinde diğer kişilerin hareket yeteneklerinin sınırlanması gereken durumlar aracıya gerek duyan yatay etki olarak ifade edilmektedir²⁶⁶. Tasnife göre bir hak aracıya gerek duymayan bir temel hak ise, o noktada hiçbir pozitif düzenleme ya da devletin eylemi gerekmeksizin kişiler bu hakkı ihlal etmekten çekinmelidir. Bunun karşısında aracıya gerek duyan haklar söz konusu olduğunda, devlet bu konuda özel kişilere bir sınır getirmediği müddetçe kişiler özgürdür. Örneğin özel hayatın gizliliğinin aracıya gerek duymayan bir hak olarak nitelendirilmesi neticesinde kişiler başkalarının özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmekten çekinmelidir. Oysa bir hakkın aracıya gerek duyan hak olarak tespit edilmesi

²⁶¹ Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, (s. 14).

²⁶² Ferreira, Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children, (s. 23-24)

²⁶³ Gökhan Antalya, “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 28-1 (2022), (s. 29-30); Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri”, (s. 210).

²⁶⁴ Gökhan Antalya, “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”, (s. 29-30).

²⁶⁵ Alison L. Young, “Horizontalty and the Human Rights Act 1998”, Human Rights and Private Law : Privacy as Autonomy, Der., Katja S. Ziegler, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007, (s. 37-38)

²⁶⁶ Young, “Horizontalty and the Human Rights Act 1998”, (s. 37-38)

neticesinde bu hususta devletin aktif bir eylemi olmadığı sürece kişiler yatay ilişkilerde serbesttir.

Bir diğer görüş ise temel hakların dikey ilişkilere etkisinin doğrudan etki ile gerçekleştiğini, buna karşılık yatay ilişkilere etkisinin özel hukuk normları aracılığıyla dolaylı olarak gerçekleşmesi gerektiğini ifade ederek yatay etki ile dolaylı etkinin aynı kavramlar olduğunu öne sürmektedir²⁶⁷.

2.6. AİHS’te Yatay Etki

AİHS 33. ve 34. maddeleri incelendiğinde AİHM’e başvurunun devletlerarası ve bireysel başvuru olarak iki biçimde gerçekleşebileceği tespit edilmektedir. Bilhassa bireysel başvuruya ilişkin 34. madde uyarınca kişiler sözleşmede güvence altına alınan haklarının ‘Yüksek Sözleşmeciler’den biri tarafından’ ihlal edilmesi neticesinde Mahkeme’ye başvuruda bulunabilirler. Yine Mahkeme’nin vermiş olduğu kararların bağlayıcılığı ve infazına ilişkin 46. madde uyarınca verilen kararlar uyumsuzluğa taraf olan devlet için bağlayıcıdır. Hal böyle olunca görünürde sözleşmenin yalnızca dikey ilişkiyi düzenlediği, özel kişiler lehine güvence altına aldığı hakları yalnızca sözleşmeye taraf olan devletlere karşı koruduğu izlenimi doğmaktadır. Buna karşılık sözleşmenin 1. maddesi incelendiğinde “*Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*” düzenlemesi ile devletlerin yatay ilişkilerde de bir takım yükümlülüklerinin olabileceği belirlenmiştir.

Yukarıda açıklananlar ışığında sözleşmenin en uygun biçimde koruma yükümlülüğü teorisi ile açıklanabileceği ifade edilmektedir²⁶⁸. Bu bağlamda mahkeme devletin ihlal nereden gelirse gelsin bir takım pozitif ve negatif yükümlülükleri olduğunu tespit etmekte ve yatay ilişkilerdeki uyumsuzluklar da devletin yükümlülüklerini tam biçimde yerine getirmediği gerekçesiyle AİHM önüne taşınabilmektedir. Aynı zamanda koruma yükümlülüğü teorisinde yükümlülüklerin devlette toplanması, buna karşılık özel hukuk kişilerinin yükümlülük altına girmiyor oluşu ilgili teorisinin AİHS sistematığına daha uygun olduğunun bir diğer

²⁶⁷ Kommers & Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, (s. 61).

²⁶⁸ Jörg Polakiewicz “The Implementation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Field of Private Law”, Tel Aviv University Studies in Law, 12 (1994), (s. 188).

göstergesidir. Dolayısıyla çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz pozitif yükümlülükler doktrini, yatay ilişkilerde devletin sorumluluğuna gidebilmek için oldukça etkili bir araçtır. Hatta 2002 ile 2012 yılları arasında AIHM’de hakimlik görevi de icra etmiş Galicki’ye göre de Mahkeme doğrudan ya da dolaylı yatay etki teorilerinden ziyade koruma yükümlülüğü teorisini benimsemiş gözükmekte²⁶⁹, bu bağlamda koruma yükümlülüğü teorisi uyarınca devletlerin pozitif yükümlülüklerini tam biçimde yerine getirip getirmediğini inceleyerek yatay ilişkilerdeki ihlallerden devleti sorumlu tutabilmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre AIHS uyarınca devletlerin hem dikey hem de yatay ilişkilerde negatif ya da pozitif karakterli yükümlülükleri mevcutken bireylerin Sözleşme uyarınca ancak negatif karakterli yükümlülükleri bulunabilir²⁷⁰. Yazar’a göre 1. maddedeki koruma yükümlülüğü yalnızca devlete yüklenmiş ve bireyler bu yükümlülüğün dışında tutulmuştur²⁷¹. Diğer bir ifade ile sözleşme uyarınca kişiler yalnızca müdahale etmeme yükümlülüğü altında iken devlet müdahale etmemekle birlikte koruma ve sağlama yükümlülükleri altındadır. Aynı zamanda devletin negatif karakterdeki yükümlülükleri ile bireylerin negatif karakterdeki yükümlülükleri arasında da bir yoğunluk farkı bulunmaktadır²⁷². Gerçekten de negatif karakterdeki saygı gösterme ya da müdahale etmeme yükümlülüğü aynı zamanda müdahale etme özgürlüğünün ya da serbest biçimde hareket etme özgürlüğünün sınırlanması anlamına geleceğinden, AIHS ile bireylere devletlerle aynı ölçüde yükümlülükler yüklenmesi ve onların özgürlüklerinin sınırlanması düşünülemez. Örneğin mirasbırakanın mirasçıları arasındaki ölüme bağlı tasarrufları ile bir kısım mirasçısına diğerlerinden daha fazla menfaat temin etmesi, ayrımcılık yasağı bağlamında ciddi bir problem teşkil etmeyebilir. Oysa devletin vatandaşlarını hiçbir makul gerekçeye dayanmayan farklı muamelelere tabi tutması, Sözleşme’de güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelebilir.

²⁶⁹ Lech Garlicki, “Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights”, *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Der., András Sajó & Renáta. Uitz, Utrecht: Eleven International Publishing, 2005, (s. 143).

²⁷⁰ Monika Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State”, *International and Comparative Law Review*, 17-2 (2017), (s. 47).

²⁷¹ Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State”, (s. 47).

²⁷² Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State”, (s. 47).

Ancak yukarıya arz edilen ilgili görüşün temel problemi koruma yükümlülüğü ile neyi ifade ettiği noktasında toplanmaktadır. Eğer bir teori olarak koruma yükümlülüğünden bahsediliyorsa, bu bağlamda bireylerin zaten yatay ilişkilerde yükümlülükleri söz konusu olamaz. İhlal ister yatay ister dikey ilişkilerden gelsin, vatandaşlarını koruma görevini yerine getirmeyen devlet bu ihlal gerekçesiyle sorumlu tutulacaktır. Bu bağlamda sözleşmenin bireyleri negatif karakterli de olsa bir yükümlülük altına soktuğu söylenemez. Eğer yazar koruma yükümlülüğü ibaresi ile üçlü tasnif içerisindeki koruma yükümlülüğünden bahsediyorsa, o halde ilgili yükümlülüğün somut olayın özelliklerine göre negatif ya da pozitif karakterli olabileceği unutulmamalıdır. Hal böyle olunca Sözleşme ile bireylere yatay ilişkilerde pozitif yükümlülükler yüklendiği iddia edilmiş olur ki bu da Sözleşme sistematüğinde mümkün değildir. Ancak her durumda sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenen ‘Hakları Kötüye Kullanma Yasağı’ başlıklı maddede de açıkça görüldüğü üzere sözleşmenin bireylere bir takım negatif karakterli yükümlülükler yüklediği söylenebilir.

AIHM’in yatay etki teorisini kullanarak vermiş olduğu ilk karar 1985 yılındaki *X ve Y v. Hollanda Kararı*²⁷³, dır. Somut olayda zihinsel engeli bulunan Y bir yurttan kalmaktayken yurt müdürünün damadı tarafından tecavüze uğramıştır. Zihinsel engeli bulunan mağdurun babası X, kızı adına şikayette bulunmuş, savcılık failin 2 yıl içerisinde aynı suçu tekrar etmemesi koşuluyla kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir. Karara yapılan itirazda mahkeme Hollanda Ceza Kanunu’nun 242. maddesinin ispat edilemediğine, somut olayın Kanun’un 248. maddesi ile uyduğuna, ancak ilgili maddenin doğrudan mağdurun şikayeti ile işletilebilir olduğuna karar vermiştir. AIHM kararında, 8. maddede düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının dikey ilişkilerde kişileri devletin keyfi müdahalelerinden korumak gibi bir amaçla düzenlenmiş olsa da, ilgili hakkın gerçekten ve etkin biçimde korunabilmesi için özel kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de devletin bir takım koruyucu önlemler alması gerektiği vurgulanmış ve devletin bu bağlamda pozitif yükümlülüklerinin olabileceği ifade edilmiştir²⁷⁴. Ayrıca Mahkeme devletin yatay ilişkilerde hangi önlemlerin alınacağı hususunda çalışmamızın devamında

²⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, X ve Y v. Hollanda Kararı, Başvuru No: 8978/80, Karar Tarihi: 26 Mart 1985.

²⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, X ve Y v. Hollanda Kararı, Başvuru No: 8978/80, Karar Tarihi: 26 Mart 1985, (p. 23).

değineceğimiz üzere takdir marjının bulunduğunu tespit etmiş, bu hususta ilgili hakkın güvence altına alınması için ceza davasının mümkün olan tek yol olmadığı ancak efektif bir caydırıcılığın ceza davası ile sağlanabileceği vurgulanmıştır²⁷⁵. Neticede Mahkeme, somut uyuşmazlıkta mağdurun zihinsel engelli olması ve bu sebeple şikayet mekanizmasını işletmemesi dolayısıyla Hollanda Ceza Kanunu'nun yeterli korumayı sağlayamadığını, devletin bu hususta negatif olmasa da pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir²⁷⁶.

Görüldüğü üzere AİHM, sözleşmede güvence altına alınan hakların yatay etkisinin mevcut olabileceğini, bu bağlamda devletin yalnızca negatif değil aynı zamanda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu ve bu yükümlülüklerinin ihmal ya da ihlali halinde devletin sorumlu tutulabileceğini 1985'te tespit etmiştir. Ancak Mahkeme'nin kararında yatay etkiye ilişkin bir tanım yapmadığına, onu sınırları ile birlikte ortaya koymadığına dikkat edilmelidir. Hatta AİHM vermiş olduğu bir başka kararında Sözleşmedeki hakların ve bunlara ilişkin güvencelerin özel hukuk ilişkilerinde (yatay ilişkilerde) ne ölçüde uygulanacağına ilişkin genel bir teori ortaya koymasının gerekli olmadığını deklare etmiştir²⁷⁷. Ancak Mahkeme, çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz pozitif yükümlülükler doktrini üzerinden yatay ilişkilerde devletin sorumluluğuna hükmedebilmektedir. Pratikte bilhassa ülkemizden yapılan başvurularda özel hukuk uyuşmazlıkları noktasında devletin uyuşmazlığın giderilmesine ve mağdur için adaletin sağlanmasına dönük yükümlülüklerini ihlal ettiği iddia edilmekte ve bu haliyle şikayet Mahkeme önünde incelenebilmektedir. Dolayısıyla aslında maddi haklara ilişkin usuli güvencelerin ihlali, yatay ilişkilerde devletin sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

2.7. 1982 Anayasasında Yatay Etki

1982 Anayasası'nın başlangıç bölümü 7. paragrafında vatandaşların birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin biçimde saygı göstermekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. maddede ise kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engellerin kaldırılması yükümlülüğü devlete

²⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, X ve Y v. Hollanda Kararı, Başvuru No: 8978/80, Karar Tarihi: 26 Mart 1985, (p. 24-27).

²⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, X ve Y v. Hollanda Kararı, Başvuru No: 8978/80, Karar Tarihi: 26 Mart 1985, (p. 30).

²⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Vgt Verein Gegen Tierfabriken V. Switzerland Kararı, Başvuru No: 24699/94, Karar Tarihi: 28 Haziran 2017, (p. 46).

yüklenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi uyarınca “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” ifadeleri ile temel hak ve hürriyetlerin kişileri de bağladığı açık biçimde ifade edilmiştir. 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin gerekçesinde de benzer biçimde “*Anayasa, sadece Devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecektir.*”²⁷⁸ ifadeleri ile anayasanın yatay ilişkilerde de bir takım hak ve yükümlülükler doğurmaya muktedir olduğu ifade edilmiştir. İlgili gerekçede ifade edilen Anayasa'nın diğer kanunlar gibi uygulanabilmesi hususu ise doğrudan yatay etkiye kapı aralar niteliktedir. Hatta 1961 Anayasası'nın 8. maddesine (1982 Anayasası'nın Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine ilişkin 11. maddesine karşılık gelmektedir) ilişkin tasarıda Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uyulması gereken temel hukuk kuralları olduğu teklif edilmiş²⁷⁹, ancak kabul edilen halinde ‘doğrudan doğruya’ ibaresi metinden kaldırılmıştır. 1982 Anayasası'nın bir sonraki maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin “*kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” ifadeleri ile aynı zamanda kişilere yükümlülük de yüklediği vurgulanmıştır. Yine ülkemizde ‘Altılı Masa'nın Anayasa Teklifi’ olarak da bilinen ve 28 Kasım 2022 tarihi itibarıyla muhalefet ittifakı tarafından teklif edilen ‘Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi’ de ilgili maddeye ilişkin yeni bir teklifte bulunmaktadır. Buna göre madde metnine insan onurunun dokunulmazlığı ve devletin ona saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduğu, temel hakların bir bütün olduğu ve devlet organlarını bağladığı, devletin “*temel hak ve hürriyetlerden herkesin etkili biçimde yararlanmasını sağlayacak her türlü düzenlemeyi yapmak, tedbiri almak ve ihlalini önlemekle*” yükümlü olduğuna ilişkin fıkraların eklenmesi teklif edilmektedir²⁸⁰. Teklifin gerekçesinde ilgili düzenleme ile devletin kimi haklar karşısında yapmama, kimi haklar için ise yapma ödevi yükleneceğinin anayasa koyucu tarafından deklare edileceği ifade edilmektedir. 1982 Anayasası'ndan devam edilecek olursa, yargı bölümündeki 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı başlığı altında hakimlerin

²⁷⁸ 1982 Anayasası 10. Maddesi Danışma Meclisinin Kabul Ettiği Metnin Gerekçesi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Mart 2021, (s. 53).

²⁷⁹ https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002034.pdf, (s. 59).

²⁸⁰ <https://chp.org.tr/yayin/guclendirilmis-parlamenter-sistem-anayasa-degisikligi-onerisi/Open>

“Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre” karar verecekleri hüküm altına alınmıştır. Yine ilgili düzenlemenin de hakimlere karar süreçlerinde Anayasa’yı dikkate alma yükümlülüğü yüklediği tespit edilebilir. Maddenin gerekçesinde somut norm denetimine atıf yapılmış olsa da, ilgili hükmün doğrudan ya da dolaylı yatay etkiyi işaret edip etmediği tartışılabilir.

Doktrinde de Anayasamızın ve bilhassa içerisindeki hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin mevcut olup olmadığı, mevcut ise bu etkinin ortaya çıkış biçimlerine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. Her şeyden önce yatay etkinin ön koşulu bireyin topluma ve devlete karşı yükümlülüklerinin olduğu fikridir²⁸¹. Gören’e göre de yatay etki temel hakların yükümlü ya da muhataplar yönünden devlet ile birlikte eskiden sadece hak sahibi olarak görülen özel hukuk kişilerini de kapsayacak biçimde genişletilmesidir²⁸². Zaman içerisinde koruma yükümlülüğü teorisi ile temel hak ve hürriyetler vasıtasıyla bireylere yükümlülükler yüklenmeden devletin yatay ilişkilerdeki ihlallerden sorumlu tutulabilmesi mümkün olmuş olsa da, bu durum pratik bir ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Gerek AİHM yapısında bireylerin davalı konumda bulunamayışı, gerekse pozitif insan hakları metinlerinin dikey ilişkiyi düzenlemeye dönük tasarlanması bu pratik gerekçelerdendir. Ancak her durumda bireyin temel hak ve hürriyetler dolayısıyla diğer kişilere karşı yükümlülükleri bulunduğu ilişkin pozitif düzenlemeler -ki anayasamızda da bu düzenleme mevcuttur- temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin mevcut olduğunu ispat eden anayasal düzenlemelerdir.

Peki 1982 Anayasası yatay etkiye ilişkin hangi teorinin ortaya çıkmasına müsaittir? Bu noktada çoğunluk görüşü 1982 Anayasası’nın dolaylı yatay etki teorisinin uygulanmasına müsait olduğunu ve ilgili teorinin daha makul olduğunu ifade etmektedir²⁸³. Örneğin Kanadoğlu, Türk Hukuku’nun dolaylı yatay etkinin uygulanmasına müsait olduğunu, anayasa kurallarının uygulanmaması halinde bir yaptırımın öngörülmediğini ve bu durumun onların doğrudan etkisine mani olduğunu ifade etmektedir²⁸⁴. Kaneti de aynı görüşü paylaşmakta, kuraliçi boşlukların anayasal

²⁸¹ Maksim Yuryevich Izhikov. ““Horizontal” Human Rights And Positive Obligations”, Juridical Sciences and Education, 57 (2018), (s. 192).

²⁸² Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi” (s. 4).

²⁸³ Örneğin; Oya Boyar, Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, (s. 69).

²⁸⁴ Korkut Kanadoğlu, “Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1998, (s. 30).

ilke ve değerler ışığında doldurulmasını önererek medeni hukuktaki dürüstlük kurallarının, hakkın kötüye kullanımının, genel ahlaka uygunluğun anayasal ilke ve değerler doğrultusunda somutlaştırılması gerektiğini ifade etmektedir²⁸⁵. Yazar'a göre genel olarak anayasa ve özel hukukun ortak ilgili alanına ilişkin konuların özel hukukça yeterli biçimde düzenlendiği ve somutlaştırıldığı göz önünde bulundurulduğunda hangi hakların doğrudan etkili olacağının tespiti de pek mümkün görünmemektedir²⁸⁶. Bir başka yazar ise kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırmadan hareketle dolaylı yatay etkinin uygulanabilir olduğunu savunmakta, bu bağlamda yine genel nitelikli özel hukuk hükümlerinin anayasal ilke ve değerler doğrultusunda yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir²⁸⁷. Gerçekten de temel hak ve hürriyetlerin dikey ilişkiyi düzenler formu onların yatay ilişkilerde doğrudan doğruya uygulanmasına mani olmakta, ancak daha önceden de ifade edilen ve sızma noktaları olarak adlandırılan özel hukukun genel hükümleri neticesinde anayasal ilke ve değerlerin özel hukuka dolaylı biçimde etki edebilmesi mümkün gözükmemektedir²⁸⁸.

Gören ise 1982 Anayasası'nın 11. ve 138. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının mümkün görüldüğü²⁸⁹, buna karşılık özel hukukun ve bilhassa özel hukukun genel hükümlerinin anayasaya uygun biçimde yorumlanması, Medeni Kanun'un 1. maddesi uyarınca hukuk boşluğunun anayasaya uygun biçimde doldurulması, norm denetiminin benimsenmiş olması gibi hususların dolaylı yatay etkinin görünüş biçimleri olduğunu değerlendirmiştir²⁹⁰. Neticede Yazar'a göre Türk hukukunda açıkça kabul edilmiş olmasa da dolaylı yatay etki teorisi benimsenmiştir. Bu bağlamda özetle yazar Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca doğrudan etkinin teorik olarak mümkün olduğunu ifade etse ve yargıcın karar verirken 'doğrudan doğruya' anayasal kurallarla bağlı olduğunu tespit etse de özel hukukun ihmal edilerek

²⁸⁵ Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri", (s. 210).

²⁸⁶ Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri", (s. 210).

²⁸⁷ Sungurtekin Özkan, "Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku", (s. 553-554).

²⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., Borçlar Hukuku Genel Bölümler-Birinci Cilt, (s. 503-504).

²⁸⁹ Zafer Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi", Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Der., Özlem Erişgin, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, (s. 23).

²⁹⁰ Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi" (s. 24).

münhasıran anayasal kurallar üzerinden hüküm verilemeyeceğini savunmaktadır²⁹¹. Bu yönüyle anayasal kurallar yorum hususunda birer yol gösterici olabilirler. Yazar'ın bir diğer tespiti ise Anayasada düzenlenen bir kısım hakların yatay ekseninde uygulanabilir olduğu, diğer kısmının ise niteliği itibarıyla dikey ilişkiye münhasır olduğudur²⁹². Yazar ilk gruba 'çalışma özgürlüğü, basın özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğünü' ikinci gruba ise 'sığınma hakkı ya da dilekçe hakkını' örnek olarak vermektedir²⁹³. Öyle ise Yazar'a göre öncelikle Anayasada düzenlenen haklardan ancak bir kısmı yatay ilişkilerde uygulanabilir iken, her ne kadar Anayasa'nın 11. maddesi doğrudan etkinin ortaya çıkmasına müsait olsa da, dolaylı yatay etkinin Türk hukukunca benimsendiği tespit edilebilir. Benzer bir görüş doktrinde Ergül tarafından da seslendirilmiş, Anayasa'nın 11. maddesinin hem doğrudan hem de dolaylı etkinin ortaya çıkmasına müsait bir yapıda dizayn edildiği vurgulanmıştır²⁹⁴. Bir başka yazar da her ne kadar Anayasa'nın hem doğrudan hem de dolaylı yatay etkinin ortaya çıkmasına müsait olduğunu değerlendirse de temel hakların Anayasa'dan alt düzeydeki yasalarla güvence altına alınmış ve somutlaştırılmış olduğu ve ayrıca anayasa yargısının da mevcut olduğu gerekçeleri ile doğrudan yatay etkinin ortaya çıkmasına ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir²⁹⁵.

Gözler ise temel hak ve hürriyetlerin kategorik olarak yatay etkisinin mevcut olduğu ya da olmadığı biçimindeki önermeye karşı çıkmaktadır²⁹⁶. Yazar'a göre mülkiyet, konut dokunulmazlığı ya da özel hayatın gizliliği yatay ilişkilerde özel hukuk kişilerine karşı ileri sürülebilirken vatandaşlık, seçme-seçilme ya da eğitim ya da sağlık hakkı dikey ilişkilerde ileri sürülebilir haklardır²⁹⁷. Neticede yazar her ne kadar kişisel hak ve hürriyetlerin yatay ekseninde ileri sürülebileceğini, buna karşılık siyasi ve sosyal hakların yükümlüsünün devlet olduğunu ileri sürse de²⁹⁸, kategorik bir yaklaşımı reddetmekte ve her bir hak için ayrı ayrı değerlendirme yapılması

²⁹¹ Gören, Temel Hak Genel Teorisi, (s. 74).

²⁹² Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi" (s. 22).

²⁹³ Gören, "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi" (s. 22).

²⁹⁴ Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", (s. 482).

²⁹⁵ Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", (s. 241).

²⁹⁶ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, (s. 187).

²⁹⁷ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, (s. 416-417).

²⁹⁸ Gözler, İnsan Hakları Hukuku, (s. 187-188)

gerektiğini önermektedir²⁹⁹. Yazar yatay etkinin belirli haklara özgü olarak mümkün olduğunu kabul etmenin yanında bu haklardan bir kısmının istisnai olarak doğrudan yatay etki üretmeye müsait olduğunu da ifade etmekte ve grev hakkını bu hususta örnek olarak vermektedir³⁰⁰. Bu bağlamda yazarın yine kategorik bir yaklaşımla tüm temel hak ve hürriyetlerin doğrudan ya da dolaylı yatay etkisinin mevcut olduğu ön kabulü yerine, hakkın niteliği ve düzenleniş biçimine uygun biçimde yatay etkisinin mevcut olup olmadığının ve varsa bunun görünüş biçiminin tespit edilmesi gerektiğini önermektedir.

2.7.1. Anayasa Mahkemesine Göre Yatay Etki

AYM'nin yatay etkiye ilişkin zaman içerisinde değişen görüşleri mevcuttur. Bu hususta genel kabulün aksine doğrudan yatay etkiyi benimser görünen 1983 tarihli somut norm denetimi kararı ise hayli ilginçtir³⁰¹. İlgili dönemde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ispat hakkı bağlamında aynı kanununun 266, 267 ve 268. maddelerini istisna kılmaktadır. Diğer bir ifade ile dönemin Türk Ceza Kanunu'nun ispat hakkını düzenleyen hükmü resmi sıfatı haiz olanlar hakkındaki cürümler başlığı altında düzenlenen 266, 267 ve 268. maddelerini kapsamamaktadır. Buna karşılık 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan daha sonra yürürlüğe giren 1961 Anayasası'nın ispat hakkını düzenleyen hükmü "*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir*" düzenlemesi ile kamu görevlileri aleyhine işlendiği iddia edilen fiillere karşı dahi ispat hakkı tanımaktadır. Hal böyle olunca 1961 Anayasası'nın ispat hakkına ilişkin olarak bir takım haklara istisna getirmediği ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre daha geniş bir koruma sağladığı ve Anayasa ile ceza yasasının çatıştığı görülmektedir. Aynı zamanda 1961 Anayasası'nın geçici 7. maddesi ile devlete yürürlükteki mevzuatın Anayasa ile uyumlaştırılması görevi yüklenmiştir. Buna karşılık yasama organının geçen yirmi yılın ardından bu uyumlaştırmayı gerçekleştirmediği ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ispata ilişkin 481. maddesinin 1961 Anayasası'nın 34. maddesine uyumlu hale getirmediği tespit

²⁹⁹ Gözler, İnsan Hakları Hukuku, (s. 187-188); Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, (s. 416-417).

³⁰⁰ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, (s. 417).

³⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas sayısı:1981/8 Karar sayısı:1982/3 Karar günü:6.5.1982 Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/No:30.11.1983/18237

edilmiştir. Somut olaydaki bir diğer husus ise Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili düzenlemenin son kez Milli Birlik Komitesi tarafından değiştirilmiş ve 27 Mayıs 1960 ile 6 Ocak 1961 arasında çıkartılan yasalardan olması, bu bağlamda 1961 Anayasası'nın geçici 4. maddesi uyarınca hakkında iptal davası ya da itiraz yolunun işletilemez olmasıdır. Bu gerekçe ile yasa hakkında anayasaya aykırılıktan bahisle yargı yoluna gidilemediğinden, yasanın anayasaya uygun hale getirilmesi görevi yalnızca yasama organı üzerine kalmış, yasama organı ise görevini yirmi yıldır yerine getirmemiştir. AYM bu noktada 1961 Anayasası'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” hükmüne dayanarak, “*481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılmasını*³⁰²” emretmiştir. Mahkemeye göre “*kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa'nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması*³⁰³” gerekmektedir. Karar sonradan yürürlüğe giren daha üst seviyedeki normun alt seviyedeki bir normu kendisine aykırı hale getirebilse de, onları kendiliğinden değiştiremeyeceği ya da yürürlükten kaldıramayacağı gerekçesi ile karşı oyda eleştirilmiştir³⁰⁴. Bu bağlamda karşı oya göre üstün kuralların daha alt seviyedeki kurallar üzerindeki etkisi doğrudan değil dolaylı olmalıdır³⁰⁵. Karar elbette yatay ilişkiye değil, dikey ilişkiye özgüdür. Ancak dikey ilişkide de olsa bir temel hak ve hürriyetin yasanın ihmal edilmesi suretiyle doğrudan uygulanmasının AYM tarafından emredilmesi oldukça ilginçtir. Ancak Mahkeme'yi bu kararı almaya iten temel etken ilgili yasa aleyhine yargısal yolların işletilemiyor oluşudur. Benzer şekilde 1995 tarihli bir başka kararında Mahkeme yine yargı organının anayasayı tıpkı diğer yasalar gibi uygulayabileceği belirtilmiştir³⁰⁶. Ancak belirtilen ilkenin somut olayla ilişkilendirilmediği göz önünde bulundurulduğunda bunun doğrudan etkiyi yansıtmayı yansıtmadığı noktasında bir kesinlik bulunmamaktadır.

³⁰² Anayasa Mahkemesi'nin, Esas sayısı:1981/8, Karar sayısı:1982/3, Karar günü:6.5.1982, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/No:30.11.1983/18237, (s. 5).

³⁰³ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas sayısı:1981/8, Karar sayısı:1982/3, Karar günü:6.5.1982, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/No:30.11.1983/18237, (s. 5).

³⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas sayısı:1981/8, Karar sayısı:1982/3, Karar günü:6.5.1982, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/No:30.11.1983/18237, Karşı Oy: Nahit SAÇLIOĞLU, Muhmut C. Cuhruk, Servet TÜZÜN.

³⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas sayısı:1981/8, Karar sayısı:1982/3, Karar günü:6.5.1982, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/No:30.11.1983/18237, Karşı Oy: Nahit SAÇLIOĞLU, Muhmut C. Cuhruk, Servet TÜZÜN.

³⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas Sayısı: 1991/25 Karar Sayısı: 1991/18 Karar Günü: 21.6.1991 R.G. Tarih-Sayı :17.09.1995-22407, (p. 11).

Mahkeme'nin dolaylı yatay etki teorisini yansıtan kararlarından biri ise kişilerin tazminat ve dava haklarını sınırlayan 3303 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine ilişkindir³⁰⁷. Somut olayda gerçekten de doğrudan yasadan kaynaklanan bir ihlal mevcuttur. Bu bağlamda Mahkeme öncelikle Anayasa'nın 138. maddesi karşısında hakimlerin kararlarında Anayasa ile bağlı olduğunu vurgulamıştır³⁰⁸. Devamında “*özellikle temel kanunlarda öngörülen dürüstlük ve iyi niyet kuralları, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel ilkeler ile bazı hâllerde olayın özelliklerine ve durumun gereklerine göre hâkime takdir yetkisi tanınması uyumsuzlukların çözümünde Anayasa'ya uygun yorum imkânı tanıyan söz konusu etkili hukuksal korumanın bir gereği olarak görülmelidir. Dolayısıyla ister özel kişiler arası isterse de taraflardan birinin kamu gücü olduğu uyumsuzluklar olsun her durumda hâkimin hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun bir biçimde yorumlaması ve yargı yetkisinin kullanımı çerçevesinde özellikle Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasını gözetmesi beklenmektedir*³⁰⁹” ifadeleri ile adeta dolaylı yatay etkinin temel teorisi deklare edilmiştir. Ayrıca dikkat edilirse Mahkeme'nin anayasaya uygun yorumu tavsiye ettiği bu kararında yalnızca dikey ilişkiler değil, yatay ilişkilerde de ilgili yorum tipinin benimsenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ancak Mahkeme'ye göre ihlal doğrudan yasadan kaynaklanmakta ise, diğer bir ifade ile yasa anayasal ilke ve değerlere uygun yorumlanma imkanı dahi tanımamakta ise, bu durumda yasanın ortadan kaldırılmasından başka çare bulunmamaktadır³¹⁰. Kararın devamında anayasal düzenin korunmasında tek yükümlünün AYM olmadığı hatırlatılarak devletin tüm organlarının bu konuda sorumluluk taşıdığı belirtilmiştir. Mahkemeye göre “*İhralin idari işlemden kaynaklandığı durumlarda idari mercilerin, yargı kararından kaynaklandığı hâllerde ise yargı makamlarının Anayasa'ya aykırılık sonucunu doğuran ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma şeklinde bir anayasal yükümlülüğü bulunduğu gibi ihlale kanunun yol açması durumunda ise söz konusu iş bölümü ve iş birliği ilişkisi çerçevesinde yasama organının anayasal*

³⁰⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No:: 2017/17428, Karar Tarihi: 1/12/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2023 – 32078

³⁰⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No:: 2017/17428, Karar Tarihi: 1/12/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2023 – 32078, (p. 49-50).

³⁰⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/17428, Karar Tarihi: 1/12/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2023 – 32078, (p. 51).

³¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/17428, Karar Tarihi: 1/12/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2023 – 32078, (p. 56).

*anlamda görevi devreye girmektedir*³¹¹”. Mahkeme’nin bu cümleleri ise koruma yükümlülüğü teorisi ile oldukça benzeşmektedir. Bu teorinin devleti yalnızca yasama organından ibaret değil, tüm kurum ve organları ile bir bütün olarak anayasal ilke ve değerler bağlamında yükümlülük altına sokması, yukarıda açıklanan Mahkeme’nin değerlendirmelerine oldukça benzerdir. Neticede Mahkeme somut olayın bireysel başvuru olduğu, bu bağlamda doğrudan anayasaya aykırı hükmün iptal edilemeyeceği, ancak yeniden yargılama neticesinde derece mahkemesinin somut norm denetimine başvurması ile yasanın iptal edilmesinin daha doğru olacağı tespit edilmiştir. Mahkeme ayrıca kararında yasa iptal edilmeksizin de derece mahkemesinin Anayasa’nın 90. maddesi karşısında yasayı ihmal ederek milletlerarası sözleşmeleri uygulayabileceğini tespit etse de hukukta yeknesaklık açısından somut norm denetimi yolunun daha faydalı olduğunu belirtmiştir.

Yukarıda görüldüğü üzere mahkemenin gerek doğrudan etki teorisini, gerekse dolaylı etki teorisini benimser görünen kararları mevcuttur. Ancak aynı zamanda Mahkemenin koruma yükümlülüğü teorisine uygun olarak nitelendirilebilecek kararları da bulunmaktadır. Bu husustaki bir başka karar ise sezaryen ameliyat için annenin talebinin yeterli olmadığı ve tıbbi zorunluluk durumunun mevcut olması gerektiğini öngören yasa değişikliği hakkında açılan iptal davasına ilişkindir³¹². Mahkeme somut olayda öncelikle Anayasa’nın 5. maddesi uyarınca devletin insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama yükümlülüğü altında olduğunu belirttikten sonra kanun koyucunun sağlıklı yaşamın temin edilmesi hususunda gerekli önlemleri almak noktasında pozitif yükümlülük altında olduğu vurgulanmıştır³¹³. Bu amaçla yasa koyucunun amacının kişilerin sağlıklı yaşam sürmesi olduğu tespit edilmiş ve düzenlemenin bu amaç doğrultusunda yükümlülüklerle uygun biçimde ihdas edildiği tespit edilmiştir. Ancak ilgili kararın karşı oyunda Paksüt tarafından devletin koruma yükümlülüğü bağlamındaki kişinin bedeni üzerindeki hakka müdahalesi ölçsüz olarak değerlendirilmiş, her ne kadar devletin kişinin yaşamının korunması hususunda pozitif yükümlülüğü bulunsa da, kişinin yaşamına zarar vermeyen hususlarda devletin müdahale edemeyeceği

³¹¹ Anayasa Mahkemesi’nin, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/17428, Karar Tarihi: 1/12/2022 R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2023 – 32078, (p. 57).

³¹² Anayasa Mahkemesi’nin, Esas Sayısı 2012/103, Karar Sayısı: 2013/105, Karar Günü: 3.10.2013, R.G. Tarih-Sayı: 17.12.2014-29208

³¹³ Anayasa Mahkemesi’nin, Esas Sayısı : 2012/103, Karar Sayısı : 2013/105, Karar Günü : 3.10.2013, R.G. Tarih-Sayı : 17.12.2014-29208, (s. 7-8),.

vurgulanmıştır³¹⁴. Kararda devletin koruma yükümlülüğü bağlamında pozitif ve negatif yükümlülüklerinin olduğu ifade edilirken aynı zamanda kişinin yalnızca kamusal makamların müdahalelerine karşı değil, diğer bireylerin ve kişinin kendi eylemlerinden dahi korunması gerektiğine hükmedilmiştir³¹⁵. Dikkat edilirse karar koruma yükümlülüğü teorisinin temel şartlarını tekrar etmekte, kişilerin haklarının korunması noktasında yasama organının gerekli düzenlemeleri yapmak yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamaktadır. Diğer yatay etki teorilerinden farklı biçimde koruma yükümlülüğü teorisinin temel hakların korunması görevini yalnızca yargı organına değil, devletin tüm organ ve kurumlarına yüklediği göz önünde bulundurulduğunda kararın koruma yükümlülüğü teorisine uygun olduğu değerlendirilebilir.

Koruma yükümlülüğü teorisine ilişkin vermiş olduğu bir diğer karar ise bireysel başvuruya ilişkindir. Başvurucu taşınır mallarının yakılması eyleminin devlet tarafından önlenmediği, yeterli soruşturma yapılmadığı ve idarece zararının karşılanmadığı gerekçesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir³¹⁶. Mahkeme bu noktada mülkiyet hakkının devlete bir sonraki bölümde inceleyeceğimiz pozitif ve negatif yükümlülükler yüklediğini tespit ettikten sonra, pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkış sebebinin “gerçek anlamda koruma” sağlanması olduğunu tespit etmiştir³¹⁷. Bireyler kendileri zor kullanarak haklarını koruyamayacağından ya da ihlalleri önleyemeyeceğinden Mahkemeye göre zor kullanma yetkisinin sahibi olan devlet yatay ilişkilerde bireyleri diğer kişilerden gelebilecek ihlallere karşı korumalıdır³¹⁸. Devamında Mahkeme koruma yükümlülüğünün sınırlarının somut olay özelinde tespit edilmesini gerektiğini, devletin olağan olanın ötesinde tedbirler almak zorunda olmadığını, ani ve öngörülemeyen olaylardan dolayı meydana gelebilecek zararlarda devletin bu yükümlülüğü dolayısıyla pozitif yükümlülüklerini ihlal etmiş sayılmayacağını

³¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas Sayısı: 2012/103, Karar Sayısı: 2013/105, Karar Günü: 3.10.2013, R.G. Tarih-Sayı: 17.12.2014-29208, (s. 32).

³¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas Sayısı : 2012/103, Karar Sayısı : 2013/105, Karar Günü : 3.10.2013, R.G. Tarih-Sayı : 17.12.2014-29208, (s. 8).

³¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017

³¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 42-43).

³¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 48).

değerlendirmiştir³¹⁹. Karar incelendiğinde Mahkeme koruma yükümlülüğü teorisinin varlık sebebini devletin kuvvet kullanma tekeline sahip olmasına, pozitif yükümlülüklerin varlık sebebini ise koruma yükümlülüğü teorisine dayandırmaktadır. Aynı zamanda Mahkeme'nin “gerçek anlamda koruma” ibaresini kullandığı da görülmektedir. Mahkeme bu ifadeyi yalnızca arz edilen kararında kullanmış değildir. Bir başka kararında aynı kavramı benzer biçimde “*Pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedeni gerçek anlamda koruma sağlanmasıdır. Buna göre anılan maddede bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir. Gerçek anlamda koruma sağlanması için devletin negatif yükümlülükleri dışında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekir.*”³²⁰ ifadeleri ile kullanmıştır. Bu bağlamda “gerçek anlamda koruma” ifadesinin devletin yalnızca müdahaleden kaçındığı, pasif kaldığı durumu değil; aynı zamanda yatay ilişkilerde de meydana gelebilecek müdahaleleri önleyen ya da doğan zararları gideren aktif tutumunu gerektiren ideal duruma karşılık geldiği düşünülebilir. Koruma yükümlülüğü teorisi bundan farklıdır. Bir teori olarak koruma yükümlülüğü her ne kadar pozitif ve negatif yükümlülüklerin varlık sebebini açıklasa da, bununla birlikte yasama, yürütme ve yargı organlarının bir bütün olarak gerek yatay gerek dikey ilişkideki her türlü ihlali önlemekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme'nin elbette doktriner bir kaygı ile tüm kelime ve kavramları tam olarak kullanması beklenemez, çünkü onun temel fonksiyonu doktrine uyum ya da doktrinin geliştirilmesi değil adaletin tesis edilmesidir. Bu bağlamda Mahkeme'nin kullanmış olduğu “gerçek anlamda koruma” ifadesinin bir teoriden çok duruma karşılık geldiğini düşünmekte, ancak bunu Mahkemenin fonksiyonu doğrultusunda makul karşılamaktayız.

Yine koruma yükümlülüğü teorisi ile ilişkilendirilen bir diğer karar *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu'na*³²¹ ilişkindir. Somut olayda meskenin işyeri olarak kullanılmasının önlenmesi davası ile başvuru derneğin maliği bulunduğu taşınmazın dernek şubesi olarak kullanılması önlenmiştir. Mahkeme'nin karardaki

³¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 47-48).

³²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Abdulvahap Taşkın Başvurusu, Başvuru No: 2015/16840, Karar Tarihi: 24/5/2018 R.G. Tarih Ve Sayı: 19/6/2018-30453, (p. 46).

³²¹ Anayasa Mahkemesi'nin, Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014, R.G Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147.

tespitinde “Devletin (yatay ilişkilerdeki) bu tür haksız müdahalelere karşı bireylerin mülkiyet hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir³²²” ifadeleri ile koruma görevini yalnızca yargı organına değil, devletin diğer organlarına da yüklediği görülmektedir. Bu durum Boyar’a göre Mahkeme’nin dolaylı yatay etki teorisi ile birleştirilmiş koruma yükümlülüğü teorisini benimsediğine ilişkin kanıttır³²³. Mahkeme’ye göre her ne kadar uyumsuzluk özel kişiler arasında gerçekleşse de, devletin yargı organının uyumsuzluğun çözümünde hakem rolü üstlenmiş olması neticesinde devletin müdahalesi mevcut olduğundan, müdahalenin kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük kriterleri doğrultusunda incelenmesi gereklidir³²⁴. Mahkeme neticede ilgili kriterler üzerinden müdahaleyi değerlendirerek, onun kanuna dayandığını, kamu yararını öncelediğini ve başvurucaıyı orantısız aşırı bir külfete maruz bırakmadığını tespit etmiştir. Ancak Mahkeme’nin zaman içerisinde giderek yatay ilişkilerdeki yargı müdahalesini kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük kriterleri üzerinden incelemeyi bırakarak; devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini ve bu bağlamda bilhassa yargı organının maddi hakkın usuli yükümlülüklerine uygun biçimde yargılama faaliyetini sürdürüp sürdürmediğini incelediği görülmektedir. Her iki yöntemde de ulaşılan sonuç aynıdır, ancak Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ilk yöntemin pozitif hukuka daha uygun olduğu, buna karşılık ikinci yöntemin içtihatlar vasıtasıyla geliştiğı değerlendirilebilir. Çünkü maddi hakların usuli yükümlülükleri, söz gelimi mülkiyet hakkına ilişkin bir yargılamada derece mahkemesinin yargılamanın usuli kurallarına uygun davranması gerektiğı, içtihatlar vasıtasıyla tespit edilmiştir. Çalışmamızın ileriki bölümlerinde değinileceğı üzere, son dönemde giderek usuli güvenceler olan adil yargılanma hakkı ya da etkili başvuru hakkından ziyade maddi hak üzerinden, örneğın mülkiyet hakkı üzerinden yapılan içtihat ve yorumlar neticesinde usuli güvencelere ulaşılmaktadır. Oysa içtihatla gelişen usuli yükümlülükler ya da devletin pozitif yükümlülüklerinin somut olayda tam biçimde

³²² Anayasa Mahkemesi’nin, Türkiye Emekliler Derneğı Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014, R.G Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147, (p. 39).

³²³ Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, (s. 170).

³²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, Türkiye Emekliler Derneğı Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014, R.G. Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147, (p. 41).

yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi yerine, yatay ilişkilerde yargı organı tarafından bireylerin haklarına yapılan müdahalelerde kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük kriterinin arz edilen anayasal düzenleme ve hukuki belirlilik doğrultusunda daha faydalı olacağı düşünülebilir.

Yukarıda belirtildiği üzere AYM'nin doğrudan etki, dolaylı etki ya da koruma yükümlülüğü teorisi ile ilişkilendirilebilecek kararları mevcuttur. Bunlardan doğrudan etkiye ilişkin kararı istisnai bir duruma karşılık geldiğinden bir kenara bırakılacak olursa, Mahkeme'nin dolaylı yatay etki teorisi ile birleştirilmiş koruma yükümlülüğü teorisini benimsediği ve Boyar'ın görüşlerinin isabetli olduğu tespit edilebilir. Ancak Mahkeme'nin koruma yükümlülüğü teorisini benimsemesi pratikte çok ciddi bir değişikliğe yol açmamaktadır. Arz edilen kararlarında görüldüğü üzere koruma yükümlülüğü teorisine uygun biçimde yasama organının anayasaya uygun yasalar ihdas etme görevi hatırlatılmasına rağmen bu hususta AYM yasama organına talimat verebilecek ya da yaptırım uygulayabilecek bir organ değildir. Bu sebeple Mahkeme'nin koruma yükümlülüğü teorisini benimsemiş olması, pozitif ya da negatif yükümlülüklerin varlık sebebini açıklamak dışında pratikte önemli bir fayda sağlamayabilir. Esasen Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkların pratikte ister yatay ister dikey ilişkide olsun önce derece mahkemesi önüne gitmesi, buradan AYM önüne taşınması ve devamında AYM'nin sıklıkla kullandığı derece mahkemesinin açık bir takdir hatası ya da keyfilik³²⁵ içerisinde karar vermiş olduğunun tespit edilmesi halinde hak ihlalinin mevcut olduğuna karar vermesi göz önünde bulundurulduğunda; açık bir takdir hatası ya da keyfilik kriterinin somutlaştırılmasında dolaylı yatay etki kullanılabilir. Derece mahkemesinin yorumunun anayasal ilke ve değerlere açık biçimde aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde ilgili mahkemenin açık bir takdir hatası ya da keyfilik içerisinde hareket ettiği tespit edilebilir. Bireysel başvuru dışındaki soyut ve somut norm denetimi mekanizmalarının işletilmesi sırasında yatay etkinin ortaya çıkmasına gerek olmadan yalnızca anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri uyarınca anayasaya aykırı alt düzeydeki normların iptali sağlanabilir. Neticede Mahkeme'nin koruma yükümlülüğü teorisi ile birlikte dolaylı yatay etki teorisini benimsediği, ancak kendisinin Anayasal konumu uyarınca dolaylı yatay etki teorisini fonksiyonel olarak kullanabildiği ifade edilebilir.

³²⁵ Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin, Muhammet Kaplan Başvurusu, Başvuru No: 2013/1586, Karar Tarihi: 18/9/2013, (p. 21).

3. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Pozitif yükümlülükler doğrudan özel hukuk ilişkilerini düzenlemeksiniz, özel ya da kamu hukuku ilişkilerinde devletin üstüne düşen aktif yükümlülüklerle karşılık gelmektedir³²⁶. Diğer bir ifade ile pozitif yükümlülükler, bireylerin insan haklarından tam ve etkin biçimde faydalanabilmesi için devletin aktif müdahaleler ile alması gereken bütün tedbirleri ifade etmektedir³²⁷. Öncelikle bu iki tanımdan hareketle pozitif yükümlülüklerin devletin yükümlülükleri olduğu ve onun aktif eylemini gerektirdiği tespit edilebilir. Yine tanımlarda öne çıkan bir diğer önemli husus, devletin bir yükümlülüğü olarak pozitif yükümlülüklerin gerek birey ile devlet arasındaki dikey ilişkide, gerekse bireyler arasındaki yatay ilişkide ortaya çıkabileceğidir. Bu kapsamda pozitif yükümlülüklerin yatay ilişkilere özgü bir kavram olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Devletin dikey ilişkilerde de bir takım aktif eylemlerle bireyin temel hak ve hürriyetlerini koruması gerekebilir. Örneğin bir taşınmazın kamulaştırılması sürecinde yaşanabilecek hukuka aykırılıklar dolayısıyla taşınmaz sahibinin hakkını muhafaza edebilmesi için yasal bir altyapının sağlanması ya da uygulamanın yasayla uyumlu bir şekilde gerçekleştirilmesi devletin yalnızca negatif bir tutum takınarak sağlayabileceği hususlar değildir.

Daha önceden devletin her bir temel hak özelinde somut olayın şartlarına göre çeşitli yükümlülüklerinin bulunabileceği ifade edilmiş, bu hususta doktrinde farklı tasniflerin olduğu belirtilmişti. Bu tasniflerden en yaygın ve bizce de makul olanı Shue tarafından yapılan saygı gösterme, koruma ve sağlama ya da yerine getirme biçimindeki üçlü tasniftir. Bu başlık altında pozitif yükümlülüklerin incelenmesinin sebebi ise, onun doktrindeki önemi değil AİHM ve AYM tarafından yaygın biçimde kullanılması ve içtihatlarda kapladığı alanla ilişkilidir. Bu açıdan üçlü tasnif içerisindeki saygı gösterme yükümlülüğünün negatif yükümlülüklerle, koruma yükümlülüğünün somut olayın özelliklerine göre negatif ya da pozitif

³²⁶ Izhikov, ““Horizontal” Human Rights And Positive Obligations”, (s. 200).

³²⁷ Gümüş, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 30).

yükümlülükler ve nihayet sağlama ya da yerine getirme yükümlülüğünün pozitif yükümlülükler karşılık geldiği ifade edilmektedir³²⁸.

Pozitif yükümlülüklerin fikirsel temelleri devletin en üst düzeydeki kamu hukuku tüzel kişisi olması ve onun düzenleyici işlevine dayanmaktadır³²⁹. Aynı zamanda devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü pozitif yükümlülüklerin varlık sebebidir³³⁰. Devleti yatay ve dikey ilişkilerde yalnızca negatif tutum takınan, hakkı ihlal etmekten çekinen bir kurum olarak görmek, hak ve hürriyetlerin anayasal güvenceye kavuşması ile arzu edilen sonucu temin etmekten uzaktır. Hak ve hürriyetlerin anayasal normlar biçimindeki kamu hakları ya da temel hak ve hürriyetlere dönüşmesi ve güvenceye kavuşması, devletin ihlal etmemekle birlikte ihlalleri önlemek ve bireyleri ihlallere karşı korumak noktasında da görevli kılmaktadır. Bu bağlamda hem kural koyarak hem de koyduğu kuralları uygulayarak egemenlik yetkisini kullanan devletin daima pasif bir tutum sergilemesi düşünülemez. Aynı zamanda yalnızca vergi koymak ve halkın savunma ihtiyaçlarını karşılamının yeterli olmadığı modern devletin toplumun her alanına sızması, bu hususta evlenmeden nüfus planlamasına, inanç ve ibadet hürriyetinden fikir özgürlüğüne kadar sosyal hayatın her noktasına dahil olması karşısında, bu alanlarda yaşanabilecek ihlalleri de önlemesi beklenmektedir. Bu önleme ise ancak devletin aktif müdahalesi ile mümkün olabilir. Öyle ise pozitif yükümlülüklerin amacı, bireylerin yatay ve dikey ilişkilerde haklarından tam ve etkin biçimde yararlanabilmelerini güvence altına almaktır.

Pozitif yükümlülükler teorisi ile yatay etki teorileri arasında farklılıklar bulunmakta ve bu hususlar bilhassa AİHM'in neden pozitif yükümlülükler teorisini kullandığını açıklamaktadır. Yatay etki teorilerine göre temel hak ve hürriyetler doğrudan ya da dolaylı biçimde özel hukuk ilişkilerine etki etmekte ya da koruma yükümlülüğü teorisi uyarınca devletin temel hak ve hürriyetlerin yatay ve dikey ilişkilerde korunması için pozitif ya da negatif yükümlülükleri ortaya çıkabilmektedir. İşte pozitif yükümlülükler bu yatay etki teorilerinden koruma yükümlülüğü teorisinin devlete yüklediği aktif eylemlerden ibarettir. Diğer bir ifade ile doğrudan ya da dolaylı yatay etkinin muhatabı bireyler iken, pozitif

³²⁸ Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri.

³²⁹ Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, (s. 221).

³³⁰ Uz & Yüksel, "Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı", (s. 881).

yükümlülüklerin muhatabı ya da yükümlüsü devlettir³³¹. İşte AİHM'in pozitif yükümlülükler teorisini benimsemesinin gerekçesi de budur. Daha önceden de izah edildiği üzere Mahkeme'nin yargılama yetkisi devletler üzerine doğmaktadır. Bu bağlamda özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki bir uyuşmazlığı doğrudan Mahkeme önüne taşıması mümkün olmamakta, ya özel hukuk kişisi ile devlet arasındaki bir uyuşmazlık ya da özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkta devletin müdahalesi ya da müdahalesizliği devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Hal böyle olunca Mahkeme'nin doğrudan ya da dolaylı yatay etki teorisini benimsemesi pratikte mümkün olmamakta, ancak koruma yükümlülüğü teorisi ve devamında pozitif yükümlülükler teorisini etkin biçimde kullanması ile bireylerin hak ve hürriyetlerini özel hukuk ilişkilerinde dahi koruma altına alabilmektedir. Devletin sorumluluğunu gerektiren eylem ise, özel kişilerin eylemleri değil; devletin negatif yükümlülüğünü ihlal etmesi biçiminde ortaya çıkan müdahalesi ya da pozitif yükümlülüğünü ihmal etmesi biçiminde ortaya çıkan müdahale etmesi gereken durumlardaki müdahalesizliğidir³³².

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu için devletin yükümlülüklerini ihlal eder bir eyleminin mevcut olması ve bu eylemin devlete atfedilebilmesi gerekmektedir³³³. İşte uluslararası insan haklarının gelişmesi ve pozitif yükümlülükler teorisi ile bu paradigma içerisindeki atfedilme kuralları değişikliğe uğramaktadır. Uluslararası hukukta özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi için özel kişinin eylemini kamu gücü kullanarak gerçekleştirmesi ya da devletin talimat ve ya kontrolü ile eylemin gerçekleşmesi gerekmektedir³³⁴. Pozitif yükümlülükler doktrini ile desteklenen uluslararası insan hakları hukuku ve AİHS sistematüğinde ise, sorumluluk hususunda özel kişilerin eylemleri devlete atfedilmemekte ve buna gerek duyulmamaktadır. Özel kişinin eyleminin devlete hiçbir biçimde atfedilmesi söz konusu olmaksızın devlet yalnızca yükümlülüklerini ihmal veya ihlal ettiği gerekçesi ile sorumlu tutulmaktadır. Hal böyle olunca ilgili teori vasıtasıyla devletlerin yükümlülükleri genişlemiştir. Eskiden yalnızca bir hakka

³³¹ Gülfidan, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 274).

³³² Miray Azaklı Köse, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme", Public and Private International Law Bulletin. 42-2 (2022), (s. 12).

³³³ Azaklı Köse, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme", (s. 13).

³³⁴ Azaklı Köse, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme", (s. 36).

saygı göstererek ya da ihlalden kaçınarak sorumluluktan kurtulan devletlerin AİHM'in benimsemiş olduğu pozitif yükümlülükler teorisi ile artık aynı zamanda koruma ve sağlama yükümlülükleri dolayısıyla sorumlu tutulabilmeleri söz konusu olmuştur. Hatta bu gerekçelerle ilgili teoriden müphem bir AİHS'in etkisiz ve modası geçmiş bir hale dönüşebileceği ifade edilmektedir³³⁵. Gerçekten de günümüzde gelişen sosyo-ekonomik ilişkiler ve özel hukuk kişilerinin sosyal hayat içerisinde edindiği güç karşısında temel hak ve hürriyetlere ilişkin ihlallerin çoğunlukla yatay ilişkilerde meydana geldiği değerlendirilebilir. Bu bağlamda AİHS'in yatay ihlallere ve bu husustaki devletin eylemsizliğine tamamen sessiz kalması, Sözleşme'nin etkisiz ve günün ihtiyaçlarına cevap veremeyen bir metinden ibaret hale gelmesine sebep olabilir.

3.1. Pozitif ve Negatif Yükümlülükler Arasındaki İlişki

Negatif ve pozitif yükümlülükler arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bu bağlamda negatif yükümlülükler AİHS metninde³³⁶ ve 1982 Anayasasında açık biçimde yer almaktadır. Buna karşılık pozitif yükümlülükler somut olaylar özelinde devletten beklenebilecek eylemleri içerdiğinden bunlara ilişkin spesifik düzenlemeler mevcut değildir. Her ne kadar bu yükümlülükleri tespit etmek ya da yerine getirmek yalnızca yargı organının görevi olmasa da, pratikte bu yükümlülüklerin içtihatlar vasıtasıyla mevcut hak ve hürriyetlerin yorumlanması suretiyle tespit edildiği söylenebilir. Aynı zamanda pozitif yükümlülükler ile negatif yükümlülükler arasında devletten beklenenin niteliği yönünden önemli bir fark bulunmaktadır. Devletin negatif yükümlülüklerinin mevcut olduğu durumlarda devlet ihlalden kaçınmalı, pasif kalmalı, bireyin hak ve hürriyetine müdahale etmemelidir. Oysa pozitif yükümlülüklerin söz konusu olduğu durumlarda devlet aktif bir tutum takınmalı, ihlalin önlenmesi ya da mevcut bir ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını sağlamaya çalışmalıdır. Bu iki yükümlülük tipi arasındaki bir diğer fark negatif yükümlülüklerin zorunlu yapısı karşısında pozitif yükümlülüklerin seçimlik yapısına

³³⁵ Tuğba Sarıkaya Güler, “‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?”, *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 2-6 (2017), (s. 364).

³³⁶ Malu Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2017, (s. 42).

ilişkindir³³⁷. Klatt tarafından yapılan bu tespite göre negatif yükümlülükler her durumda devlete ihlalden kaçınmak bağlamında zorunlu ve tek bir yükümlülük yüklemektedir. Oysa devletin somut olay özelindeki pozitif yükümlülükleri birden fazla alternatif seçeneğin bulunabileceği yapıdadır. Hangi yöntemin diğerlerine tercih edileceği, hangi önlemin alınacağı ya da hangi eylem biçiminin tercih edileceği devlet organlarının takdirindedir. Ancak elbette yargı organı, devletin kendisinden makul biçimde beklenebilecek önlemleri alıp almadığını ya da eylemlerde bulunup bulunmadığını denetleyecektir.

Yukarıda izah edilenler ışığında teorik anlamda pozitif yükümlülükler ile negatif yükümlülüklerin birbirinden oldukça farklı olduğu düşünülebilir. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere somut olay özelinde bu iki tip yükümlülük arasındaki sınır muğlaklaşabilmektedir. Bu yönüyle Schabas'a göre iki yükümlülük tipi arasındaki sınır kesin biçimde tanımlanmaya elverişi değildir³³⁸. Benzer biçimde Lavrysen'e göre de bu iki tip yükümlülük arasındaki sınır belirsizleşebilse de her iki tip yükümlülüğün de aynı amaca hizmet ettiği unutulmamalıdır³³⁹. Her durumda temel hedef temel hak ve hürriyetlerin gerçekten ve etkin biçimde korunmasıdır. Bir diğer yazar ise bu iki tip yükümlülüğün sınırları arasındaki muğlaklığı devletin yatay ilişkiye giderek daha yoğun biçimde girmesine bağlamaktadır³⁴⁰. Gerçekten de yatay ekseninde giderek etkin olan devletin bu ilişkilerde aynı anda hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerinin olması kaçınılmazdır. Söz gelimi mülkiyet hakkına ilişkin bir uyuşmazlıkta devlet hem kişilerin mülkiyet hakkına müdahale etmemek yükümlülüğü altında iken hem de onların mülkiyet hakkından etkin biçimde faydalanabilmesi için adil yasalar ihdas etmek, yargısal uygulama ile bunu hayata geçirmek, yargı kararlarının da gecikmeksizin icra edilebilmesi gibi çeşitli pozitif yükümlülükler altındadır. Aynı zamanda devletin izin ya da ruhsat müessesesi de bu iki tip yükümlülüğün oldukça muğlaklaştığı alanlardan bir diğeridir. İnsan sağlığına risk oluşturabilecek bir işletmeye izin veren ya da çevreyi kirleten bir işletmeye göz

³³⁷ Matthias Klatt, "Positive Obligations Under The European Convention Of Human Rights", Heidelberg Journal of International Law, 71-4 (2011), (s. 695); Ayrıca bkz. Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford: Oxford University Press, 2004, (s. 309).

³³⁸ William A. Schabas, The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2015, (s. 968).

³³⁹ Laurens Lavrysen, "The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations", Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, Der., Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge:Cambridge University Press, 2014.

³⁴⁰ Lautenbach, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, (s. 182).

yuman devletin hangi tip yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespiti oldukça güçleşmektedir. Devlet izin vererek ya da zımni bir izin sayılabilecek biçimde göz yumarak bu faaliyetlere olanak sağladığında bireylerin haklarına aktif biçimde müdahale etmiş olur ki bu bir negatif yükümlülük ihlalidir. Ancak devletin aynı zamanda gereken önlemleri almaması, üzerine düşen denetim ve araştırmayı yapmaması dolayısıyla somut olayda pozitif yükümlülüklerini de ihlal ya da ihmal ettiği iddia edilebilir. Hatta göz yumma eyleminin zımni bir izin sayılması devletin negatif yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilecekken, pasif bir tavır ya da eylemsizlik olarak değerlendirilmesi pozitif yükümlülüğün ihlali anlamına gelecektir. Bu gibi durumlarda her iki yükümlülüğün ihlali birlikte de gerçekleşebilir³⁴¹. Görüldüğü üzere bazen bu iki tip yükümlülük arasındaki sınır belirsizleşebilmektedir.

AİHM kararları incelendiğinde de bu iki tip yükümlülük arasındaki ayrımın mutlak olmadığı görülebilir. Aslında Mahkeme kararlarında pozitif ve negatif yükümlülüklerin keskin bir tanımı da bulunmamaktadır. Yalnızca *Gül v. İsviçre* kararının karşı oyunda Martens ve Russo tarafından negatif yükümlülüklerde taraf devletlerin eylemden kaçınması gerektiği, pozitif yükümlülüklerin mevcut olduğu durumlarda ise eyleme geçilmesi gerektirdiği tespit edilmiş; ancak yine de bu iki tip arasındaki sınırların keskin olmadığı vurgulanmıştır³⁴². Bu hususta *Broniowski v. Polonya*³⁴³ kararı ciddi bir örnektir. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından Polonya devleti bazı bölgelerde ciddi toprak kayıplarına uğramıştır. Devamında Polonya bu kayıplar nedeniyle ilgili bölgelerdeki taşınmaz sahiplerinin zararlarının devlet tarafından karşılanacağını deklare etmiştir. Başvurucunun da bu bağlamda zararı bulunduğu Polonya devleti tarafından tespit edilmiş, başvurucunun zararının karşılanmasına ilişkin talebi devletçe tanınmış ancak icra edilememiştir. Devamında başvurucunun zararının karşılanması için devlet aleyhine açmış olduğu dava da reddedilmiş, neticede başvurucunun zararının yalnızca %2'si karşılanmıştır. Başvurucu Polonya devleti tarafından çıkartılan ve kendisinin tazminata ulaşmasını

³⁴¹ Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, (s. 182); Benzer: Beijer, *The Limits Of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations*, (s. 45).

³⁴² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Gül v. İsviçre Kararı*, Başvuru No: 23218/94, Karar Tarihi: 19 Şubat 1996, Hakim Martens ve Russo'nun Karşı Oyu, (p. 7).

³⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Broniowski v. Polonya Kararı*, Başvuru No: 31443/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2004; Ayrıca Bknz. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Joannou v. Türkiye Kararı*, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017.

geciktiren ya da engelleyen yasalar sebebiyle devletin aktif eyleminin bulunduğunu, aynı zamanda devlet tarafından tanınmış olan tazminat hakkını elde edemediğini ve devletin bu hususta ihmali olduğunu iddia etmektedir. Görüldüğü üzere somut olayda temelde kişinin zararı Polonya devletinin bir eylemi neticesinde değil, yaşanan savaş sebebiyle meydana gelmiştir. Ancak devlet kişilerin zararını karşılayacağını deklare ettikten sonra, gerek çıkardığı yasalarla ve aktif eylemleri ile gerek ise kişilerin tazminata ulaşmasına olanak tanıyacak yasal ve uygulamaya dönük önlemleri almadığı ve bu hususta ihmali olduğu gerekçesi ile yargılanmaktadır. AİHM somut olayda pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırın kesin olmadığını, ancak her durumda uygulanacak kriterlerin benzer olduğunu tespit etmiştir³⁴⁴. Diğer bir ifade ile Mahkeme devletin eylemini (müdahalesini) ya da eylemsizliğini pozitif ya da negatif olarak kategorize etmeksizin iki durumda da benzer kriterleri kullanmıştır. Mahkemeye göre uygulanacak ilk kriter müdahale ya da müdahalesizliğin hukuka uygun olmasıdır³⁴⁵. Yani devlet negatif yükümlülüklerinin söz konusu olduğu durumlarda hakka müdahale etmişse bu müdahale hukuka uygun olmalıdır. Buna karşılık pozitif yükümlülükleri söz konusu iken müdahaleden kaçınmış ve pasif kalmışsa, bu eylemsizlik hukuka uygun bir gerekçeye dayanmalıdır³⁴⁶. İkinci kriter gere göre ilgili müdahale kamu yararına dönük olmalıdır ve bunun tespiti noktasında çalışmamızın devamında değineceğimiz üzere yerel makamlar takdir marjına sahiptir. Üçüncü ve son kriter gere ise müdahale ya da müdahalesizliğin söz konusu olduğu durumlarda kişinin menfaati ile kamu yararı arasında adil denge gözetilmelidir³⁴⁷. Her iki durumda da kişi orantısız aşırı bir yük altına girmemelidir. Bu ilkelerden sonra Mahkeme somut olayda devletin eylem ya da eylemsizliğinin hukuki metinlere dayandığını, tazminata engel olan bu metinlerin Polonya’da yerel yönetimleri güçlendirmek, tarımsal sistemi yapılandırmak gibi meşru bir kamu yararına dönük olduğunu tespit etmiş³⁴⁸, ancak başvurusunun tazminata ulaşmasında yaşanan erteleme ve gecikmelerin onu ciddi bir belirsizlik içine soktuğu ve kamu

³⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Broniowski v. Polonya Kararı, Başvuru No: 31443/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2004, (s. 143-146).

³⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Broniowski v. Polonya Kararı, Başvuru No: 31443/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2004, (s. 148).

³⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Broniowski v. Polonya Kararı, Başvuru No: 31443/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2004, (s. 148).

³⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Broniowski v. Polonya Kararı, Başvuru No: 31443/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2004, (s. 150).

³⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Broniowski v. Polonya Kararı, Başvuru No: 31443/96, Karar Tarihi: 22 Haziran 2004, (s. 158).

yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengenin bozulduğu gerekçesi ile kişinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM'nin de bu hususa bakışı AİHM'den farklı değildir. Dini inancı gereği başörtüsü kullanan memurun bu gerekçe ile devlet memurluğundan çıkarılmasının din özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin bireysel başvuruda Mahkeme, Anayasa'da güvece altına alınan laiklik ilkesinin devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklediğini tespit etmiştir³⁴⁹. Bu bağlamda negatif yükümlülük uyarınca devlet bireylerin din özgürlüğüne müdahale etmemeli, pozitif yükümlülükler uyarınca ise devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırması gerekmektedir³⁵⁰. Görüldüğü üzere devletin memurluktan çıkarma biçimindeki eylemi din özgürlüğü bağlamında negatif yükümlülüğünü ihlal etmişken aynı olayda bu hususta bireyi koruyan yasalar tesis etmemiş ve bunu eylemleri ile desteklememiş olması pozitif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. Benzer şekilde ihtiyati haczin uzun sürmesine ilişkin bir başka bireysel başvuruda da “..bazı durumlarda devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin birbirinden ayrılması da mümkün olamamaktadır. Üstelik devletin ister pozitif isterse de negatif yükümlülükleri söz konusu olsun, uygulanacak ilkeler de çoğunlukla önemli ölçüde benzeşmektedir³⁵¹” ifadeleri ile AİHM kararını tekrar etmektedir. Özel kişiler arasında yaşanan bu uyuşmazlıkta öncelikle Mahkeme alacaklının alacağına kavuşması için devletin etkili bir icra sistemi inşa etme pozitif yükümlülüğü altında olduğunu tespit etmiştir³⁵². Aynı zamanda özel kişiler arasında geçen bu uyuşmazlıkta alacaklının icra edilebilir alacağı üzerinde mülkiyet hakkı bulunmakla birlikte, icra prosedüründen etkilenen borçlunun da malları üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu, bu bağlamda devletin borçluya da mülkiyet hakkına ilişkin keyfi ve hukuka aykırı müdahalelere karşı itiraz edebileceği etkin hukuki mekanizmaları sağlama yönünde pozitif yükümlülük altında olduğu vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere devletin hem alacaklı hem de borçluya dönük pozitif yükümlülükleri tespit edilmiştir. Aynı zamanda ihtiyati hacizle ilgili olarak tedbirin her durumda zarara yol açabileceği, ancak süresi itibariyle orantılı

³⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/849, Karar Tarihi: 18.07.2018, R.G. 30497, (p. 59).

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/849, Karar Tarihi: 18.07.2018, R.G. 30497, (p. 59).

³⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629

³⁵² Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 71-72).

olması şartıyla tedbirin ölçülü olarak değerlendirilebileceği vurgulanmış, bu gibi tedbirlerin bireye aşırı ve orantısız bir külfet yüklememesi için kamu makamlarının ivedi ve özenli biçimde hareket etmesi gerektiği tespit edilmiştir³⁵³. Görüldüğü üzere kararın bu bölümü, borçluya yönelik devletin negatif yükümlülüklerine ilişkindir. Sonuç olarak kararda ihtiyati haczin kişiyi aşırı bir külfete soktuğu, aynı zamanda kişinin bu işlem dolayısıyla uğradığı zararı giderebileceği hukuki mekanizmanın da mevcut olmadığı tespit edilerek borçlunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir³⁵⁴. Her ne kadar son cümlede pozitif yükümlülükler bağlamında bir ihlal tespit edilsede, devletin külfete sokan eylemi negatif yükümlülüğünün ihlali, giderim sağlamayan eylemsizliği ise pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir.

Gerçekten de pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınır bazı durumlarda belirsizleşmekte ve iki yükümlülüğün ihlali aynı anda meydana gelebilmektedir. Tüm bu durumlarda ilgili yükümlülüklerin hedefi aynı olduğu gibi devletin eylem ya da eylemsizliğinin ihlal teşkil edip etmediğini tespit edecek kriterler de benzerdir. Buna rağmen bu iki tip yükümlülük arasında bir farkın bulunmadığı söylenemez. Her ne kadar pozitif ve negatif yükümlülükler tasnifinin kullanılması çeşitli kolaylıklar sağlasa da iki tip arasında aşılmaz duvarlar olmadığı her zaman akılda bulundurulmalıdır.

3.2. AİHS'te Pozitif Yükümlülükler

AİHS maddeleri incelendiğinde bireylerin güvence altına alınan hakları karşısında devlete bu hakları ihlal etmemek ya da bu haklara müdahale etmemek noktasında açık biçimde negatif yükümlülükler yüklendiği görülebilir. Örneğin yaşam hakkına ilişkin 2. maddede açık biçimde “..hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemeyeceği..”, işkence yasağını düzenleyen 3. maddede “..işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamayacağı..”, kölelik ya da zorla çalıştırma yasağına ilişkin 4. maddede “.. hiç kimsenin köle olarak tutulamayacağı, zorla çalıştırılmayacağı..” açık biçimde belirtilmiştir. Buna karşılık pozitif yükümlülükler Sözleşme’de açık biçimde düzenlenmemektedir. Bunun çeşitli

³⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 73).

³⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 80).

sebepleri olması mümkündür. Sözleşmenin akdedildiği döneme ilişkin olarak İkinci Dünya Savaşı'nın ardından insanların zihinlerinde insan haklarına ilişkin ihlallerin genellikle devlet tarafından meydana getirildiği, bu bağlamda devletin yalnızca ihlalden kaçınması ile bu ihlallerin önlenebileceği düşünülmüş olabilir. Bir başka sebep ise sözleşmeye azami seviyede devletin katılması kaygısı ile daha önce izah edildiği üzere sözleşmenin devletlere hali hazırda mevcut olandan daha fazla bir yükümlülük getirmemesinin sağlanması olabilir. Gerçekten de devletler ucu açık biçimde somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecek sınırsız bir yükümlülük altına gireceklerini bilselerdi, sözleşmeyi imzalamaktan imtina edebilirlerdi. Oysa devletler Sözleşmeyi imzalarken yalnızca negatif yükümlülük altına gireceklerini düşünmekteydi, buna karşılık günümüzde AİHM içtihatları vasıtasıyla devletlerin hem negatif hem de belki negatif yükümlülüklerden daha kapsamlı biçimde pozitif yükümlülükler altında bulunduğu söylenebilir³⁵⁵. Pozitif yükümlülüklerin sözleşmede açık biçimde belirlenmemiş olmasının bir diğer sebebi de onların yapısıyla alakalı olabilir. Onlar somut olay özelinde tespit edildiğinden, sözleşmede her durumu kapsayıcı biçimde pozitif yükümlülüklerin tespit edilebilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Yukarıda izah edilen sebeplerden biri ya da birkaçı beraber biçimde mevcut olabileceği gibi bu sebeplerin çoğaltılması da mümkündür. Ancak her durumda negatif yükümlülüklerin kaynağının Sözleşme metni olduğu, pozitif yükümlülüklerin ise AİHM içtihatları ile var olduğu ve geliştiği söylenebilir³⁵⁶. Bilhassa hakların pratik ve efektif biçimde korunabilmesi için pozitif yükümlülükler yaygın biçimde kullanılmakta, bu yolla devletler yatay ilişkilerdeki hak ihlallerinden dahi kendi yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle AİHM tarafından sorumlu tutulabilmektedir³⁵⁷.

AİHM'in pozitif yükümlülüklerle ilişkin ilk kararı 1968 yılındaki *Belçika Dil Davası*³⁵⁸ dır. Belçika vatandaşı olan ebeveynler hem kendileri hem de 800'ü aşkın

³⁵⁵ Osman Doğru, "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, Danıştay Matbaası 2008, 11 Mayıs 2007, (s. 193).

³⁵⁶ Suat Şimşek, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Ankara: T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2011, (s. 703).

³⁵⁷ Dean Spielmann, "The European Convention on Human Rights-The European Court of Human Rights", Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study, Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke, Routledge-Cavendish, 2007, (s. 428); Benzer: Berkan Hamdemir, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara: Seçkin Hukuk, 2018, (s. 37).

³⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanılmasına İlişkin Yasaların Belirli Yönlerine İlişkin Dava V. Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23 Temmuz 1968.

çocuk için başvuruda bulunmakta, kendilerini Fransız olarak tanımladıklarını, Fransızca konuştuklarını ve çocuklarının bu bağlamda ana dilde eğitim alma haklarının bulunduğunu iddia etmektedirler. Başvurucular, devletin çocuklara anadilde eğitim vermediğinden, özel statülü bölgelerde verse dahi yetersiz kaldığından, okulların eğitim diline ilişkin yasalara uymadığı durumlarda onların ödeneklerinin kesildiğinden, ilgili yasalara uymayan okullardan mezun olan çocukların mezuniyetlerinin devlet tarafından tanınmadığından yakınmaktadırlar. Mahkeme kararında Ek 1'nolu protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkının³⁵⁹ negatif karakterli düzenlendiğini, ancak bu durumun ilgili maddede devlete hiçbir pozitif yükümlülük yüklediği anlamına gelmeyeceği tespit edilmiştir³⁶⁰. Mahkemeye göre devlet Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca yetki alanı içerisinde herkese sözleşmedeki hakları sağlamakla yükümlüdür. Sözleşme'nin de bir bütün olarak yorumlanması gerekliliği karşısında 1. madde ve eğitim hakkına ilişkin ek 1'nolu protokolün 2. maddesi birlikte yorumlanarak devletin çeşitli yükümlülükler altına olabileceği tespit edilmiştir. Görüldüğü üzere Mahkeme, 1968 yılından itibaren daha önceden izah edilen ve Shue tarafından geliştirilen saygı gösterme, koruma ve sağlama yükümlülüğüne ilişkin 3'lü tasniften ziyade pozitif ve negatif yükümlülükler biçimindeki 2'li tasnifi benimsemiştir³⁶¹. Kararın devamında bireylerin eğitim kurumlarına ulaşabilmelerinin eğitim hakkının gerekliliklerinden olduğu ancak tek başına yetersiz kaldığı, bu bağlamda bireylerin mezun oldukları eğitimden devletin resmi olarak mezuniyetlerini tanınması suretiyle yararlanabilmeleri gerektiği ifade edilmiştir³⁶². Buna karşılık eğitim hakkına ilişkin maddenin ikinci fıkrasında ebeveynlere tanınan eğitimi kendi dini ve felsefi inançlarına göre şekillendirme hakkının dil tercihi ile ilişkilendirilemeyeceği, aksi durumun sözleşmede güvence altına alınmamış bir hususun sözleşme metnine dahil edilmesi anlamına geleceği, sözleşmenin hazırlık çalışmalarının da bu türden bir yorumu

³⁵⁹ AİHS Ek Protokol 1 Madde 2 “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

³⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanılmasına İlişkin Yasaların Belirli Yönlerine İlişkin Dava V. Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23 Temmuz 1968, (p. Bp3).

³⁶¹ Feyzan Özbay, “Bireysel Başvuruda Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme”, 2017, (s. 1).

³⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanılmasına İlişkin Yasaların Belirli Yönlerine İlişkin Dava V. Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23 Temmuz 1968, (p. Bp4).

desteklemediği vurgulanmıştır³⁶³. Çalışmamızın devamında Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ulaşırken kullandığı yorum metodları tartışılacaktır, ancak yeri gelmişken Mahkeme'nin arz edilen cümlede tarihsel yorum biçimini kullandığı ve kendisini sınırladığı vurgulanmalıdır. Zaman içerisinde Mahkeme'nin bu yorum metodundan giderek uzaklaştığı ve hatta kararlarında açık biçimde bunu deklare ettiği tespit edilebilir. Kararın devamında eğitim hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağına ilişkin yapılan değerlendirmede ilgili hakkın anadilde eğitim hakkı vermediği, ancak kişilerin tercih etmiş oldukları dil dolayısıyla ayrımcılığa uğramamaları gerekliliğini güvence altına aldığı tespit edilmiştir³⁶⁴. Neticede kararda her ne kadar eğitim hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri bulunsa da, devletin anadilde eğitim sağlamakla yükümlü olmadığı tespit edilmiş, yalnızca ailelerin ikamet adresleri dolayısıyla çocukların anadilde eğitim veren okullara kayıtlarının reddedilmesi hususunda bir ihlal tespit edilmiş, diğer hususların ihlal oluşturmadığına karar verilmiştir. Kararın karşı oyunda yargıç Wold, Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ulaşmasının Sözleşme metni ile çatışma anlamına geldiğini, mezuniyet belgelerinin devlet tarafından tanınması gerekliliğinin madde metninde bulunmadığını, tarihsel yorum ile hazırlık çalışmalarında maddenin negatif karakterli olarak tesis edildiğini ileri sürmüştür³⁶⁵.

Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler teorisine ilişkin önemli davalarından bir diğeri ise 1979 tarihli *Marckx v. Belçika Davası*³⁶⁶'dır. İlgili dönemde yürürlükte olan Belçika Medeni Kanunu'na göre evlilik birliği dışında doğan çocuk ile anne arasındaki soybağı doğum ile değil tanıma ve evlat edinme biçiminde gerçekleştirilmektedir. Bu durum çeşitli harcamalara sebep olmakta, belirli bir zaman almakta ve külfet oluşturmaktadır. Yine ilgili Kanun'a göre evlilik birliği dışında doğan çocuk istisnai mirasçı konumunda bulunmakta, miras hakkı için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Neticede başvuruçular anılan Kanun'un evlilik birliği dışında doğan çocuk bağlamında aile ve miras hakkını düzenleyen hükümlerinden

³⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanılmasına İlişkin Yasaların Belirli Yönlerine İlişkin Dava V. Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23 Temmuz 1968, (p. Bp6).

³⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanılmasına İlişkin Yasaların Belirli Yönlerine İlişkin Dava V. Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23 Temmuz 1968, (p. Bp11).

³⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Belçika'da Eğitimde Dillerin Kullanılmasına İlişkin Yasaların Belirli Yönlerine İlişkin Dava V. Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23 Temmuz 1968, Karşı Oy: Terje Wold.

³⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Marckx V. Belçika*, Başvuru No: 6833/74, Karar Tarihi: 13 Haziran 1979.

şikayet etmektedirler. Mahkeme kararında Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının herkese sunulduğunu ve bu bağlamda evlilik birliği içinde ya da dışında doğan çocuk arasında ayrıma gidilmediği tespit edilmiştir³⁶⁷. Devamında maddenin temel hedefinin devletin bireyin özel hayatına yapacağı keyfi müdahaleleri önlemek olduğu, buna karşılık özel ve aile hayatına saygının efektif biçimde sağlanabilmesi için devletin negatif yükümlülüklerinin yanında pozitif yükümlülüklerinin de olduğu tespit edilmiştir³⁶⁸. Mahkemeye göre devlet hukuki altyapıyı oluştururken bu kişilerin normal biçimde aile hayatı yaşamalarına olanak tanınmalıdır. Neticede Mahkeme evlilik birliği dışında doğan çocuk ile içinde doğan çocuk arasındaki hukuki farklılığın özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir. Yine aynı kararda annenin mirasbırakan sıfatı ile evlilik birliği içinde çocuk sahibi olmuş kişilere göre ayrımcılığa uğradığını ve bunun da mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturduğu tespit edilmiştir. Görüldüğü üzere kararda hakkın efektif biçimde sağlanabilmesi için devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu vurgulanmaktadır. Mahkemeye göre hak ve hürriyetler karşısında pasif tutum, onların tam ve efektif biçimde korunmasına yetmemekte, Mahkeme devletin aktif müdahalesini beklemektedir³⁶⁹. O halde *Belçika Dil Davası*'nda ilgili hakkın Sözleşmenin 1. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi ve devletin 'sağlama' ödevi ile bu karardaki hakkın efektif biçimde sağlanması hususu Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ulaşılabilecek gerekçeleridir.

Ancak Mahkeme gerek pozitif yükümlülüklerin kendisine gerekse onun arka planındaki gerekçelere ilişkin genel bir teori ortaya koymasının gerekli olmadığına karar vermiştir. Örneğin kürtaj karşıtı bir derneğin toplantı ve gösterilerinin karşıt görüşlü kişilerce engellenmesinde devletin 11. maddede güvence altına alınan toplantı ve dernek kurma hürriyeti bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiğinin iddia edildiği davada Mahkeme, pozitif yükümlülüklerle ilişkin genel bir teori ortaya koymak zorunda olmadığını, eylemcilerin fiziksel saldırıya maruz kalma korkusu olmaksızın toplantı ve gösteri düzeneleyebilme hakkının bulunduğunu ve

³⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Marckx V. Belçika*, Başvuru No: 6833/74, Karar Tarihi: 13 Haziran 1979, (p. 31).

³⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Marckx V. Belçika*, Başvuru No: 6833/74, Karar Tarihi: 13 Haziran 1979, (p. 31).

³⁶⁹ Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004, (s. 221).

bunun devlete pozitif yükümlülükler yüklediğini tespit etmiştir³⁷⁰. Ancak Mahkeme, somut olaydaki pozitif yükümlülüklerin sonuç değil önlem alma (özen) yükümlülüğü olduğunu, Avusturya makamlarının makul ve uygun adımları atmakta ihmali olmadığını tespit etmiştir³⁷¹. Bu bağlamda karar ve AİHM'in pozitif yükümlülüklerle ilişkin genel bir teori ortaya koymaması eleştirilmiş³⁷², bu durum pozitif yükümlülüklerin sınırsız biçimde genişlemesine sebep olmuştur. Xenos'a göre de Mahkeme'nin pozitif yükümlülükleri tanımlamaktan ve objektif biçimde sınırlamaktan imtina etmesi onların sınırsız ve açık uçlu bir niteliğe sahip olmasına ve sorunlara yol açmaktadır³⁷³. Starmer'a göre ise Mahkeme'nin açıklanan tutumu, bu yükümlülüklerin tutarlı bir çerçevesinin çizilmesini güçleştirmektedir³⁷⁴. Gerçekten de Mahkeme tıpkı yatay etkide olduğu gibi pozitif yükümlülüklerde de bir çerçeve oluşturmaktan, tanımlar yapmaktan, pozitif yükümlülüklerin gerekçelerini, sınırlarını objektif kriterler ile belirlemekten imtina etmektedir. Bu durumun elbette Mahkemeye içtihatlarında somut olaya özgü, serbestçe yorum yapmak gibi menfaatler sağladığı bir gerçektir. Ancak Mahkeme'nin bu gün belirli tanımlar ve objektif kriterler koyup, yeri geldiği zaman somut olayın ve hukukun gerektirdiği ölçüde bu tanım ve kriterlerin dışına çıkması ve görüşlerini değiştirmesinde de bir engel bulunmamaktadır. Hatta bu hususta vermiş olduğu bir kararında AİHM, her ne kadar hukuki belirlilik ve içtihatların düzenli biçimde gelişebilmesi adına önceki içtihatların takip edildiğini belirtse de, kararın devamında sosyal değişiklikler ya da Sözleşme'nin bu günün şartlarına uygun biçimde yorumlanması neticesinde ikna edici sebeplerin varlığı halinde önceki içtihatlardan ayrılınabileceğini vurgulamıştır³⁷⁵. Öyle ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik adına Mahkeme'nin içtihatlarında tanım ve objektif kriterler kullanması faydalı olacaktır.

Görüldüğü üzere önceleri Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ilgili hakka ilişkin madde ile sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenen 'sağlama' görevini birlikte

³⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Ärtze für das Leben v. Avustuya*, Başvuru No: 10126/82, Karar Tarihi: 21 Haziran 1988, (p. 31-32)

³⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Ärtze für das Leben v. Avustuya*, Başvuru No: 10126/82, Karar Tarihi: 21 Haziran 1988, (p. 34)

³⁷² Florczak-Wątor, "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", (s. 51).

³⁷³ Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, (s. 4)

³⁷⁴ Starmer, "Positive Obligations Under the Convention", (s. 144-139).

³⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Cossey v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 10843/84, Karar Tarihi: 27.9.1990, (p. 35).+

değerlendirerek ulaşmıştır.³⁷⁶ AİHS'in 1. maddesinin İngilizce metninde³⁷⁷ devletlere yetki alanındaki kişilerin sözleşmede düzenlenen hak ve hürriyetlerini güvence altına alma (shall secure) görevi yüklenmiştir. Türkçe metinde ise ifade yararlanmasını sağlarlar biçiminde çevrilmiştir. AİHM'e göre güvence altına alma görevi yalnızca müdahale etmemeyi değil, aynı zamanda hakların güvence altına alınması için gereken önlemlerin alınmasını da gerektirmektedir³⁷⁸. Mahkeme pozitif yükümlülüklerle ulaşmak için aynı zamanda sözleşmeye mündemiç³⁷⁹ olduğunu düşündüğü hukuk devleti ilkesinden de faydalanmaktadır³⁸⁰. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi devleti temel hak ve hürriyetlerin sağlanması bağlamında aracı konuma getirmekte³⁸¹, onun müdahaleden kaçınması gereken pasif yapısını değiştirerek haklardan gerçekten ve etkin biçimde faydalanılabilmesi hedefi ile eylemlerde bulunmasını gerektirmektedir. Çalışmamızın devamında değineceğimiz üzere Mahkeme tarafından bilhassa yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin hususlarda aksi durumun yargı yolunu manasız hale getireceği, bunun da Sözleşmede açık biçimde düzenlenmese de ona mündemiç olan hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilerek devletin yargı kararının yerine getirilmesinin sağlanmasında negatif ve pozitif yükümlülüklerinin olabileceği ifade edilmektedir. Ancak son dönemde Mahkeme pozitif yükümlülükler için ilgili madde ile 1. madde arasında bağlantı kurmaksızın doğrudan ilgili hak üzerinden pozitif yükümlülükler türetmektedir³⁸². Bu gün itibarıyla Mahkeme içtihatları vasıtasıyla Sözleşme'deki bütün 'maddi hakların' devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bulunmaktadır³⁸³.

³⁷⁶ Şimşek, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 3).

³⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İngilizce Metni 1. Maddesi, "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention."

³⁷⁸ Florczak-Wątor, "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", (s. 41).

³⁷⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Iatridis V. Yunanistan, Başvuru No: 31107/96, Karar Tarihi: 19 Ocak 2000, (p. 58).

³⁸⁰ Jean-François Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Belçika: Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2007, (s. 9).

³⁸¹ Adnan Küçük, Türkiye'de Başkanlık Sistemi, (s. 289).

³⁸² Florczak-Wątor, "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", (s. 42).

³⁸³ Doğru, "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", (s. 194).

3.3. 1982 Anayasasında Pozitif Yükümlülükler

Öğretide Doğmuş'a göre 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünün 6. ve 7. paragrafı³⁸⁴, 2. maddesi³⁸⁵, 5. maddesi³⁸⁶, 11. maddesi³⁸⁷ ve 12. maddesi³⁸⁸ pozitif yükümlülüklerin anayasal temelleridir³⁸⁹. Perdecioğlu ise 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitliğe dair ilkenin AİHS'in hiçbir yerinde mevcut olmayan düzeydeki bir açıklıkta pozitif yükümlülükler atıf yaptığını ifade etmektedir³⁹⁰. Yine yazar benzer şekilde başlangıç bölümünün pozitif yükümlülükler kaynaklık edebileceğini savunmaktadır³⁹¹.

Gerçekten de devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. maddesi pozitif yükümlülükler için güçlü bir dayanaktır. Özellikle madde metninde bulunan *"..kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak.."* ifadeleri devlete yüklenen görevlere karşılık gelmektedir. Arz edilen cümlelerin negatif bir karakterden ziyade, devleti engelleri kaldırmak ve şartları hazırlamak şeklindeki aktif yükümlülüklerle görevlendirdiği ve pozitif karakterde dizayn edildiği görülebilir.

³⁸⁴ 1982 Anayasası Başlangıç Bölümü 6. ve 7. Paragrafı: *"..Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu.."*

³⁸⁵ 1982 Anayasası 2. Maddesi: *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."*

³⁸⁶ 1982 Anayasası 5. Maddesi: *"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."*

³⁸⁷ 1982 Anayasası 11. Maddesi: *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."*

³⁸⁸ 1982 Anayasası 12. Maddesi: *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."*

³⁸⁹ Doğmuş, AİHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 165)

³⁹⁰ Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 52).

³⁹¹ Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 63).

Pozitif yükümlülüklerle atıf yaptığı değerlendirilebilecek hükümlerden bir diğeri basın hürriyetine ilişkin 28. maddede yer almaktadır. Madde metninde “Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır” ifadeleri ile devlete aktif görevler yüklendiği açık şekilde tespit edilebilir. Benzer şekilde özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddenin kişisel verilerin korunması amacıyla eklenen 3. fıkrasında “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir” ifadeleri ile bireylerin hak sahibi olduğu tespit edilirken, devletin de hak yükümlüsü olarak bu istemi yerine getirmekle görevlendirildiği tespit edilebilir. Elbette devlet yalnızca pasif tutumu ile bu görevi yerine getirmiş sayılamayacaktır. Anayasal hükümlerle devletin görevlendirilmesi bilhassa 1982 Anayasasının 3. bölümünü oluşturan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler için yaygın bir husustur. Hatta daha önceden de izah edildiği üzere bu hakların pozitif statü hakları olarak nitelendirilmesinin temel sebeplerinden biri de budur. Örneğin ailenin korunması ve çocuk haklarına ilişkin 41. maddede devleti “..ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri..” almak ve teşkilatı kurmakla görevlendirmiştir. Yine aynı maddenin 2010 yılında eklenen 3. fıkrası ile devlet, çocuk istismarına ve şiddete ilişkin koruyucu tedbirleri almakla açıkça görevlendirilmiştir. Eğitim ve öğretim hakkına ilişkin 42. maddenin 7. fıkrası, 44. madde ya da 48. maddenin ikinci fıkrası ile bu örnekler artırılabilir. Çalışmamızın devamında mülkiyet hakkı ve onun pozitif yükümlülükleri kapsamlı biçimde incelenecektir. Ancak hemen belirtmek gerekirse Anayasa’nın 35. maddesinde yerini alan mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme negatif bir yapıyla kurgulanmış, yukarıda verilen örneklerin aksine açık biçimde devlete aktif tipte yükümlülükler yüklememiştir. Maddenin 1. fıkrası herkesin mülkiyet hakkının mevcut olduğunu tespit etmiş, ikinci fıkrasında ise bu hakkın devlet tarafından sınırlandırılmasında uyulması gereken hususlar belirtilmiştir. Son fıkra ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağından ibarettir. Hal böyle olunca ilgili hak üzerinden devletin aktif eylem ve pozitif yükümlülüklerine ulaşılması maddenin bazen münhasıran bazense başka bir takım maddelerle birlikte yorumlanması ve kapsamının genişletilmesi ile mümkün olabilmektedir.

AYM'nin bireysel başvuruda pozitif yükümlülükler kavramını kullandığı en eski kararlarından biri *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* başvurusuna ilişkin karardır³⁹². Somut olayda Van ilinde 7,2 büyüklüğünde bir deprem meydana gelmiş ve çok sayıda vatandaş hayatını kaybetmiştir. Bu depremden 16 gün sonra meydana gelen 5,6 şiddetindeki artçı sarsıntı dolayısıyla Bayram Otel yıkılmış, başvuruların yakını da dahil olmak üzere 16 kişi hayatını kaybetmiştir. Başvurucular yeterli güvenlik önlemlerinin alınmadığından bahisle yaşama hakkının ihlal edildiğini, aynı zamanda resmi görevliler hakkında cezai soruşturmanın gerçekleştirilmemesinden bahisle hak arama hürriyetlerinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Mahkeme kararında yaşam hakkının maddi ve usuli pozitif yükümlülüklerinin mevcut olduğunu tespit etmiş, yakın tehlikenin varlığının bilindiği ya da bilinmesi gereken durumlarda kamu makamlarının makul ölçüler ve yetkileriyle orantılı biçimde bu hususa müdahale edilmesi gerektiği ortaya konulmuştur³⁹³. Aynı zamanda Mahkemeye göre pozitif yükümlülükler yetkililer üzerine aşırı bir yük oluşturacak biçimde yorumlanmamalıdır³⁹⁴. Kararda Mahkeme, başvuruların resmi görevliler aleyhine olan şikayetin somut bilgi ve belge olmadığı gerekçesiyle işleme konulmamasının yaşam hakkının usuli boyutunun ihlalini oluşturduğunu tespit etmiştir³⁹⁵. Çünkü görevliler aleyhine soruşturmaya izin verilmemesi kararına itiraz mümkünken, şikayetin işleme konulmamasına karşı bu yönden bir itiraz mümkün değildir. Çalışmamızın devamında AİHM ve AYM tarafından benimsenen pozitif yükümlülüklerin maddi ve usuli biçimindeki ikili tasnifine ayrıca değinilecektir. Ancak bu karar pozitif yükümlülüklerin bireysel başvuruda AYM tarafından kullanıldığı ilk kararlardan olması sebebiyle oldukça önemlidir.

Mahkeme'nin Anayasa'nın 5. maddesi ile esasa ilişkin bir hakkın birlikte yorumlanarak pozitif yükümlülüklere ulaştığı kararlara bir örnek *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*³⁹⁶na ilişkindir. Somut olay malvarlığına karşı işlenen bir suçun etkili biçimde soruşturulmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ve adil yargılanma

³⁹² Anayasa Mahkemesi'nin, Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, Karar Tarihi: 17/9/2013

³⁹³ Anayasa Mahkemesi'nin, Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, Karar Tarihi: 17/9/2013, (p. 53-77).

³⁹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, Karar Tarihi: 17/9/2013, (p. 53).

³⁹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752, Karar Tarihi: 17/9/2013, (p. 82).

³⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Abdulvahap Taşkın Başvurusu, Başvuru No: 2015/16840, Karar Tarihi: 19/6/2018-30453.

hakkının ihlal edildiğine ilişkindir. Kararda “...Mülkiyet güvencesinin devlete birtakım pozitif yükümlülükler yüklediği hususu Anayasa'nın 35. maddesinin lafzında açık bir biçimde düzenlenmemiş ise de bu güvencenin sadece devlete atfedilebilen müdahalelere yönelik sınırlamalar getirdiği, bireyi üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bıraktığı düşünülemez... Gerçek anlamda koruma sağlanması için devletin negatif yükümlülükleri dışında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekir. Dolayısıyla Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının yalnızca devlet tarafından değil özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler bakımından da korunması zorunluluğu bulunmaktadır.³⁹⁷” ifadeleri ile esasa ilişkin bir hak olan mülkiyet hakkının her ne kadar açıkça olmasa da, anayasanın 5. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde devletin usuli pozitif yükümlülüklerini içerdiği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmamızın devamında mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri ayrıca incelenecektir. Ancak genel olarak pozitif yükümlülüklerin anayasal dayanaklarını incelediğimiz bu bölümde belirli hakların anayasada düzenleniş itibari ile açıkça devleti yükümlülük altına soktuğu, buna karşılık bir kısım hakkın bariz biçimde negatif karakterli düzenlendiği görülebilir. Mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa'nın 35. maddesinin³⁹⁸ de negatif karakterde düzenlenmiş haklardan olduğu daha önceden belirtilmişti. Hal böyle olunca madde metninden pozitif yükümlülüklerin türetilmesi güçleşmiş, madde devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. madde ile desteklenerek ya da birlikte yorumlanarak devlete bir takım yükümlülükler yüklenmiştir.

Ancak bir başka bireysel başvuruda Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ulaşırken 5. maddeye atıf yapmaksızın doğrudan mülkiyet hakkı üzerinden devletin maliğe koruma sağlama biçiminde bir takım pozitif yükümlülüklerinin olabileceği de ifade edilmiştir³⁹⁹. Kararda belirtildiği üzere devletin pozitif yükümlülüklerinin varlık sebebi zor kullanma yetkisinin devlette toplanmış olmasından ileri

³⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Abdolvahap Taşkın Başvurusu, Başvuru No: 2015/16840, Karar Tarihi: 19/6/2018-30453, (p. 46).

³⁹⁸ T.C. 1982 Anayasası 35. Maddesi “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 42)

gelmektedir⁴⁰⁰. Bu bağlamda kişiler zor kullanarak haklarına yapılacak ihlalleri önleme ve ihlal durumunda tazminin sağlanması hususunda yetkili değilse, o halde yetkili olan devlet bu hususlarda aynı zamanda yükümlü olacaktır. Yine kararda vurgulandığı üzere gerçek anlamda koruma hedefi yalnızca dikey ilişkilerde değil, yatay ilişkilerde de meydana gelebilecek ihlallerden vatandaşların koruması pozitif yükümlülüklerin varlık nedenidir⁴⁰¹. Bu yükümlülüklerin sınırı ise kararda devletin öngörebildiği ya da öngörmesi gereken hususlar olarak tespit edilmiştir⁴⁰². Devlet pozitif yükümlülükler bağlamında vatandaşların kendisinden makul ölçüde beklediği şekilde davranmak durumundadır⁴⁰³.

Mahkeme özel kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıkların devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında inceleneceği ön kabulü ile hareket etmektedir⁴⁰⁴. Ancak Mahkemenin dikey ilişkilerde de devletin pozitif yükümlülüklerinin olabileceğine dair kararları mevcuttur⁴⁰⁵. Özetle dikey ilişkilerdeki ihlaller hem pozitif hem de negatif yükümlülükler bağlamında incelenebilecekken yatay ilişkiler devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilecektir.

Ülkemizde pozitif yükümlülüklerle ilişkin Türkiye Emekliler Derneği kararı da oldukça önemlidir. Somut olay çalışmamızın önceki bölümlerinde izah edilmiştir. Ancak pozitif yükümlülükler açısından önemli olan Mahkemenin, devleti özel kişiler arası uyuşmazlıklarda etkili iç hukuk yolları ihdas etmek ve özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yapılırken anayasal yorumla kişilerin temel haklarının korunmasını temin etmekle görevlendirmiş olmasıdır⁴⁰⁶. Kararda özel kişiler arasında devletin hakem rolünü üstleniyor olması dolayısıyla bireysel başvuru uyarınca

⁴⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 48)

⁴⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 42)

⁴⁰² Anayasa Mahkemesi'nin, Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, Karar Tarihi: 15/2/2017, (p. 43).

⁴⁰³ Fatih Alkan, Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Legal Yayıncılık, 2019, (s. 19).

⁴⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6/10/2022, (p. 32) "Somut olayda iki özel hukuk kişisi arasındaki bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan mülkiyet hakkına ilişkin incelemenin pozitif yükümlülükler kapsamında yapılması gerekmektedir."; Benzer: Anayasa Mahkemesi'nin, Sümbülefendi İlim ve Kültür Hizmet Derneği Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/16601, Karar Tarihi: 12/1/2022, (p. 33); Benzer: Anayasa Mahkemesi'nin, Halit Aksu Başvurusu, Başvuru No: 2019/13790, Karar Tarihi: 16/11/2022, (p. 19).

⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1546, Karar Tarihi: 2/2/2017, (p. 67).

⁴⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014 R.G. Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147, (p. 34).

sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir⁴⁰⁷. Bu çıkarım da devletin kuvvet kullanma yetkisi dolayısıyla pozitif yükümlülükleri bulunduğu görüşüne benzer niteliktedir. Aynı zamanda daha önceden de ifade edildiği üzere ilgili başvuru devletin özel kişiler arasındaki uyuşmazlığın ortasında bulunduğu ve bu sebeple koruma yükümlülüğü teorisi dolayısıyla devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin olduğunun AYM tarafından ilanı niteliğindedir.

3.4. Maddi ve Usuli Pozitif Yükümlülükler

Tıpkı temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin ya da devletin yükümlülüklerinin doktrin ve içtihatlarda çeşitli tasnifleri mevcut olduğu gibi pozitif yükümlülükler de çeşitli biçimlerde tasnif edilmişlerdir. Ancak AİHM ve AYM tarafından benimsenen tasnif biçimi olduğundan öncelikle maddi ve usuli pozitif yükümlülükler tasnifi incelenecek, ardından doktrindeki diğer öneriler değerlendirilecektir.

AİHM'in pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli biçiminde birbirinden ayırdığı yukarıda belirtilmişti. Örneğin *Öneryıldız v. Türkiye* davasında Mahkeme yaşam hakkının pozitif yükümlülüklerinin maddi ve usuli boyutunu tespit etmiş ve ayrı başlıklar altında bu iki tip gerekleri sıralamıştır⁴⁰⁸. Bu bağlamda ilgili hak üzerinde meydana gelebilecek ihlalleri caydırmaya muktedir efektif yasal ve idari çerçevenin oluşturulması maddi yükümlülükler altında tespit edilmiştir⁴⁰⁹. Kararda devletin kişilerin hakkını gerçekten ve efektif biçimde koruyabilmesi için gerekli olan yasal ve idari gereklilikler tespit edilmiş ve bunlar maddi yükümlülükler ile ilişkilendirilmiştir. Devamında Mahkeme usuli yükümlülükler başlığı altında ilgili hakkın yükümlülüklerinin (pozitif) maddi yükümlülükler ile sınırlı olmadığını, devletin ihlal durumunda yeterli yargısal ya da idari süreçleri başlatması ve maddi yükümlülüklerden olan yasal ve idari çerçevenin somut olaya uygulanmasının temin edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴¹⁰. Buna göre ihlaller durdurulmalı ve sorumlular cezalandırılabilir. Özetle usuli yükümlülükler bağlamında etkin bir

⁴⁰⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014 R.G. Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147, (p. 41).

⁴⁰⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Öneryıldız v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 89-96).

⁴⁰⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Öneryıldız v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 89).

⁴¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Öneryıldız v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 91).

soruşturmanın asgari standartlarını karşılar nitelikle olan bağımsız ve tarafsız bir soruşturmanın ve neticesinde yaptırım uygulayabilmenin gerekliliği ifade edilmiştir⁴¹¹. Devamında yetkili makamların derhal harekete geçmeleri gerektiği tespit edilmiş, aynı zamanda usuli yükümlülüklerin yalnızca soruşturma ile sınırlı olmadığı, yargılamanın tümünde ilgili hakkın pozitif yükümlülüklerine uygun hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴¹². Son olarak ilgili yükümlülüğün bir sonuç yükümlülüğü olmadığı vurgulanarak soruşturmanın bir ceza ya da mahkumiyetle sonuçlanmasının gerekli olmadığı tespit edilmiştir⁴¹³. Yaşam hakkına ilişkin olan ve arz edilen karar dışında Mahkeme'nin diğer haklar için de pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli biçiminde ayırdığı görülmektedir. Örneğin mülkiyet hakkına ilişkin bir uyuşmazlık olan *Sierpiński v. Polonya* davasında Mahkeme kişinin mülkiyet hakkının korunması açısından doğrudan ilişkili olan ve meşru biçimde devletten beklenebilecek yükümlülüklerin yatay ihlallerde dahi alınması gerektiğini belirttikten sonra, bu yükümlülüklerin usuli ve maddi gereklilikleri olabileceğini tespit etmiştir⁴¹⁴.

AYM de benzer biçimde pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli biçiminde tasnif etmektedir. Bir bireysel başvuruda Mahkeme, özel kişiler arasında yaşanan mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıkta devletin maddi ve usuli pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyeceğini belirttikten sonra, “..müdahaleye etkin bir biçimde itiraz edebilme, savunma ve iddialarını yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı..” hususları usuli yükümlülükler başlığı altında değerlendirilmiştir⁴¹⁵. Bu açıdan kişilerin uyuşmazlığa konu yargılamada kendilerini vekil ile temsil ettirebilmeleri, aleni yargılama sırasında itiraz ve savunmaların öne sürülebilmiş olması ve bu hususların delillerle desteklenebilmiş olması Mahkeme'nin mülkiyet hakkının usuli boyutu altında

⁴¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Öneriyıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 94).

⁴¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Öneriyıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 94-95).

⁴¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Öneriyıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 96).

⁴¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sierpinsky v. Polonya, Başvuru No:38016/07, Karar Tarihi:3 Kasım 2009, (p. 69).

⁴¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Birgül Pişkin ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/2085, Karar Tarihi: 26.10.2017, (p. 46-49); Benzer: Anayasa Mahkemesi'nin, Faik Tari Ve Sultantari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, Karar Tarihi: 20/7/2017, (p. 45-57).

değerlendirdiği hususlardır⁴¹⁶. Maddi yükümlülüklerle ilişkin olarak ise tıpkı AİHM kararında açıklandığı üzere hakkın gerçekten ve efektif biçimde korunabilmesi için gerekli yargısal ve idari çerçevenin oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹⁷

Doktrinde de Mahkeme kararları ile benzer görüşler paylaşılmaktadır. Örneğin Şimşek uygun yasaların ihdas edilmesi ile yasal ve idari çerçevenin oluşturulmasını maddi ya da esasa ilişkin pozitif yükümlülükler olarak sıralarken uygulamanın izah edilen yasalara uygun biçimde gerçekleştirilmesini usule dönük pozitif yükümlülüklerle ilişkilendirmektedir⁴¹⁸. Bu açıdan AİHS bağlamında devletin esas yönünden pozitif yükümlülükleri yürürlükteki mevzuatın sözleşmeye uyumlaştırılması ve aykırılıkların giderilmesini oluştururken, usul yükümlülükleri tazminatın ödenmesi, müdahalenin önlenmesi ya da engellenmesi, haktan kişinin yararlanabilmesinin sağlanması, etkin bir yargı yolu ile soruşturma ve yargılamanın sağlanabilmesi ve yargı kararının icrasının tesis edilmesi biçimlerinde karşımıza çıkabilmektedir⁴¹⁹. Benzer görüş Karabulut tarafından da paylaşılmakta, hakların korunabilmesi için mevzuat çıkartmak gibi devletin önceden alması gereken yükümlülüklerin maddi ya da esasa ilişkin yükümlülükler olduğu, bunların hayata geçirilmesinin ve uygulanmasının ise usule dönük pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴²⁰. Özetle kişilerin haklarının korunması için gereken tedbirleri almak maddi yükümlülüklerden iken, etkin bir soruşturma gerçekleştirmek usuli yükümlülüktür⁴²¹. Ancak bu noktada soruşturma ile yalnızca ceza prosedürü kastedilmemektedir. Kişinin hakkına yönelik yapılan ihlale engel olabilmesi ve ihlali gerçekleştirenlerin hukuki ya da cezai sorumluluğuna gidilmesini mümkün kılacak hukuki imkanların sağlanması usuli yükümlülüklerdendir. Bu tip usuli yükümlülüklerin yukarıda arz edilen kararda da belirtildiği üzere bir sonuç yükümlülüğü olmadığı, yani idari ya da yargısal

⁴¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Faik Tari Ve Sultantari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, Karar Tarihi: 20/7/2017, (p. 50).

⁴¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Faik Tari Ve Sultantari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, Karar Tarihi: 20/7/2017, (p. 45).

⁴¹⁸ Suat Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", Sayıştay Dergisi, 84 (2012): (s. 8).

⁴¹⁹ Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", (s. 11).

⁴²⁰ Muhammed Fatih Karabulut, "Malvarlığına Karşı Suçlarda Devletin Pozitif Yükümlülükleri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 42 (2020), (s. 234).

⁴²¹ Doğru, "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", (s. 193-194).

mekanizmanın sonucunu temin etmediğine dikkat edilmelidir⁴²². Bu açıdan başlatılan cezai sürecin her durumda kişinin mahkumiyetine yol açması gerekmediği gibi hukuki sürecin de tazminatı güvence altına aldığı söylenemez. Sürecin hukuka uygun biçimde yönetilmesi, ilgili yükümlülüğün gerçekleştirilmesi için yeterlidir. Haktan tam olarak faydalanılabilmesi için gerekli tedbirlerin alınması, hakka yapılabilecek müdahalelerin yasalar vasıtasıyla belirli kriterler ile düzenlenmesi, ihlallerin açık biçimde yasaklanması da yine esasa ilişkin ya da maddi anlamdaki devletin yükümlülükleri arasında görülebilir⁴²³. Devlet yasal bir çerçeve hazırlamakla yükümlü⁴²⁴ olsa da, bu kanunların tek başına çıkarılmış olması yeterli olmamakta, mevzuatın yatay ilişkilerde zayıf olanın korunması bağlamında işlevsel olması gerekmektedir⁴²⁵.

Kombe de yukarıda izah edilen görüşleri paylaşmakta, bireylerin haktan tam olarak faydalanabilmesi için gerekli olan hukuki ve operasyonel araçların onlara sağlanmasını esasa ilişkin yükümlülükler olarak değerlendirmektedir⁴²⁶. Aslında bu bağlamda temel kriterin ihlalden önceki yükümlülükler olduğu tespit edilebilir. Ancak yazar aynı zamanda etkili ve caydırıcı cezai mevzuat ihdas edilmesini usuli yükümlülükler başlığı altında değerlendirmektedir⁴²⁷. Bu yönüyle bakıldığında gerekli ve yeterli mevzuat hazırlama ödevinin yalnızca maddi yükümlülük kapsamında olamayacağı söylenebilir. Benzer şekilde Gümüş de maddi yükümlülükleri yasal güvenceler ile ilişkilendirirken, ihlallere karşı yeterli korumayı sağlayacak hukuki prosedürlerin sağlanmasını usule dönük pozitif yükümlülükler olarak tespit etmiştir⁴²⁸. Görüldüğü üzere bu nokta karmaşaya yol açmaktadır. Bir taraftan hakkı koruyacak yasaların tesis edilmesi maddi pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilirken, diğer taraftan koruma sağlayacak hukuksal çarelerin sağlanması görevi usuli yükümlülükler olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda örneğin Türk Medeni Kanun'u 683. maddede düzenlenen malikin istihkak davası ve haksız el atmanın önlenmesi davası açabileceğine ilişkin hüküm hangi başlık içinde

⁴²² Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, (s. 451).

⁴²³ Çiğdem Çımrın, "Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 128 (2017), (s. 15-16).

⁴²⁴ Garlicki, "Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights", (s. 142).

⁴²⁵ Mehmet Akif Poroy, "Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul Barosu Dergisi, 80-3 (2006), (s. 1008).

⁴²⁶ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 16).

⁴²⁷ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 16).

⁴²⁸ Gümüş, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 50, 73).

değerlendirilecektir? Bu bağlamda usuli güvenceler sağlanmasının maddi yükümlülükler içerisinde değerlendirilmesi, buna karşılık sağlanan usuli güvencelere uygun biçimde hareket edilmesinin usuli yükümlülükler olarak tespit edilmesi daha doğru olabilir. Diğer bir ifade ile ihlalden önce yapılması gerekenler maddi ya da esasa ilişkin pozitif yükümlülükler olarak görülebilir, bunun karşısında ihlal neticesindeki uygulama usuli yükümlülüklerden sayılabilir. Hal böyle olunca en azından iki kavram arasındaki muğlaklık giderilmiş olabilir. Zaten Kombe de maddi yükümlülüklerin her durumda önleyici yükümlülükler olmadığını, benzer şekilde usule ilişkin yükümlülüklerin de yalnızca hukuki çareleri kapsamadığını tespit etmiştir⁴²⁹. Yazar'a göre önleyici ya da hukuksal çarelere ilişkin yükümlülükler ayrımı hedefe yönelik bir ayrımdır ve maddi ya da usuli yükümlülükler ayrımındaki temel kriterler olarak görülemez. Öyle ise hukuksal çarelere ilişkin yasal düzenlemelerin maddi yükümlülükler başlığı altında değerlendirilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Neticede ihlali yasaklayan caydırıcı bir mevzuat oluşturulması ve mevcut mevzuatın sözleşmeyle uyumlu hale getirilmesi ödevi maddi yükümlülüklerdendir⁴³⁰.

Ancak doktrinde maddi ve usule dönük pozitif yükümlülükler ayrımının somut olayı kavramakta yetersiz olabileceği de ifade edilmektedir. Örneğin gerekli ve yeterli mevzuatın bulunmaması ya da operasyonel anlamda yeterli biçimde donatılmış kurumların mevcut olmaması sebebiyle etkili soruşturmanın yapılamadığı durumlarda hangi yükümlülükler ihlal edilmiş olabilir⁴³¹. Gerçekten de soruşturma biçimindeki usuli yükümlülük ihlal edilmişken bunun temel sebebi maddi yükümlülüklerdeki eksiklik olabilir. Bu görüş Lavrysen tarafından da paylaşılmakta, iki tip yükümlülüğün birbirinden bağımsız bir varlığı ve yapısı olamayacağı gerekçesi ile ilgili ayrım kaba bulunmaktadır⁴³².

Bir diğer problem ise halihazırda ilgili usuli yükümlülüklerin AİHS ve Anayasa tarafından açıkça güvence altına alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de örneğin Sözleşme'nin 5. maddesi ile adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddesinin sağladığı güvenceler

⁴²⁹ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 16 dipnot 49).

⁴³⁰ Doğmuş, AİHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 172).

⁴³¹ Gülfidan, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 343).

⁴³² Lavrysen, "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights", (s. 83).

karşısında usule ilişkin yükümlülüklerin zaten sözleşmede mevcut olduğu, bu yönüyle Sözleşmede düzenlenmiş esasa ilişkin bir hakkın pozitif yükümlülükleri üzerinden aynı sonuca varmanın gereksiz olduğunu savunan görüşler mevcuttur⁴³³. Gerçekten de AİHM'in usule ilişkin pozitif yükümlülükler ile yaptığı şey, sözleşmenin açıkça usule dönük güvencelere ilişkin 5, 6 ve 13. maddelerinin gereklerini, esasa ilişkin sözleşmenin diğer maddelerinin pozitif yükümlülükleri üzerinden tespit etmektir⁴³⁴. Yazar bu hususa AİHM'in *Sovtransanto v. Ukrayna* davasını örnek göstermektedir. İlgili davada Mahkeme, kişilere yargısal prosedürlerin sağlanması suretiyle onların efektif ve adil hüküm alabilmelerini mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri bağlamında değerlendirmiştir⁴³⁵. Yazara göre ilgili davada adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS 6. maddenin gerekleri mülkiyet hakkının ve onun pozitif yükümlülüklerine dahil edilmiştir⁴³⁶. Benzer şekilde Yazar'a göre sözleşmenin etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddesi ile esasa ilişkin örneğin mülkiyet hakkının usuli yükümlülükleri aynı hedefe varmaktadır ve aralarında fark varsa dahi bu fark çok küçüktür⁴³⁷. Buna göre mülkiyet hakkının usuli yükümlülükleri daha çok failin yakalanabilmesi ve sorumlu tutulmasına ilişkin iken, etkili başvuru hakkı mağdurun hukuki çarelerine vurgu yapmaktadır⁴³⁸. Buna rağmen öğretide de belirtildiği üzere aradaki sınır oldukça muğlaktır⁴³⁹. Bu sebeple somut olayda etkili soruşturmanın yapılmadığı durumlarda esasa ilişkin hakkın usule dönük pozitif yükümlülükleri üzerinden mi, yoksa doğrudan Sözleşme ile güvence altına alınan usule ilişkin haklar yönünden mi inceleme yapılacağı net olmadığı gibi çalışmamızın devamında görüleceği üzere AİHM içtihatları da bu hususta bir açıklık sunmamaktadır⁴⁴⁰.

⁴³³ Doğmuş, AİHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 169-170).

⁴³⁴ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 17); Benzer: Eva Brems, "Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights", *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Der., Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge:Cambridge University Press, 2014, (s. 138).

⁴³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Sovtransavto Holding V. Ukrayna* Başvuru No:48553/99, 25 Temmuz 2002, (p. 96).

⁴³⁶ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 57).

⁴³⁷ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 61).

⁴³⁸ Brems, "Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights", (s. 157).

⁴³⁹ Brems, "Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights", (s. 157-158).

⁴⁴⁰ Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, (s. 61).

Yukarıda izah edilen AİHM'in tutumu AYM tarafından da benzer şekilde tatbik edilmektedir. 1982 Anayasası devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesi, hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddesi ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin 40. maddesini ihtiva etmekle koruma hakları⁴⁴¹ olarak da ifade edilen doğrudan usuli haklar ya da güvenceler sunmaktadır. Oysa AYM bireysel başvurularda çalışmamızın devamında somut örneklerle netleştirileceği üzere usule ilişkin ve AİHS ile Anayasanın ortak hükümlerinden (adil yargılanma hakkı-etkili başvuru hakkı) ziyade esasa ilişkin ilgili hakkın usule dönük pozitif yükümlülükleri üzerinden inceleme yapmaktadır. Örneğin yaşam hakkına ilişkin etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapma yükümlülüğü adil yargılanma hakkı yerine yaşam hakkının usuli yükümlülükleri üzerinden incelenmektedir⁴⁴². Köküarı bu durumun sebebini anayasadaki hakların isminin ve içeriğinin AİHM kararları ve Sözleşme doğrultusunda tespit edilmesi olarak değerlendirmektedir⁴⁴³. Hal böyle olunca elbette Anayasal hükümlerin içeriği genişlemektedir. Ancak Yazar tarafından hak temelli, temel hak ve hürriyetleri genişletici yorum için dahi olsa lafsın sınırlarının aşılması ve hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi eleştirilmektedir⁴⁴⁴. Yazar'a göre Mahkemenin hangi durumlarda gerekçeli karar ya da hakkaniyete uygun yargılama bağlamında adil yargılanma hakkının, hangi durumlarda ise maddi hakkın usuli yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit edeceği noktada istikrarlı bir ölçütü bulunmamaktadır⁴⁴⁵.

AYM'nin yukarıda izah edilen tutumu bireysel başvurunun işlevinden kaynaklanabilir. Bilindiği üzere bireysel başvurunun objektif ve sübjektif işlevi bulunmaktadır. Buna göre objektif işlev anayasal hakların korunması, yorumlanması ve geliştirilmesi ile ilişkilidir⁴⁴⁶. Sübjektif işlev ise bireysel hak ve hürriyetlerin somut olay özelinde anayasa yargısı tarafından korunması ve bu hakların aktif

⁴⁴¹ Bülent Tanör & Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 2018, (s. 212).

⁴⁴² İsmail Köküarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, 33 (2016), (s.308).

⁴⁴³ Köküarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", (s.308).

⁴⁴⁴ Köküarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", (s.308-309).

⁴⁴⁵ Köküarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", (s.312).

⁴⁴⁶ Winfried Hassemer, "Anayasa Şikâyeti Ve Buna İlişkin Sorunlar" (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, Cilt 21 (2004), (s. 1).

biçimde hayata geçirilmesi ile ilişkilidir⁴⁴⁷. AYM de benzer işlevleri kabul etmekte, objektif işlev ile hakların yorumlanmasını, sübjektif işlevle ihlallerin incelenmesini ve giderilmesini hedeflemektedir⁴⁴⁸. Hatta bu bağlamda Mahkeme'ye göre objektif işlev sübjektif işleve göre önceliklidir, çünkü Mahkeme'nin anayasal hükümler hakkında yapmış olduğu yorumun kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından takip edilmesi somut olaya özgü bireysel değerlendirmelerden çok daha geniş bir etkiye sahiptir⁴⁴⁹. Ancak tüm bunlar dışında bireysel başvurunun bir de pratik işlevi mevcuttur. Gerçekten de ülkemizde bireysel başvuru AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararlarının ve tazminatların azaltılması amacına hizmet etmektedir⁴⁵⁰. Bireysel başvurunun tüm anayasal hak ve hürriyetler için değil, yalnızca AİHS ve 1982 Anayasası tarafından birlikte korunan hak ve hürriyetler için mümkün olabilmesi bu çıkarımı desteklemektedir. Hal böyle olunca gerek objektif işlev ile anayasal haklara ilişkin belirli bir yorumun geliştirilmesi ve benimsenmesi gerekse anayasal hükümlerin içeriğinin AİHS ve AİHM pratiği doğrultusunda okunması bireysel başvurunun arz edilen işlevlerine hizmet etmektedir. Ancak yine de bu hususta AYM tarafından objektif kriterler tespit edilmeli, Köküsarı'nın ifadesi ile tamamen "lafsin sınırları aşılmamalıdır"⁴⁵¹.

Gerçekten de doğrudan usule ilişkin güvenceler sunan hakların atlanması ya da göz ardı edilmesi ve esasa ilişkin hakların usule dönük pozitif yükümlülükleri üzerinden somut olayın değerlendirilmesi bize göre sorunlu görünmektedir. Her şeyden önce ilgili işlem yargının iş yükünü artırmakta, doğrudan usule ilişkin güvencelerin içeriğini boşaltmakta, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine zarar vermektedir. Mahkemeler belki pozitif düzenlemeler ile sınırlandırılmış alanda özgürce içtihat üretmediğinden tartışmayı açıkça düzenlenmemiş bir alanda yürütmekte menfaat görebilirler⁴⁵². Diğer bir ifade ile doğrudan usule ilişkin

⁴⁴⁷ İsmail Emrah Perdecioğlu, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu Mülkiyet Hakkı Örneği*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, (s. 55).

⁴⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, K.V. Başvurusu, Başvuru No: 2014/2293, Karar Tarihi: 1/12/2016, (p. 52).

⁴⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, K.V. Başvurusu, Başvuru No: 2014/2293, Karar Tarihi: 1/12/2016, (p. 53).

⁴⁵⁰ Taylan Barın, "Bireysel Başvuru Hakkı ve Hakkın Geleceğine Yönelik Endişeler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 11-21 (2022), s. 33-34.

⁴⁵¹ Köküsarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", (s.308-309).

⁴⁵² Cengiz Arıkan & Ogün Oktay, "Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri Kavramı (AİHM ve AYM'nin İçtihatlarına Eleştirel Bir Yaklaşım)", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 3-1 (2023), (s. 132).

güvenceler objektif düzenlemeler ile tespit edilmiş ve aynı zamanda sınırlandırılmıştır, bunun karşısında pozitif yükümlülükler içtihatlarla gelişen sınırsız bir alandır. Ancak devletlerin Sözleşmeyi imzalarken, sözleşmede belirtilen hususlar üzerinden yükümlülük altına girdiği ve sözleşme metninde düzenlenmemiş hususlardan dolayı sorumlu tutulamayacağı unutulmamalıdır. Benzer şekilde anayasada düzenlenmemiş bir hususun güvence altına alınması yasama organının yetkisindeki anayanın değiştirilmesi usullerine bağlıdır. Bu noktada makul seviyenin üzerindeki genişletici yorum kuvvetler ayrılığı ilkesine zarar verebilir.

3.5. Pozitif Yükümlülüklerle İlişkin Diğer Tasnifler

Yukarıda da belirtildiği üzere pozitif yükümlülüklerin çeşitli tasnifleri bulunmaktadır. Bunlardan en yaygın kullanılanı, yargı kararlarının da etkisi ile maddi ve usule dönük pozitif yükümlülüklerdir. Ancak bunun dışında doktrinde farklı önerilerde de bulunmaktadır.

Örneğin Lavrysen tarafından pozitif yükümlülükler duruma özgü (conditional) ve olağan (regular) olmak üzere ikiye ayrılmıştır⁴⁵³. Bu bağlamda yazara göre duruma özgü pozitif yükümlülükler devletin önceki eyleminden kaynaklanmaktadır, örneğin devlet telefon dinlemesi gerçekleştirmek istiyorsa, gereken mevzuatı temin ederek kişinin özel hayatının gizliliğini güvence altına almak durumundadır. Bunun karşısında yer alan normal pozitif yükümlülükler ise devletin önceki eylem ve seçimlerinden bağımsız niteliktedir⁴⁵⁴. Yazar bu hususa yatay ilişkilerde kişinin özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi örneğini vermektedir, gündelik hayatta bu risk her zaman vardır ve devletin tercih ya da kararının ihlali doğurucu bir yönü bulunmamaktadır. Buna rağmen devlet kişinin özel hayatını korumalıdır. Bu yönüyle yazara göre duruma özgü pozitif yükümlülüklerin bağımsız bir yapısı bulunmadığından ve devletin tercih ile eylemlerine bağlı olduğundan, devletin tercihlerinden vazgeçmesi yükümlülüklerinden de kurtulması anlamına gelebilir⁴⁵⁵. Oysa elbette normal pozitif yükümlülükler için bu durum geçerli değildir. Yazar aynı zamanda her ne kadar Amerikan Anayasası negatif karakterde dizayn edilmiş olsa

⁴⁵³ Lavrysen, “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights”, (s. 87-88).

⁴⁵⁴ Lavrysen, “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights”, (s. 87-88).

⁴⁵⁵ Lavrysen, “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights”, (s. 81).

da, ABDYM tarafından duruma özgü pozitif yükümlülüklerin benimsendiğini ifade etmektedir⁴⁵⁶. Gerçekten de devletin önceki eylemi ya da tercihi dolayısıyla yükümlülük altına girdiği fikri, çalışmamızın önceki bölümünde izah etmiş olduğumuz devlet eylemi teorisine oldukça benzemektedir.

Xenos ise pozitif yükümlülükleri düzenleyici (regülasyonlar) ve idari ya da yönetsel (administrative) biçiminde ikiye ayırmaktadır⁴⁵⁷. Yazar'a göre devletin pozitif yükümlülükler bağlamındaki ilk ve öncelikli görevi yeterli düzeyde, hem yatay hem de dikey ilişkileri kapsayıcı, ihlal durumunda idarenin atacağı adımları ve ihlalin sorumlularına ilişkin yaptırımları da içerisinde barındıran regülasyonları getirmektedir⁴⁵⁸. Ancak devletin görevi bununla sınırlı değildir, aynı zamanda önceden belirlenmiş ve düzenlenmiş regülasyonları uygulayacak idari ya da yönetsel yapının tesis edilmesi gereklidir⁴⁵⁹.

Doktrinde bir başka yazar ise pozitif yükümlülükleri önleyici ve düzeltici biçiminde ayırmaktadır⁴⁶⁰. Yazar önleyici tedbirleri yasal tedbirler, mali ve idari tedbirler, gerekli adli ve kolluk teşkilatının kurulması, eğitsel ve kültürel tedbirlerin alınması biçiminde sıralamaktadır⁴⁶¹. Ancak bilhassa yasal nitelikteki önleyici tedbirler ile yasal boşlukların önüne geçilmesi, ihlale yol açan müdahalenin hukuka aykırı eylem ya da suç olarak yasalarla tespit edilmiş olması, yasaların etkili ve uygulanabilir olması, ihlal durumunda gerekli koruma mekanizmalarının tesis edilmiş olması önemlidir ve bu sebeple ilgili yasal nitelikteki önleyici tedbir, diğer bütün önleyici tedbirlerin ön şartını oluşturmaktadır. Yazar'ın tasnifi içerisindeki ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik düzeltici tedbirler ise etkin bir soruşturma, adil bir muhakeme ve yaptırım ile psikolojik destek biçiminde sıralanmaktadır⁴⁶². Yazar'ın tasnifindeki önleyici ve düzeltici tedbirler ayrımı madalyonun iki yüzü gibidir, adli teşkilatın kurulması önleyici tedbir iken ihlalden sonra işlemesi düzeltici tedbirdir; yasaların ihdası önleyici iken ihlalin ardından

⁴⁵⁶ Lavrysen, "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights", (s. 81).

⁴⁵⁷ Xenos, The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, (s. 107-110).

⁴⁵⁸ Xenos, The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, (s. 107-110).

⁴⁵⁹ Xenos, The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, (s. 110).

⁴⁶⁰ Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", (s. 31).

⁴⁶¹ Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", (s. 31-39).

⁴⁶² Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", (s. 40).

bunların kişiler üzerine sonuç doğurması düzeltici tedbirdir. Her iki tedbirin ihlali durumunda da aslında devlet yeterli özeni göstermediğinden bahisle sorumlu tutulmaktadır.

Doktrinde bir başka görüş ise pozitif yükümlülükleri daha önceden izah edilen ve Shue tarafından yapılan saygı gösterme, koruma ve yerine getirme ya da gerçekleştirme yükümlülüğünden son ikisi ile ilişkilendirmektedir⁴⁶³. Bu ayrıma göre yerine getirme ya da gerçekleştirme yükümlülüğü hak ve hürriyetlerin hayata geçirilmesi safhasını, koruma yükümlülüğü ise ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması safhasını ifade etmektedir⁴⁶⁴. Yerine getirme yükümlülüğü kişilerin haktan tam ve etkin biçimde faydalanabilmesi için devletin atması gereken maddi, yargısal ve idari önlemler olarak ifade edilmekte, ve Boyar'a göre AIHM tarafından kullanılan maddi ve usuli yükümlülükler tasnifinin aslında yerine getirme yükümlülüğü olduğu değerlendirilmektedir⁴⁶⁵. Ancak öncelikle bir teori olarak koruma yükümlülüğünden bahsedilmekte ise, bu teori pozitif yükümlülüklerle birlikte negatif yükümlülüklerin de varlık sebebini oluşturmakta ve devletin her tür yükümlülüğünü ifade etmektedir. Shue tarafından yapılan 3'lü tasnif içerisindeki koruma yükümlülüklerinden bahsedilmekte ise, bu kez de ilgili yükümlülüğün yerine getirme ve saygı yükümlülüğünden farklı olarak somut olayın özelliklerine göre pozitif ya da negatif karakterli olabileceği unutulmamalıdır. Saygı gösterme yükümlülüğü her durumda negatif karakterli ve yerine getirme yükümlülüğü pozitif karakterli iken, bu durum koruma yükümlülüğü için geçerli değildir. Öyle ise 3'lü tasnif içerisindeki koruma yükümlülüğünün pozitif yükümlülük olduğunu söylemek ve koruma yükümlülüklerinin yalnızca ihlalden sonraki bastırıcı ve sonuçları ortadan kaldıracı bir yükümlülük olarak değerlendirmek pek doğru görünmemektedir.

Doktrindeki bir başka tasnif devletin pozitif yükümlülükler bağlamında hukuki tedbirler alma ödevi ile operasyonel ve pratik tedbirler alma ödevi biçiminde sıralanmıştır⁴⁶⁶. Bir başka yazar ise pozitif yükümlülükleri 4'e ayırmış, "koruma yükümlülüğü, usule ve organizasyona yönelik yükümlülükler, hukuki düzenleme yapma yükümlülüğü ve sosyal haklardan doğan yükümlülükler" olarak

⁴⁶³ Semih Batur Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021, (s. 261).

⁴⁶⁴ Doğmuş, AIHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 171)

⁴⁶⁵ Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", (s. 71).

⁴⁶⁶ Doğru, "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", (s. 208).

sıralamıştır⁴⁶⁷. Yazar'ın tasnifi içerisindeki sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler uyarınca devlet, kişilerin haktan faydalanabilmesini sağlamak zorundadır, bu bağlamda daha önceden arz edilen Belçika Dil davası ilgili yükümlülük tipine yazar tarafından örnek gösterilmiştir⁴⁶⁸. Öyle ise yazar'ın sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler tasnifinin yerine getirme ya da sağlama biçimindeki yükümlülüklerle benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Starmer ise pozitif yükümlülükleri “*haklarına etkin bir koruma sağlayacak legal çerçevenin oluşturulması, ihlallerin önlenmesi, ihlal halinde gerekli bilgi ve tavsiye (advice) sağlanması, ihlale karşılık verilmesi, haklarının ihlalinin önlenmesi için bireylere kaynak sağlanması*” biçiminde sıralamaktadır⁴⁶⁹. Yazar'a göre ihlale karşılık verilmesi olarak ifade edilen yükümlülük yeterli tazminatın sağlanması biçiminde karşımıza çıkabileceği gibi etkili bir soruşturmanın ya da uygun bir kovuşturmanın yürütülmesi biçiminde de karşımıza çıkabilir⁴⁷⁰. Kaynak sağlanması hususu ise kişinin avukat ile savunulmasının sağlanması ya da adli yardım gibi haktan etkin biçimde faydalanabilmesi için gerekli olan maddi imkanların bireye sağlanması ve devletin destekleyici fonksiyon üstlenmesi biçiminde karşımıza çıkar.

Doktrinde sık karşılaşılan pozitif yükümlülükler ayrımından bir diğeri ise sonuç ve önleme ya da özen yükümlülüğü biçimindeki tasniftir⁴⁷¹. Gümüş'e göre önleme yükümlülükleri ihlal henüz mevcut değilken devletin atması gereken adımları ifade etmekte, bunun karşısındaki sonuç yükümlülükleri ise ihlalin neticesindeki durumun ortadan kaldırılması ya da mağduriyetin giderilmesi ile ilişkilidir⁴⁷². Ancak Perdecioğlu'na göre bu ayrım maddi ve usuli yükümlülükler ayrımının dışında bir alana tekabül etmemekte, yalnızca konuya farklı bir açıdan yaklaşmaktadır⁴⁷³. Bu ayrımın önem arz ettiği bir husus önleme ya da özen yükümlülükleri ile sonuç yükümlülüklerinin yapısına ilişkindir. Önleme ya da özen yükümlülükleri çok farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir, bu hususta esasen tercih ilgili devletin organlarıdır.

⁴⁶⁷ Yüksel Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 7/27 (2010), (s. 113).

⁴⁶⁸ Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, (s. 114).

⁴⁶⁹ Starmer, “Positive Obligations Under the Convention”, (s. 146-147).

⁴⁷⁰ Starmer, “Positive Obligations Under the Convention”, (s. 156).

⁴⁷¹ Gülfidan, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 343).

⁴⁷² Gümüş, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 49).

⁴⁷³ Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 97).

Her ne kadar ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasında farklı yöntemler benimsenebilecek olsa da, temelde önleme ya da özen yükümlülüğüne kıyasla daha net ve belirgin yükümlülükler içerdiği tespit edilebilir. Söz gelimi kişinin yaşama hakkının güvence altına alınması ve dışardan gelebilecek her türlü müdahaleye karşı korunması çok farklı türden güvenceleri gerektirebilir. Uygun yasaların çıkartılması ile çevre ve hava kirliliğinden başlayarak çok farklı alanların düzenlenmesi, idari ve yargısal denetim mekanizmalarının oluşturulması gibi pek çok adım atılması gerekebilir. Bunun karşısında yatay ilişkilerde bir kişinin diğerinin yaşam hakkını ihlal ettiği durumlarda izlenmesi gereken prosedür çok daha belirgindir. Bu açıdan failin yakalanması, etkili bir soruşturma ve adil bir yargılanma neticesinde cezaya mahkum edilmesi ve uygun koşullarda cezanın infazının temin edilmesi gerekmektedir. Hal böyle olunca sonuç yükümlülüğü görünümündeki pozitif yükümlülükler üzerinde yoğun bir tartışma bulunmazken; önleme ya da özen yükümlülüğü görünümündeki pozitif yükümlülüklerin sınırsız ve belirsiz yapısı eleştirilere sebep olmaktadır⁴⁷⁴.

AYM'nin de maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler tasnifine sıkıca bağlı kaldığı söylenemez. Bu bağlamda örneğin *Abdulahap Taşkın başvurusunda* Mahkeme, devletin pozitif yükümlülükler bağlamında koruyucu ve düzeltici tedbirler almakla görevli olduğunu tespit etmiş, koruyucu tedbirleri önleyici tedbirler olarak nitelendirmiş, düzeltici tedbirleri ise “*müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiili tedbirleri kapsamaktadır*” ifadeleri ile tanımlamıştır⁴⁷⁵. Diğer tasniflere kıyasla bu tasnifin daha belirgin olduğu görülmektedir. Ancak yine de devlet tarafından alınan tedbirlerin ihlal gerçekleşene kadar koruyucu nitelikli, ihlalden sonra bireylere uygulandığı dönemde ise düzeltici nitelikli olduğu gözden kaçmamalıdır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürmeye ilişkin 81. maddesi ihlal mevcut değilken devletin almış olduğu koruyucu tedbirler kapsamındadır. Madde ile kişilerin yaşam hakkının korunması ve olası failerin caydırılması amaçlanmaktadır. Oysa kasten öldürme fiili işlendikten sonra yargı marifetiyle kişinin madde metninde belirtilen cezaya çarptırılması düzeltici

⁴⁷⁴ Gülfidan, Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 107).

⁴⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, *Abdulahap Taşkın Başvurusu*, Başvuru No: 2015/16840, Karar Tarihi: 24/5/2018 R.G. Tarih Ve Sayı: 19/6/2018-30453, (p. 47).

nitelikteki bir tedbirdir. Hal böyle olunca yine koruyucu ve düzeltici tedbirlerin birbirinden keskin biçimde ayrılması mümkün görünmemektedir.

3.6. Pozitif Yükümlülüklerle İlişkin Eleştiriler

Tıpkı yatay etki teorilerinde olduğu gibi pozitif yükümlülüklerle de yapılan çeşitli eleştiriler mevcuttur. Hatta bu eleştirilerin bir kısmının ortak olduğu dahi söylenebilir. İlgili yükümlülüklerin temel hak ve hürriyetlerin niteliğine zarar verdiği, insan hakları enflasyonuna yol açtığı, kuvvetler ayrılığı ilkesine zarar verdiği, AİHM'in yapısı ve onun devletlere Sözleşmede öngörülmemiş biçimde yükümlülükler yüklediği bu eleştirilerden başlıcalarıdır⁴⁷⁶. Öncelikle pozitif yükümlülüklerin insan haklarının niteliğine ve onun devlet tarafından müdahale edilmemesi gereken haklar olarak görülmesine katılmamaktayız. Bu görüş ilgili hakların negatif yapısını önceleyerek devletin pozitif yükümlülükleri olduğundan bahise onun yatay ve dikey ilişkilerde etkinliğinin artırılmasının bireylerin haklarının kısıtlanması anlamına geleceğini ve bunun da temel hakların düzenleniş mantığına aykırı olduğunu öne sürmektedir. Her ne kadar tüm hak ve hürriyetlerin devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yükleyebileceği reddedilse dahi, mevcut ekonomik ve sosyal hakların halen devletten aktif bir eylem gerektirdiği görülebilir. Öyle ise temel hakların yalnızca devletten negatif tutum takınmasını gerektiren ve devletin müdahalesini önleyen haklar olarak görülmesi doğru bir tespit değildir. Pozitif yükümlülükler ilk kez temel hakların devletten pozitif edimler gerektirebileceğini tespit etmemiş, yalnızca pozitif edimler gerektirebilecek hakları genişletmiştir. İkinci eleştiri ise insan hakları enflasyonu noktasında toplanmaktadır. Bu kavram insan haklarının kapsamının belirlenmesinin bulanık hale gelmesi ve kişilerin yargısal koruma talep ederken hukuki belirlilik içerisinde hareket edebilmesinin güçleşmesi anlamına gelmektedir⁴⁷⁷. Gerçekten de pozitif yükümlülükler ile hakların kapsamının ve devletin görevlerinin sürekli genişletilmesi ve değişen sosyal ihtiyaçlara uyumlaştırılması hakların kapsamının tespitini güçleştirebilir ve hukuki belirlilik ilkesine zarar verebilir. Ancak bu durumun kaynağı pozitif yükümlülüklerin kendisi

⁴⁷⁶ Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations*, (s. 72-80).

⁴⁷⁷ Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations*, (s. 77).

midir, yoksa her gün hızla değişen ve gelişen sosyal-hukuki ihtiyaçlar mıdır? Dolayısıyla bu eleştiriye temkinli yaklaşılması gerekmektedir.

Yapılan bir diğer eleştiri kuvvetler ayrılığı ile ilgilidir. Gerçekten de pozitif yükümlülükler teorisi ile mahkemeler, sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olan yükümlülükleri somut olay özelinde tespit ederek devletleri sorumlu tutmaktadır. Bu bağlamda yargı organının kurallara uyulup uyulmadığını denetleyen bir organ olmaktan uzaklaşarak kural koyan bir organa dönüşebileceği söylenebilir. Gerçekten de metnin açık düzenlemesinde bulunmayan hususların, metni hazırlayanların güttükleri amacın araştırılmasını öngören tarihsel yorumun da reddedilmesi suretiyle metne dahil edilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında tartışmalı sonuçlara yol açabilir. Yerine getirme niteliğindeki önemli miktarda kaynak gerektiren yükümlülüklerin Mahkemece tespit edilmesi ve devletin bu husustan sorumlu tutulması, seçimle göreve gelmeyen kişilerin kaynakların kullanılması hususundaki öncelikleri belirlenmesi anlamına gelebileceğinden demokrasi ilkesi bağlamında eleştirilebilir.

Son eleştiri ise AİHS ve AİHM'in hukuk sistemimiz içerisindeki yerine ilişkindir. Eleştirinin temel kaynağı ise tıpkı kuvvetler ayrılığı ilkesinde olduğu gibi AİHM'in Sözleşmede açık biçimde düzenlenmemiş yükümlülükleri yorum yoluyla Sözleşme'ye dahil etmesi ve devletleri bu husus üzerinden sorumlu tutması noktasında toplanmaktadır. Ayrıca Mahkeme'nin kararlarının ve yorumunun davanın tarafları dışındaki 3. devletler için de bağlayıcı olacağına ilişkin kararı göz önünde bulundurulduğunda⁴⁷⁸, devletler kendileriyle ilişkili olmayan davalar hakkında dahi, Mahkeme'nin Sözleşmeyi yorumlayış biçimi ile bağlı olmak durumundadır. Mahkeme'nin yorum hususunda direktif verebilmesi, Sözleşme'nin kapsamını somut olaylar özelinde genişletebilmesi, uyuşmazlığın tarafını oluşturmayan devletlerin dahi sorumlu tutulabilmesi Sözleşme sistematigi ve AİHM'in temyiz mercii olmadığı gerçeği karşısında tartışma yaratabilir. Sözleşme sistematigi incelendiğinde Mahkeme'nin pratikteki tek yetkisinin davanın tarafı için tazminat olduğu görülebilir. Mahkeme hak ihlalini tespit ettikten sonra, ihlalin sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağı hususu taraf devletlerin takdirindedir. Mahkeme bu açıdan

⁴⁷⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Opuz v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 9 Haziran 2009, (p. 163). "Mahkemenin sözleşmedeki maddelerin nihai yetkili yorumcusu(final authoritative interpretation) sıfatıyla, devletlerin, başka devletler arasında dahi olsa, benzer konulardaki AİHM içtihatlarındaki prensiplere uygun hareket edip etmediğini değerlendirecektir".

davanın tarafı için dahi emir ve talimat veremeyeceği gibi ihlalin sonuçlarını da kendisi ortadan kaldıramaz. İhlale yol açan işlemi iptal edemez ya da eylemi men edemez. Dolayısıyla Sözleşme sistematigi içerisinde davanın tarafları için dahi yetkisi sınırlı olan bir Mahkeme'nin, benimsemiş olduğu teori ile davanın tarafı olmayan devletler için dahi Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş yükümlülükler türetmesi ve bunlardan devleti sorumlu tutması tartışılabilir.

3.7. Pozitif Yükümlülükler ve Yorum

Klasik anlamdaki egemenlik anlayışı modern dünya ile giderek silinmekte, devletler anayasa yargısı ile uluslararası sözleşmeler ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile kendilerini sınırlandırmaktadır⁴⁷⁹. Uluslararası hukukun aktörlerinin yalnızca devletler olduğu algısının yıkılmaya başladığı ve insan hakları hukuku vasıtasıyla özel hukuk kişilerinin de uluslararası hukukun sükelerinden biri haline gelmesi neticesinde devletlerin insan haklarına ilişkin hususlarda egemenlik yetkilerinin sınırlı olduğu giderek artan biçimde kabul görmeye başlamıştır⁴⁸⁰. Buna rağmen ilgili sınırlama ancak devletlerin kendi hür iradeleri ile taraf oldukları uluslararası anlaşmalardan kaynaklandığı takdirde mümkündür⁴⁸¹. Devletlere yüklenen her bir yükümlülüğün aynı zamanda onların egemenlik yetkisine getirilen bir sınırlama olduğu gerçeği karşısında çok taraflı uluslararası nitelikteki bir anlaşma olan AİHS kapsamı dahilinde devletlerin egemenlik yetkisini sınırlamakta⁴⁸² ya da insan haklarının korunması amacına dönük olarak devletler egemenliklerini Avrupa Konseyi'nin organları ile paylaşmaktadırlar⁴⁸³. Hal böyle olunca bilhassa insan hakları alanında devletlerin egemenlik yetkisinin sınırsız olduğu düşünülemez, bu yetki açıklanan AİHS'e taraf olma iradesi ile yine bizatihi devletlerin kendisi tarafından sınırlandırılmıştır.

⁴⁷⁹ Nihan Yancı Özalp, Türkiye'de Yargısal Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, İstanbul: Onikilevha, 2018, (s. 12); Adnan Küçük, "Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği Ve Milli Egemenlik Tartışmaları Ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0-6 (2016), (s. 332).

⁴⁸⁰ Cem Şenol, "Aihş Hükümleri Ve Aihm Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2012), (s. 260).

⁴⁸¹ Şenol, "Aihş Hükümleri Ve Aihm Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", (s. 260).

⁴⁸² Şenol, "Aihş Hükümleri Ve Aihm Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", (s. 271).

⁴⁸³ Küçük, "Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği Ve Milli Egemenlik Tartışmaları Ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm", (s. 334).

Devletlerin egemenliklerini kendi iradeleri ile yukarıda izah edildiği üzere sınırlandırması, ancak ilgili sözleşmenin kapsamı dahilinde mümkün ve meşrudur. Bu bağlamda sözleşmede güvence altına alınan haklar için yine sözleşmede belirtilen AİHM'in yargılama yetkisini tanıyan devletlerin bu hususta yükümlülük altına girmeleri doğaldır. Ancak pozitif yükümlülükler sözleşmenin kapsamını ve normların koruma alanını genişletmiş, devletlere daha önceden öngörülmeyen çeşitli yükümlülükler yüklemiş ve bu yükümlülüklerin ihmalinden devletleri sorumlu tutmuş, sözleşmede tanınan güvencelerin özel kişiler arasında dahi bir şekilde etkili olmasına olanak tanımıştır. Ancak bu teorinin yorum yoluyla geliştiği, bir takım haklar için sözleşme ya da anayasa metninde açık biçimde pozitif yükümlülüklerden bahsedilmediği unutulmamalıdır. Hal böyle olunca pozitif yükümlülüklerin açıklanmasında ilgili mahkemelerin kullandığı yorum metotları ve ilkeleri ile pozitif yükümlülüklerle ulaşırken geçirdikleri aşamalara değinmemek olanaksızdır.

Yorum, anlamın belirlenmesi faaliyetidir⁴⁸⁴. Aliefendioğlu'na göre yorum öncelikle sözcük, cümle ve paragrafların anlamlandırılmaya çalışılması biçimde gerçekleştirilen ve özünde bir ön çalışmadan ibaret olan gramatik yorum ile başlar⁴⁸⁵. Bunu tarihsel yorum takip eder. İlgili yorum metodu, kanunun koyucunun kanunu ihdas ederken güttüğü amacı tespit etmeye çalışır. Bu hususta tıpkı bir tarihçi gibi, dönemin meclis tutanakları, araştırmaları, hazırlık metinleri, komisyon değişiklikleri ve gazete haberleri de dahil olmak üzere her türlü tarihi dökümandan yardım alınması suretiyle yasanın meydana getirilmesindeki kanun koyucunun motivasyonu tespit edilmeye çalışılır. Ancak bu yorum metodu yasayı dar kalıplar içerisine (kanun koyucunun güttüğü amaç) sıkıştırdığı, toplumun değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği gerekçeleri ile eleştirilmektedir⁴⁸⁶.

Devamında amaçsal yorum kullanılarak yasanın amacının tespit edilmesi ve günün koşullarına uyarlanması hedeflenmektedir. Bu yorum metodu ile tarihsel yorum arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Tarihsel yorumda dönemin şartları ve gerekleri dikkate alınmaksızın yalnızca yasa koyucunun iradesi tespit edilmeye çalışılırken, amaçsal yorumda dönemin koşulları da dikkate alınmak suretiyle yasa koyucunun neden bu yola gittiği, neden bu yasayı ihdas etme gereği duyduğu, yasa ile neyi hedeflediği tespit edilmeye çalışılır. Diğer bir ifade ile amaçsal yorumda

⁴⁸⁴ Gözler, Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt I, (s. 262).

⁴⁸⁵ Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasal Yargıda Yorum", Amme İdaresi Dergisi 28-4 (1995), (s. 4).

⁴⁸⁶ Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasal Yargıda Yorum", (s. 5).

kanun koyucunun kuralı ihdas ettiği sıradaki sübjektif iradesinden ziyade, objektif toplumsal amaç tespit edilmeye çalışılır⁴⁸⁷. Hal böyle olunca mevcut yasa metninden uzaklaşarak yasa koyucunun hedefleri tespit edildiğinden, bu hedeflerin yorumun yapıldığı günün koşullarına uyarlanması mümkün hale gelebilmektedir. Arz edilen uyarlama gücü dolayısıyla ilgili yorum metodunun hakime hukuk yaratma yetkisini en üst seviyeden verdiği doktrinde ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Ancak Aliefendioğlu'na göre amaçsal yorumun metne en doğru anlamı vermek yerine politik bir amaca yönelik olarak kullanılması her somut olayda farklı anlamlar ortaya çıkması ile sonuçlanacaktır⁴⁸⁹. Bu hususta AİHS'in başlangıç bölümündeki ortak anlayış geliştirilmesine ilişkin ibareler ve AİHM'in "sözleşmenin demokratik toplumun ideal ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlanmış bir enstrüman⁴⁹⁰" olduğu çıkarımı oldukça önemlidir. Ortak bir Avrupa standardı⁴⁹¹ geliştirilmesi hedefi karşısında Mahkemenin hiçbir politik hedefinin olmadığı söylenemez. Bu noktada hedefin hukuki, doğru ya da ahlaki olup olmadığı tartışmasından ziyade yalnızca Mahkeme'nin insan hakları bağlamında ortak bir Avrupa standardı oluşturmak, insan haklarını geliştirmek gibi hedeflerinin olduğu belirtilmektedir.

Teleolojik olarak da adlandırılan amaçsal yorum metodu, 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31-33. maddeleri ile de tanınmıştır⁴⁹². AİHM tarafından da yorum hususunda atıf yapılan⁴⁹³ ilgili Sözleşme'nin 31. maddesine göre bir uluslararası anlaşma hükmü, onun konu ve amacı ışığında iyi niyetle yorumlanmalıdır. Bir diğer yorum metodu ise sistematik yorum olarak adlandırılmakta, normun içinde bulunduğu diğer normlar ile ilişkisine ve bulunduğu bölüme odaklanılmaktadır.

⁴⁸⁷ Keyman, "Hukuki Pozitivizm", (s. 50).

⁴⁸⁸ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, (s. 173); Aliefendioğlu, "Anayasal Yargıda Yorum", (s. 5).

⁴⁸⁹ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, (s. 173); Aliefendioğlu, "Anayasal Yargıda Yorum", (s. 5).

⁴⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen/Danimarka Kararı, Başvuru No: 5095/71; 5920/72; 5926/72, 7 Aralık 1976, (p. 53).

⁴⁹¹ Abdurrahman Eren, "Avrupa İnsan Hakları Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve "Yeni Kapalı Politik Alan"", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7-3,4 (2003), (s. 225).

⁴⁹² Greer, The European Convention on Human Rights Achievements, Problems and Prospects, (s. 195).

⁴⁹³ Örneğin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Demir ve Baykara V. Türkiye Davası, Başvuru No: 34503/97, Karar Tarihi: 12 Kasım 2008, (p. 66).

Aliefendioğlu'na göre arz edilen yorum metotları birbirini takip eder niteliktedir ve bir yorum metodundan sonra tekrar bir önceki metoda dönülebilir⁴⁹⁴. Ancak yine de “yorumlanan şey hukuk kuralının kendisi değil metni⁴⁹⁵”dir. AYM de yukarıda arz edilen yorum metotlarını 1961 Anayasası döneminden beri yeri geldiğinde kullanmaktadır⁴⁹⁶.

Gören'in anayasa kurallarının yapısına ilişkin “..anayasa hukuku kuralları diğer hukuk alanlarına göre daha geniş ve belirsiz kurallar içerir ve bu yolla geniş zaman dilimi içerisinde esnekliği sağlanabilir⁴⁹⁷” tespiti aslında insan haklarına ilişkin olan metinler ve bilhassa AİHS için dahi geçerlidir. Öyle ise insan haklarına ilişkin hükümlerin soyut ve belirsiz yapısı, ilgili metnin yorumlayıcılarına hukuku yorumlama ve yaratma bağlamında oldukça geniş bir alan tanımaktadır⁴⁹⁸. Benzer görüş Vitzthum tarafından da benimsenmekte, normlarda kısa bir üslubun benimsenmesi ile güvencelerin ya da yükümlülüklerin açık biçimde belirtilmemesinin kanun koyucuya ve hakimlere geniş bir takdir alanı sağladığı ifade edilmektedir⁴⁹⁹. Hal böyle olunca insan hakları hukuku alanında gerek bunun anayasa hukukunu gerekse uluslararası hukuku ilgilendiren yönleriyle hukukun yorumlanması ve uygulanması ile hukukun yaratılması arasındaki sınır muğlaklaşmaktadır⁵⁰⁰. Hatta Kelsen, insan haklarına ilişkin hükümlerin soyut ve belirsiz (open-ended) yapısı sebebiyle onların anayasalara dahil edilmemesi gerektiğini savunmuştur⁵⁰¹. Aynı zamanda ileriki başlıklarda detaylandıracağımız üzere anayasanın ya da insan haklarına ilişkin metinlerin geliştirilmesi fikri ile onların norm alanlarının genişletilmesine dönük hareketler, hukukun uygulanmasından hukukun yaratılmasına dönük bir tutum olduğuna işaret etmektedir.

⁴⁹⁴ Aliefendioğlu, “Anayasal Yargıda Yorum”, (s. 5).

⁴⁹⁵ Gözler, Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt I, (s. 262).

⁴⁹⁶ Amaçsal Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin, Esas Sayısı : 1969/30 Karar Sayısı : 1969/65 Karar günü : 18/11/1969, AMKD 8. Sistemik Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin, Esas Sayısı : 1969/31 Karar Sayısı : 1971 /3 Karar günü : 12/1/1971, AMKD 9, (s. 142)

⁴⁹⁷ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, (s. 303).

⁴⁹⁸ Ferhat Uslu, Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, (s. 222).

⁴⁹⁹ Wolfgang Graf Vitzthum, “Anayasanın Şekli, Dili ve Üslubu”, Çev. Elif Eren Koç, Anayasa Teorisi, Der., Otto Depenheuer & Christoph Grabenwarter, Çev. Edt. İlyas Doğan, İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014, (s. 400).

⁵⁰⁰ Gören, Anayasa Hukuku, (s. 304).

⁵⁰¹ Alec Stone Sweet, Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe, Oxford: Oxford University Press, 2002, (s. 36).

Yukarıda klasik yorum metotlarından ve insan haklarına ilişkin normların soyut ve belirsiz yapısından bahsedilmiştir. Ancak işte tam da bu sebeple, normların soyut ve belirsiz yapısı dolayısıyla klasik yorum metotları ilgili normları yorumlamada yetersiz kalmaktadır⁵⁰². Bu bağlamda anayasa hukukuna özgü olarak ‘tereddüt halinde özgürlük lehine yorum’, ‘anayasanın bütünlüğü ilkesi’, ‘pratik uyuşum ilkesi⁵⁰³’ gibi çeşitli yorum biçimleri ortaya çıkmıştır⁵⁰⁴. Aynı zamanda hak temelli yorum⁵⁰⁵, genişletici yorum, dinamik yorum, özerk ya da otonom yorum, Avrupa konsensüsü, efektiflik prensibi, takdir marjı gibi çeşitli yorum metotları ve ilkeler de insan hakları hukukuna ilişkin alanın ihtiyaçları ve onun kendine özgü yapısı doğrultusunda ortaya çıkmıştır.

Bu noktada efektiflik ya da etkililik prensibine ise ayrıca değinilmelidir. AİHS’in diğer insan haklarına ilişkin metinlerden ayrılan yönünün onun efektif yapısı ve bir yargı sistemi inşa etmiş olması olduğu önceden ifade edilmişti. AİHM de bunu sıklıkla tekrar etmekte, yaygın içtihadı ile “..sözleşmenin amacının hakları teorik ve hayali biçimde değil, bilakis pratik ve efektif biçimde korumak..” olduğunu ifade etmektedir⁵⁰⁶. İşte temelde sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin genişletilmesi ve yeni pozitif yükümlülükler türetilmesinin sebebi efektiflik prensibidir⁵⁰⁷. Sözleşmenin temel amacının hakların efektif biçimde korunması olduğunu tespit eden Mahkeme yaşayan belge ve dinamik yorum ile aslında amaçsal yorumu gerçekleştirmektedir. Benzer tutumun AYM kararlarındaki izdüşümü ise, Perdecioğlu tarafından AYM’nin sıklıkla kullandığı “..hakların gerçekten ve etkili biçimde korunabilmesi..” ifadesi olarak tespit edilmektedir⁵⁰⁸. Mahkeme’nin ilgili tespitinin koruma yükümlülüğü teorisi ya da bir başka teoriden ziyade efektiflik prensibiyle ilişkili olduğu tespiti oldukça makul gözükmemektedir.

⁵⁰² Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, (s. 52).

⁵⁰³ Pratik Uyuşum için ayrıca Bknz. Küçük, “1982 Anayasası’ndaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu”, (s. 33-37).

⁵⁰⁴ Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, (s. 52).

⁵⁰⁵ Ayrıca bknz. Adnan Küçük, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, Ankara: Orion Kitabevi, 2012, (s. 419-433).

⁵⁰⁶ Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Airey v. İrlanda Kararı, Başvuru No: 6289/73, Karar Tarihi: 9 Ekim 1979, (p. 24).

⁵⁰⁷ Beijer, The Limits of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations, (s. 28); Benzer Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State”, (s. 40).

⁵⁰⁸ Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (s. 75-76).

3.7.1. Yaşayan Belge ve Dinamik Yorum

AİHM, sözleşmede belirtilen temel hakların kapsamlarının değişen sosyolojik gelişmelere, teknolojik ilerlemeye, insan hakları standardında geline noktaya eşitlemeye çalışmakta ve bu hakların madde metninde belirtilen sınırlarının günümüzde karşılaşılan somut olaylarda ihlal edilen hakları güvence altına alıp almadığını tespit etmekte hakların pratik ve efektif korunması gerekçesiyle yaşayan belge ve dinamik yorum teorisi ile konsensüs doktrinini kullanmaktadır⁵⁰⁹. Özellikle 1970'lerden itibaren AİHM'in ilgili teoriler ile insan hakları bağlamında progresif ve gelişmeci bir tutum takındığı tespit edilebilir⁵¹⁰. Çekin'e göre de taraf devletlerin yalnızca sözleşmenin lafı ile bağlı olduğunun düşünülmesi Sözleşme'nin mantığı ile çelişmektedir, Sözleşme yaşayan bir belge olarak sosyal ya da ekonomik yapıdaki değişiklikler doğrultusunda yorumlanmalıdır⁵¹¹. Anayasal ve insan haklarına ilişkin diğer normların soyut ve belirsiz yapısı, bunların yorumlanması aşamasında somutlaştırılması ile birlikte geliştirilmesi anlamına gelmektedir⁵¹². Kodifiye edildiği zamanı yansıtan temel hak ve hürriyetlerin yürürlükte kaldığı süre boyunca politik, ekonomik ya da teknolojik değişikliklere adapte edilmesi ya anayasa ve sözleşme değişikliği ile ya da yargısal yorumla mümkün olabilir⁵¹³. Hak eksenli yaklaşım da bunu öğütlemekte, temel hakların geliştirilmesini gerektirmektedir⁵¹⁴. Benimsenen dinamik yorum yönteminde hakim yalnızca hukuku uygulamaz, aynı zamanda onu geliştirir⁵¹⁵. Metinlerin günün koşulları ile değişen ihtiyaçlara uygun biçimde

⁵⁰⁹ Alastair Mowbray, "Between the will of the Contracting Parties and the Needs of Today-Extending the Scope of Convention Rights and Freedoms Beyond What Could Have Been Foreseen by the Drafters of ECHR", *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Der., Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, (s. 36).

⁵¹⁰ Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen, "Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics", *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Der., Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen, Oxford: Oxford University Press, 2011, (s. 3); Mikael Rask Madsen, "The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence", *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Der., Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen, Oxford: Oxford University Press, 2011, (p. 43).

⁵¹¹ Mesut Serdar Çekin, "Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74-2 (2016), (s. 650).

⁵¹² Gören, *Anayasa Hukuku*, (s. 305).

⁵¹³ Rainer Arnold & Eva Feldbaum, "Aspects of Fundamental Rights Convergence in Europe with Some Comparative References to the Developments in Germany, United Kingdom and France", *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice 52 The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Der., Rainer Arnold, Netherlands: Springer, 2016.

⁵¹⁴ Semih Batur Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu*, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021, (s. 76)

⁵¹⁵ Batur Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu*, (s. 109-110); Hatta Arnold ve Feldbaum'a göre hakim hukuku geliştirmekle

yorumlanması anlamına gelen dinamik yorum, metnin yaşayan bir belge olduğu ve zaman içerisinde değişip geliştiği ön kabulüne dayanır. Bu bağlamda metnin onu ihdas edenlerin ilgili dönemdeki sübjektif amaçlarından bağımsız bir varlığı olduğu kabul edilir ve metnin statik yapısı reddedilir. Metni tasarlayanların içine açıkça dahil etmedikleri bir takım hakların, güvencelerin ve devletlerin bu haklar üzerindeki yükümlülüklerinin dinamik yorum yardımıyla metnin lafsından çıkarılması ve normun güncellenmiş anlamıyla amacının dikkate alınması bugün gerek AİHM gerekse AYM tarafından benimsenmektedir⁵¹⁶.

AİHM'in dinamik yoruma ilişkin ilk kararı *Tyler v. Birleşik Krallık*⁵¹⁷ davasına ilişkindir. Davada 15 yaşındaki bir çocuk, mahkeme tarafından fiziksel saldırı sebebiyle suçlu bulunmuştur. Cezanın infazı çocuğun eğilmesi, pantolonunun indirilmesi ve 3 defa sopa ile vurulmasıyla gerçekleşmiştir. Cezanın infazının işkence ya da insanlık dışı muamele olarak değerlendirilemeyeceğini tespit eden Mahkeme, sözleşmenin yaşayan bir belge olduğundan ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğinden bahisle ilgili cezanın aşağılayıcı muameleye sebebiyet verdiğini ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir⁵¹⁸. Bir başka olayda mirasbırakan, oğluna bir taşınmazdan ölene kadar yararlanma hakkı tanımış, devamında evlilik nitecesinde oğluna ya da torununa taşınmazı devredebileceğini vasiyet etmiştir. Bu olayda tartışılan husus mirasbırakanın kullandığı "oğul" ibaresinin evlat edinilmiş çocukları kapsayıp kapsamadığı hususudur. Mahkeme sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu ve bugünün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini belirtmiş, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde evlat edinilmiş çocuk ile biyolojik çocuk arasındaki ayrımın ortadan kaldırıldığından bahisle vasiyetnamenin yorumlanmasının onun hazırlandığı dönemin şartlarına göre değil, güncel ve değişen sosyo-ekonomik, hukuki şartlara göre yapılması gerekliliği vurgulanmıştır⁵¹⁹.

yükümlüdür. Arnold & Feldbaum, Der. Rainer Arnold, *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice* 52 *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*.

⁵¹⁶ Osman Korkut Kanadoğlu & Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020, (s. 37).

⁵¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Tyler v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 5856/72, Karar Tarihi: 25 Nisan 1978

⁵¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Tyler v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 5856/72, Karar Tarihi: 25 Nisan 1978, (p. 29-31).

⁵¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Pla and Puncernau v. Andorra Davası*, Başvuru No: 69498/041, Karar Tarihi: 13 Temmuz 2004, (p. 62). **Kararın Karşı Oyunda Hakim Bratza Tarafından**; Sözleşmenin devleti ayrımcılık yapmaktan men ettiğini, ancak özel kişilerin malları üzerindeki mülkiyet hakkı bağlamında söz gelimi biyolojik çocuk ile evlat edinilmiş çocuk arasında ayrım yapmaktan men etmediğini savunulmuştur. Hakime göre mirasbırakan mirasçılık kriterlerinin belirlenmesi bakımından hür olmalıdır. Hiçbir objektif ya da makul sebep bulunmasa dahi,

Görüldüğü üzere Mahkeme Sözleşme normlarını olduğu gibi özel hukuk kişilerinin iradelerini dahi bu günün koşullarına uygun olarak dinamik şekilde yorumlayabilmektedir. Mahkeme'nin yapmış olduğu arz edilen yorum biçimi aslında amaçsal yorum ilkesinin tatbikidir, amacın tespiti bazı durumlarda hükmün münhasıran amacının tespit edilmesi biçiminde gerçekleşebileceği gibi bazı durumlarda da Sözleşmenin bütünü altında yatan genel prensip ve değerler üzerinden gerçekleşebilir⁵²⁰. Bu amaçlar insan onuru ve özerkliği, demokrasi ve çoğulculuk biçiminde karşımıza çıkabilir⁵²¹. AYM de benzer yorum biçimini AİHM kadar açık biçimde belirtmese de kullanmaktadır⁵²².

Dinamik yorum metodu ile sözleşme hükümlerinin norm alanı ve ona ilişkin devletlerin yükümlülüklerinin günün şart ve koşullarına göre yorumlanması, devletlere daha önceden tespit edilmemiş yeni pozitif yükümlülükler atfedilmesine olanak tanımaktadır⁵²³. Öğretide bir görüş sözleşmenin yaşayan bir belge olarak dinamik şekilde yorumlanışının pozitif dayanağını başlangıç bölümündeki “..*insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin..*” ibaresine dayandırmaktadır⁵²⁴. Dinamik yorum bir yöntem olarak temelde genişletici yorum ilkesinin bir aracıdır.⁵²⁵. Ancak genişletici yorum ilkesi neticesinde hukukun uygulanması ile hukukun yaratılması arasındaki sınır da giderek muğlak hale gelmektedir⁵²⁶. Kaboğlu'na göre “*AİHM'in toplumsal değişimi yakalayan ve sözleşmeyi güncel biçimde evrimleyen tutumu Mahkeme'yi hukuku beyan eden değil,*

mirasbırakan mirasçıları arasında ayırım yapabilmelidir ve devlet ilgili vasiyetnamenin hayata geçirilmesi sözleşmedeki güvenceler açısından yıkıcı olmadığı müddetçe sorumlu tutulamaz. Yine **Karşı Oyda Hakim Garlicki Tarafından**; her ne kadar sözleşmedeki belirli bir takım hakların yatay ilişkilerde güvence altına alınması için devletin pozitif yükümlülükleri olsa da, sözleşmeye göre devletin belirli eylemlerden men edilmiş olmasının, bireylerin de aynı eylemlerden aynı şiddette men edilmiş olması anlamına gelemeyeceği vurgulanmış, gerekli ve sağlam temellere dayansa dahi her yasaklamanın aynı zamanda hak ve hürriyet için bir kısıtlama olduğu hatırlatılmıştır. Mirasbırakanın iradesi adil olmasa dahi sözleşmedeki güvencelere yıkıcı etkisi bulunmadığından devlet ilgili vasiyetnamenin hayata geçirilmesinden sorumlu tutulamaz.

⁵²⁰ Gerards, General Principle of the European Convention on Human Rights, (s. 59).

⁵²¹ Gerards, General Principle of the European Convention on Human Rights, (s. 61).

⁵²² Anayasa Mahkemesi'nin, Esas No: 1963/132 Karar No: 1966/29 Karar Tarihi: 28.6.1966, AMKD 4, (s. 184); Anayasa Mahkemesi'nin Ahmet Acar Başvurusu, Başvuru No: 2014/19936, Karar Tarihi 21/09/2017, (p. 58).

⁵²³ Gümüş, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, (s. 132).

⁵²⁴ Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State”, (s. 45-46).

⁵²⁵ Fatih Akıncı, “Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10-2 (2022), (s. 850).

⁵²⁶ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, (s. 305).

*hukuku yaratan yasakoyucu*⁵²⁷ haline dönüştürmektedir. Bu durum da yargısal yasama tartışmalarını beraberinde getirmektedir. En basit tanımıyla hakimlerin hukuk yaratması⁵²⁸ olarak ifade edilen yargısal yasama kuvvetler ayrılığı bağlamında eleştirilere açık bir kavramdır. Yargıçların bu yöndeki girişim ya da tutumlarının meşru sayılabilmesi ise tıpkı Medeni Kanun'un 1. maddesinde olduğu gibi bir pozitif düzenlemenin varlığına bağlıdır.

Aslında yaşayan belge ve dinamik yorum hususu anayasaların zor değişen uzun ömürlü yapısı ile gündelik hayatın getirdiği hızlı değişimler arasındaki farktan doğmaktadır. Her ne kadar karşılıklı iradelerden doğan çok taraflı uluslararası anlaşmalar ile anayasalar farklı hususlar olsa da, soyut nitelikteki haklar içermesi ve bir yargısal denetim mekanizması oluşturması sebebiyle AİHS ile anayasalar benzerlik göstermektedir⁵²⁹. Bu bağlamda dinamik yorum yönteminin anayasanın yorumlanması meselesi ile birlikte bir uluslararası sözleşme olan AİHS'in yorumlanmasında kullanılması doğaldır. Soyut nitelikte ve bu sebeple belirli esneklikleri olan, ancak gerek taraf devletlerin üstünde derhal uzlaşma sağlamanın mümkün olmayışı, gerekse değiştirilme usullerinin yasalardan daha zor olması dolayısıyla günceli kolayca yakalayamayan ilgili nitelikteki belgeler, ancak bu yorum metodu ile yargı içtihatları neticesinde güncel tutulabilmektedir. Bu sebeple Fendoğlu'nun yaşayan anayasa yorumuna ilişkin düşünceleri AİHS'in yaşayan bir belge olarak dinamik şekilde yorumlanması hakkında da geçerlidir. Yazar'a göre metin "*durgun, geçmişin geleceğe hükmettiği bir yapıdan kurtarılmalı bir anlamda sosyal mühendis olan hukukçular tarafından bugünün şart ve koşullarına uygun biçimde yorumlanmalıdır.*"⁵³⁰ Ancak Yazar'ın da belirttiği üzere ilgili yorum metodunun lafzi, tarihsel ya da sistematik yorumun tamamen göz ardı edilmiş şekilde kullanılması hukuki güvenlik ilkesine zarar verebilir, hukuki birliği bozabilir⁵³¹.

⁵²⁷ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri(Genel Esaslar), (s. 411); Yazar arz edilen durumdan memnundur.

⁵²⁸ Şeref İba, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, (s. 289); Semih Batur Kaya, "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19-3 (Temmuz 2015), (s. 365).

⁵²⁹ George Letsas, "The ECHR as a Living Instrument: It's Meaning and Legitimacy", Constituting Europe-The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Der., Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, (s. 107).

⁵³⁰ Fendoğlu, Anayasa Hukuku, (s. 110).

⁵³¹ Fendoğlu, Anayasa Hukuku, (s. 110).

Oysa AİHS içtihatlarında tarihsel yorum ve sözleşmenin hazırlık çalışmaları genellikle göz ardı edilmekte, dinamik yorum tarihsel yoruma öncelenmektedir⁵³².

Arz edilen dinamik ve genişletici yorumun Mahkeme içtihatları doğrultusunda çeşitli sınırları mevcuttur. Öncelikle yorum yapılması suretiyle Sözleşmede açıkça belirtilen bir hususun görmezden gelinmesi mümkün değildir. Örneğin *Quark Fishing* davasında başvuru yeri otorite ile sorun yaşamakta, ilgili yerel otoritenin uluslararası ilişkilerini ise Birleşik Krallık yürütmektedir. Sözleşme'nin 56. maddesine göre taraf devletlere Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne yapacakları bir bildirim ile uluslararası ilişkilerini yürüttükleri topraklarda Sözleşme'nin uygulanacağını beyan edebilme imkanı tanınmaktadır. Bu bağlamda Birleşik Krallık ilgili bölge için herhangi bir beyanda bulunmamış, sorumluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir. Başvuru ise ilgili maddenin kolonyal döneme ait olduğunu ve artık hükmünün kalmadığını ifade etmektedir. Mahkeme her ne kadar Sözleşmenin değişen şartlara göre yorumlanması gerektiğini ifade etse de, yorum yoluyla sözleşmede mevcut olan bir düzenlemenin görmezden gelinemeyeceğini, bir maddenin kaldırılmasının tek yolunun sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin prosedürlerin takip edilmesi olduğunu ifade etmiştir⁵³³. Günün koşullarına uygun dinamik ve genişletici yorumun bir diğer sınırını ise sözleşmenin hazırlandığı dönemde bilinçli olarak kapsam dışında bırakılan hususlar oluşturmaktadır⁵³⁴. Örnek olayda başvuru İrlanda yasalarına göre boşanamadığı için yeniden evlenememektedir. Somut olayda tartışılan husus Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkının⁵³⁵ boşanmayı da kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. Mahkeme öncelikle somut olayda madde metninin sıradan anlamının (ordinary meaning) boşanmayı kapsamadığını tespit etmiştir⁵³⁶. Devamında Mahkeme Sözleşme'nin günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini tespit etmekle birlikte dinamik yorum suretiyle başlangıçta bilinçli olarak sözleşme metnine dahil

⁵³² David Harris & M. O'Boyle & Ed Bates & Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick : Law of the European Convention on Human Rights, Oxford: Oxford University Press, 2009, (s. 17); Benzer Beijer, The Limits of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations, (s. 27).

⁵³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 15305/06, Karar Tarihi: 19/09/2006.

⁵³⁴ David Harris & M. O'Boyle & Ed Bates & Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick : Law of the European Convention on Human Rights, (s. 7).

⁵³⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir."

⁵³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Johnston ve Diğerleri V. İrlanda Davası, Başvuru No: 9697/82, Karar Tarihi: 18 Aralık 1986, (p. 52).

edilmeyen hususların yorum yoluyla Sözleşmeye dahil edilemeyeceğine hükmetmiştir⁵³⁷. Hal böyle olunca Mahkeme'ye göre 12. madde bağlamında evlenme hakkının boşanmayı kapsamadığına karar verilmiştir.

Aslında AİHM madde metninde açıkça düzenlenmeyen hakların ve yükümlülüklerin yorum suretiyle metne dahil edilmesi işine girişen ilk kurum değildir, ancak Mahkeme'nin bu işlemi yaparken kullandığı kavram ve kelimelere bir tanım getirmemesi, onu objektif kriterler ile sınırlandırmaması doktrinde eleştirilmektedir⁵³⁸. Gerçekten de Mahkeme'nin tıpkı yatay etki ya da pozitif yükümlülüklerde olduğu gibi yorum faaliyetlerinde de belirli objektif kriter ve tanımlardan kaçınması, hukuki belirlilik açısından tartışma yaratabilmektedir. Oysa yorum yaparken yargıçlar olabildiğince öngörülebilir ve şeffaf olmalı, kendi politik ve sosyal perspektiflerinden soyutlanarak eylemi gerçekleştirmeleri gerekmektedir⁵³⁹. Aynı zamanda dinamik yorumla taraf devletlerin rızasına ihtiyaç duyulmaksızın ya da onlara çekince hakkı sunulmaksızın Sözleşmenin taraflarca üzerinde uzlaşmış kapsamının genişletildiği bir gerçektir⁵⁴⁰. Benzer şekilde dinamik ve genişletici tutum tıpkı pozitif yükümlülüklerde olduğu gibi sözleşmeyi hazırlayanların başta öngördükleri bir husus değildir⁵⁴¹.

Bir diğer eleştiri de anayasa mahkemelerinin anayasayı yaşayan bir belge olarak günün koşullarına göre dinamik şekilde yorumlaması bağlamında Hillgruber tarafından getirilmiştir. Ancak daha önceden de izah edildiği üzere ilgili eleştiri, AİHS ve anayasaların konumuz bağlamında benzer yönleri gerekçesiyle AİHM için de geçerlidir. Yazar'a göre dinamik yorum, yorumu yapan organın metne bağlılığına

⁵³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Johnston ve Diğerleri V. İrlanda Davası, Başvuru No: 9697/82, Karar Tarihi: 18 Aralık 1986, (p. 53).

⁵³⁸ Tom Zwart, "More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How It can be Done", The European Court of Human Rights and Its Discontents-Turning Criticism into Strength, Der., Spyridon Flogaitis & Tom Zwart & Julie Fraser, Cheltenham UK. Northampton MA, USA: Edward Elgar Publishing, (2013), (s. 89); "Dinamik hukuk yorumunun ortaya çıkışı ve gelişiminde İtalyan Hukukundaki "yaşayan hukuk" kavramının ve haklara etkinlik kazandırılması düşüncesinin etkisi büyüktür" Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", (s. 119).

⁵³⁹ Zwart, "More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How It can be Done", (s. 89).

⁵⁴⁰ William A. Schabas, The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2015, (s. 48).

⁵⁴¹ Loukis G. Loucaides, The European Convention on Human Rights Collected Essays, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 70 (2007), (s. 14)

büyük ölçüde zarar verir⁵⁴². Çünkü bu aşamadan sonra metnin güncel koşullara uyarlanması gerektiğinde bu hususu metni değiştirmekle yetkili organ değil, metni yorumlayan organ yerine getirir, bu bağlamda dinamik yorum metni değiştirme yetkisine sahip organın metni yorumlayan organ lehine yetkilerinden vazgeçmesi anlamına geleceğinden metinde açık biçimde belirtilmelidir⁵⁴³.

3.7.2. Konsensüs Metodu

Konsensüs metodu, AİHM'in metni dinamik biçimde yorumlayabilmesi amacıyla günün koşullarını ve gereklerini tespit edebilmek için yararlandığı bir yorum biçimidir⁵⁴⁴. Bal, Avrupa konsensüsünü “bir husus hakkında Avrupa Konseyine üye devletlerarasındaki fikir birliği ya da mutabakat” olarak tanımlamaktadır⁵⁴⁵. Genişleyici yorum ilkesini benimseyen ve gerek sözleşmenin maddelerinin norm alanını gerekse bu normların devlete yükledikleri negatif ve pozitif yükümlülükleri günün şartlarına göre dinamik şekilde yorumlayan Mahkeme için konsensüs tekniği dinamik yorumu destekleyici bir işlev yerine getirmektedir. Hatta konsensüs ve dinamik yorum öylesine bağlantılıdır ki, Mahkeme mevcut bir konsensüsün olmadığı durumlarda ilgili konu üzerinde dinamik yoruma girişmek yerine konunun taraf devletin takdir marjı içinde olduğuna karar vermektedir⁵⁴⁶. Mahkeme tıpkı dinamik yorum, pozitif yükümlülükler ya da yatay etkiye ilişkin bir tanım yapmaktan kaçınmasına benzer biçimde konsensüs hususuna da bir tanım getirmek ve onu objektif sınırlara tabi tutmaktan imtina etmektedir⁵⁴⁷. Aynı zamanda konsensüs hususu taraflar arasında bir mutabakatı çağırırsa da, Mahkeme çoğunlukla taraflar arasında ilgili husustaki benzer trend ya da eğilimi konsensüsün varlığı noktasında yeterli görmektedir⁵⁴⁸.

2000 yılında Mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta miras hakkı bağlamında Fransız Medeni Kanunu'nun meşru ve gayrimeşru çocuk arasındaki

⁵⁴² Christian Hillgruber, *Anayasanın Yorumlanması*, Bölüm Çev. Yüksel Metin, *Anayasa Teorisi*, Çev. Edt. İlyas Doğan, Der., Depenheuer & Grabenwarter, İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014, (s. 531).

⁵⁴³ Hillgruber, “Anayasanın Yorumlanması”, (s. 531).

⁵⁴⁴ Ali Bal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2019), (s. 35)

⁵⁴⁵ “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, (s. 33)

⁵⁴⁶ Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, (s. 139)

⁵⁴⁷ Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, (s. 11)

⁵⁴⁸ Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, (s. 12).

miras hissesine ilişkin ayırım dava konusu edilmiştir. Mahkeme öncelikle konuyu ayrımcılık yasağı bağlamında ele alarak farklı muamelelerin objektif ve makul bir sebebi bulunmayan durumlarla orantısız biçimde gerçekleştiği durumların ayrımcılık yasağını ihlal edeceğini hatırlatmıştır⁵⁴⁹. Devamında Mahkeme Sözleşme'nin bu günün koşullarına göre yorumlanması gerektiği, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin meşru ve gayrimeşru çocuk arasındaki medeni haklara ilişkin ayrımlara karşı geliştirdiği hassasiyete dikkat çekilmiş, Fransa'nın henüz onaylamadığı 1975 tarihli Çocukların Legal Statüsü Hakkında Avrupa Konvansiyonu örnek olarak gösterilmiştir⁵⁵⁰. Neticede Mahkeme meşru ve gayrimeşru çocuk arasındaki ayırımın kaldırılması noktasında belirgin bir yaklaşım (tendency) olduğunu belirterek ilgili hususun dinamik yorum sırasında gözardı edilemeyeceğini ifade etmiştir⁵⁵¹. Sonuç olarak davada Mahkeme, ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak mirasçı başvurusunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Karar öncelikle dinamik yorum ile konsensüs arasındaki ilişkiyi ortaya koyması sebebiyle oldukça önemlidir. Kararın bir diğer özelliği devletler arasındaki belirgin bir yaklaşımı konsensüsün tespiti noktasında yeterli görmesidir. Karardaki bir diğer dikkat çekici husus ise, Fransa'nın henüz onaylamadığı uluslararası nitelikteki bir sözleşmeden Fransaya karşı konsensüsün tespiti noktasında faydalanılması hususudur.

Cinsiyet değiştiren kişilerin hukuken tanınması taleplerine ilişkin açılmış davalar ise hem konsensüs metodu özelinde, hem de ilgili metodun pozitif yükümlülükler ve dinamik yorumla ilişkisini yansıtmaya açısından oldukça önemli örneklerdir. 1986 tarihli *Rees v. Birleşik Krallık* davasında cinsiyet değiştiren bir kişi, kendisine ilişkin tüm resmi belgelerde ilgili durumun tanınmasına karşılık doğum belgesinin yeni duruma uygun biçimde tadil ettirememesinden yakınmaktadır. Mahkeme kararda öncelikle devletin özel hayata saygı hakkı bağlamında kendi takdir marjı içerisinde pozitif yükümlülüklerinin olabileceğini tespit etmiştir⁵⁵². Devamında Mahkeme her ne kadar cinsiyet değiştiren kişilerin hukuken tanınmasına yönelik adımlar atan devletler bulunsun da, bu husustaki ortak paydanın oldukça zayıf

⁵⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Mazurek v. Fransa Davası*, Başvuru No: 34406/97, Karar Tarihi: 1 Şubat 2000, (p. 48).

⁵⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Mazurek v. Fransa Davası*, Başvuru No: 34406/97, Karar Tarihi: 1 Şubat 2000, (p. 49).

⁵⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Mazurek v. Fransa Davası*, Başvuru No: 34406/97, Karar Tarihi: 1 Şubat 2000, (p. 49).

⁵⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Rees v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 9532/81, 17 Ocak 1986, (p. 35).

olduğunu tespit etmiş, dolayısıyla devletin geniş bir takdir marjı olduğuna hükmetmiştir⁵⁵³. Sonuç olarak zayıf ortak payda ve geniş takdir marjı karşısında devletin pozitif yükümlülüklerinin başvuru talebi olan durumunun hukuken tanınmasına ilişkin gerekli adımların atılması hususunu kapsamadığı kararda tespit edilmiştir. 2002 tarihli *Goodwin v. Birleşik Krallık* davasında ise yine cinsiyet değiştiren bir kişinin yeni durumunun hukuken tanınmaması dolayısıyla sosyal güvenlik haklarından ve kadınlar lehine yapılan düzenlemelerden faydalanamaması söz konusudur. Mahkeme öncelikle somut olayı devletin kişinin hukuki durumunu tanımak bağlamındaki pozitif yükümlülükleri açısından inceleyeceğini deklare etmiştir⁵⁵⁴. Devamında Mahkemenin görüşlerini hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri karşısında ancak geçerli sebepler bulunduğu takdirde değiştireceği genel içtihadını tekrar etmiş, bu açıdan taraf devletlerarasındaki ilgili husus hakkında giderek artan yakınlaşmayı geçerli sebep olarak göstermiştir⁵⁵⁵. AİHS'e taraf dahi olmayan Avustralya ve Yeni Zelanda'dan da örnekler verilerek ilgili kişilerin hukuken korunması açısından giderek artan bir trendin varlığı tespit edilmiştir⁵⁵⁶. Bu açıdan Mahkeme uluslararası trendin varlığını yeterli görerek taraflar arasında tam bir konsensüs aramanın gerekli olmadığını vurgulamıştır⁵⁵⁷. Neticede artan trend karşısında devletin takdir marjının azaldığı gerekçesiyle kişinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucunun bir diğer şikayeti ise hukuken erkek olarak tanındığı ve başka bir erkekle evlenemediğidir. Mahkeme kararında Sözleşme'nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesinin kadın ve erkek ifadelerini kullanmasına karşın, bu ifadelerin biyolojik anlamdaki kadın ve erkeğe karşılık gelmediğini, eşcinsel evliliklerin ülkeler arasında geniş biçimde kabul gördüğünü, sayıca az devlette bu hususun mümkün olmadığını ifade ederek devletin takdir marjının dar olduğundan hareketle kişinin evlenme hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁵⁸. Mahkeme aynı zamanda 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar

⁵⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Rees v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 9532/81, 17 Ocak 1986, (p. 37).

⁵⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11 Temmuz 2002, (p. 71).

⁵⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11 Temmuz 2002, (p. 74).

⁵⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11 Temmuz 2002, (p. 84).

⁵⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11 Temmuz 2002, (p. 85).

⁵⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11 Temmuz 2002, (p. 100-103); Birlikte yaşayan iki eşcinsel kadından birinin

Şartı'nın evliliği düzenleyen 9. maddesinde kadın ve erkeğe kasten atıf yapılmadığını artan trende bir argüman olarak kararına dahil etmiştir. Ancak bu çıkarım doğru kabul edilirse, diğer bir ifade ile bir uluslararası sözleşmede kadın ve erkek hususunun açıkça belirtilmemiş olmasının eşcinsel evliliklere hukuki alan açacağına ilişkin çıkarımın doğru olduğu kabul edilirse, o halde AİHS'te kadın ve erkeğe açıkça atıf yapılması hususunun da eşcinsel evlilikleri engelleme amacı güttüğü sonucu çıkartılabilir. Yine Sözleşme'nin 12. maddesindeki kadın ve erkeğe ilişkin açık atfın yorum suretiyle aşılması, daha önceden ifade edilen sözleşmede açıkça belirtilen hususların görmezden gelinemeyeceğine ilişkin AİHM'in tutumu bağlamında tartışılabilir⁵⁵⁹.

Çalışmamızın konusu açısından mülkiyet hakkına ilişkin olarak da genişletici yorum ilkesi bağlamında dinamik yorum ve konsensüs metodu AİHM tarafından kullanılmaktadır. Daha önceden arz edilen *Pla ve Puncernau v. Andora* davasında Mahkeme 1939'da düzenlenen vasiyetnamenin güncel şartlara göre yorumlanmasında Avrupa Konseyi üyesi devletlerin evlat edinilmiş çocuk ile biyolojik çocuk arasında fark gözetmediği ifade edilmiştir⁵⁶⁰. Yine Sözleşme'nin pek çok maddesi benzer şekilde konsensüs metodu ve dinamik yorumlanması suretiyle günün koşullarına uyarlanmış ve genişleyici bir yorum takip edilmiştir. Örneğin *Bayatyan v. Ermenistan* kararında Mahkeme, 9. maddenin vicdani reddi kapsamadığı görüşünden ayrılmış, geniletici bir yorumla vicdani reddin Sözleşme tarafından güvence altına alındığı sonucuna varmıştır⁵⁶¹. Dini inancı gereğince askerlik yapmak istemeyen başvuruçunun Mahkeme'ye taşıdığı uyumsuzluktaki temel tartışma 9. maddede güvence altına alınan düşünce vicdan ve din özgürlüğünün vicdani reddi kapsayıp kapsamadığı hususudur. Bir başka tartışma ise 4. maddedeki “..vicdani

diğerinin çocuğunu evlat edinmesi hususunda açılan bir diğer davada ise Mahkeme, o dönemde eşler arasında birinin diğerinin biyolojik çocuğunu evlat edinmesini hukuken kabul eden 10 ülke bulunduğunu, bunlar içerisinde 6 tanesinin eşcinsel evlilik ile normal evlilik arasında ayırım yapmazken 4 tanesinin ayırma tabi tuttuğunu tespit etmiştir. Neticede Mahkemeye göre somut olayda konsensüsün tespit edilmesinin örneklemin darlığı sebebiyle olanaksız olduğu vurgulanmıştır. Bu yorum kararın karşı oyunda pek çok hakim tarafından eleştirilmiş, 6 ya 4 biçimde ayrışan ülkeler hakkında bir konsensüsün bulunmadığının açıkça ifade edilmesi gerektiği, buna karşılık örneklemin konsensüsün tespit edilmesinde yeterli olmadığı çıkarımının doğru olmadığı savunulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *X ve Diğerleri v. Avusturya Davası*, Başvuru No: 19010/07, Karar Tarihi: 19 Şubat 2013, (p. 149).

⁵⁵⁹ Bu çalışma, s. 131.

⁵⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Pla and Puncernau v. Andorra Davası*, Başvuru No: 69498/041, Karar Tarihi: 13 Temmuz 2004, (p. 62).

⁵⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Bayatyan v. Ermenistan Davası*, Başvuru No: 23459/03, Karar Tarihi: 7 Temmuz 2011.

reddin meşru sayıldığı ülkelerde..” ibaresidir. Bu yönüyle ilgili ibarenin vicdani reddi tanıyıp tanımamak hususunda taraf devletlere takdir alanı tanıyıp tanımadığı Mahkemece değerlendirilmiştir. Bu kararına kadar ilgili düzenlemenin devlete takdir alanı tanıdığını savunan Mahkeme, Sözleşmenin yaşayan bir belge olarak bugünün şartlarına göre yorumlanması gerekliliği ve vicdani red hakkında belirlemekte olan konsensüs (emerging consensus) bağlamında 9. maddenin vicdani reddi kapsadığına karar vermiştir⁵⁶². Kararın karşı oyunda Hakim Gyulumyan tarafından Mahkeme’nin görevinin hak yaratmak değil hakları korumak olduğu vurgulanmış, dinamik yorumla sözleşme genişletilse dahi sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması gerektiği ilkesi karşısında devlete bırakılan takdir alanına mahkemenin müdahale etmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶³.

Görüldüğü üzere konsensüs metodu ile tam bir mutabakat olmasa dahi, gelişen bir trend ile günün koşul ve şartları tespit edilmekte ve bu bağlamda sözleşme dinamik şekilde yorumlanarak genişletilmektedir. Artan bir konsensüs, devletlerin takdir marjının daralması anlamına gelmektedir. Devletin yasama, yürütme ve yargı erkinin AİHM gözetimi ve denetimi altında⁵⁶⁴ Sözleşmede güvence altına alınan haklar bağlamında karar alma hürriyetini ifade eden takdir marjı⁵⁶⁵, bir menfaatin korunmaya değer olup olmadığı ya da nasıl korunacağı hususunda ortak bir paydanın bulunmadığı durumlarda genişlemektedir⁵⁶⁶. Ancak elbette takdir marjına ilişkin tek kriter konsensüsün seviyesi değildir. Konsensüs dışında Bal tarafından takdir marjının genişliğinde “*ihlal edildiği iddia edilen hakkın önemi ve niteliği, ihlale uğrayan kişinin eylemleri, müdahalenin amacı, niteliği, koşulları, eylemin devletin genel politikalarıyla ilişkisi*” gibi hususlara dikkat edildiği ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Mahkeme de takdir marjının tespitinde tek kriterin konsensüs olmadığını

⁵⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Bayatyan v. Ermenistan Davası, Başvuru No: 23459/03, Karar Tarihi: 7 Temmuz 2011, (p. 100-102).

⁵⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Bayatyan v. Ermenistan Davası, Başvuru No: 23459/03, Karar Tarihi: 7 Temmuz 2011, Hakim Gyulumyan’ın Karşı Oyu, (p. 2-3).

⁵⁶⁴ Egbert Myjer, “Why much of the Criticism of the European Court of Human Rights is Unfounded”, The European Court of Human Rights and Its Discontents-Turning Criticism into Strength, Der., Spyridon Flogaitis & Tom Zwart & Julie Fraser, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013, (s. 45-46).

⁵⁶⁵ Harris & O’Boyle & Bates & Buckley, Harris, O’Boyle & Warbrick : Law of the European Convention on Human Rights, (s. 11).

⁵⁶⁶ Lavrysen, “Protection by the Law: The Positive Obligations to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights”, (s. 126).

⁵⁶⁷ Bal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", (s. 41).

vurgulamıştır⁵⁶⁸. Yukarıda sayılanlarla birlikte Mahkeme'ye göre sosyal ve ekonomik politikaların hayata geçirilmesinde devletin takdir marjı geniştir⁵⁶⁹. Mahkeme bu açıdan örneğin konutların modern toplumlardaki önemi bağlamında devletin kamu yararının tespitine ilişkin olarak geniş bir takdir marjının olduğunu tespit etmektedir. Takdir marjının dar ya da geniş olmasına ilişkin bir diğer kriter de demokratik toplumun temel hakları olarak ifade edilmekte, ifade hürriyeti, toplantı ve örgütlenme hürriyeti, serbest seçimler hususunda devletin takdir marjının dar biçimde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷⁰. Mahkeme bu haklar sözkonusu olduğunda ve devletin takdir marjı değerlendirildiğinde demokratik toplumu oluşturan temel prensiplere mümkün olan en üst düzeyde önem vereceğini deklare etmektedir⁵⁷¹.

Konsensüs metoduna ilişkin doktrinde çeşitli eleştiriler mevcuttur. Ancak bize göre bir devletin taraf dahi olmadığı uluslararası nitelikteki belgelerin konsensüsün tespitinde değerlendirilmesi ve neticede bu metinlerin ilgili devlete yükümlülük olarak geri dönmesi tartışılması gereken temel husustur. Kamu görevlilerinin sendikaya üye olma ve toplu sözleşme yapma haklarının mevcut olup olmadığının tartışıldığı *Demir ve Baykara v. Türkiye* davası ise bu hususta oldukça önemli bir örnektir. Mahkeme davada sözleşmenin yaşayan bir belge olarak günün koşullarına, uluslararası ve ulusal gelişmelere uygun biçimde yorumlanması gerektiğini ifade ettikten sonra, günün koşullarının tespitinde kullanılan konsensüs metodu bağlamında uyuşmazlığa taraf devletin ortak payda içerisinde bulunup bulunmadığının önemsiz olduğunu tespit etmiştir⁵⁷². Türkiye Cumhuriyeti AİHS'te devlet hakkında var olmayan yükümlülüklerin kendisinin taraf olmadığı Avrupa Sosyal Şartı'nın ilgili maddelerine dayanılarak yaratılamayacağını ileri sürmektedir. Pek çok diğer uluslararası nitelikteki sözleşme ve belgeyle birlikte Avrupa Sosyal

⁵⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *X ve Diğerleri v. Avusturya Davası*, Başvuru No: 19010/07, Karar Tarihi: 19 Şubat 2013, (p. 148).

⁵⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Connors v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 66746/01, Karar Tarihi: 27 Mayıs 2004, (p. 82); Benzer: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *S. ve Marper v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, Karar Tarihi: 4 Aralık 2008, (p. 102).

⁵⁷⁰ Murat Tümay, The "Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights, *Ankara Law Review*, 5-2 (2008), (s. 219); Ayrıca Bknz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Handyside v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 7 Aralık 1976, (p. 48-49).

⁵⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Handyside v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 7 Aralık 1976, (p. 48-49).

⁵⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Demir ve Baykara V. Türkiye Davası*, Başvuru No: 34503/97, Karar Tarihi: 12 Kasım 2008, (p. 68, 78).

Şartı'na da atıf yapan Mahkeme, şartın maddelerini tıpkı AİHS gibi incelemiş ve neticede kamu görevlilerinin sendikal haklara sahip olduğu sonucuna varmıştır⁵⁷³. Bu açıdan 11. maddede güvence altına alınan örgütlenme hürriyetinin devlete bir takım pozitif yükümlülükler de yüklediği tespit edilmiş, kamu görevlilerinin dahil olduğu sendikanın devlet tarafından tanınması gerektiği, yasama organının bu açıdan hareketsiz bulunduğu ve ihmalinin olduğu ifade edilmiştir⁵⁷⁴. Daha önceden izah edilen *Mazurek v. Fransa* davasında da yine devletin taraf olmadığı bir sözleşme üzerinden onun yükümlülüklerinin tespit edildiği ifade edilmişti. Görüldüğü üzere AİHM konsensüsün tespitinde hem uyumsuzluğa taraf olan devletin uymayı taahhüt ettiği sözleşmelerin dışına çıkmakta, hem de Avrupa Konseyi üyesi devletler dışındaki diğer devletlerden de faydalanmaktadır. Bir devletin egemenliği doğrultusunda çıkarlarına ya da sosyo-ekonomik yapısına uygun olmadığı gerekçesiyle bilinçli olarak katılmadığı ya da çekince koyduğu bir hususun o devlete yükümlülük olarak geri dönmesi pek doğru görünmemektedir. Ayrıca Sözleşme'nin 32. maddesi uyarınca Mahkeme'nin yetkileri Sözleşmenin kendisi ile sınırlıdır. Burada genişleyici yorumun kişilere sağladığı fayda tartışılmamaktadır. Vurgulanmak istenen, bir devletin ya da ülkemizin bilinçli olarak katılmadığı veya reddettiği sözleşmeler uyarınca bir gün çok farklı yükümlülüklerden sorumlu tutulabilecek olmasıdır.

Yukarıda arz edilen dışında doktrinde ilgili metod hakkında başka bir takım eleştirilere de rastlanılması mümkündür. Örneğin Çoban'a göre konsensüs metodu hakların yalnızca insan olmakla kazanılan haklar olarak görülmesinden ziyade, onların birer kamusal hak olarak pozitif metinler vasıtasıyla devletler tarafından yaratılan hususlar olarak görülmesine yol açabilir⁵⁷⁵. Ancak yine de yazar bu problemi tespit etmekle birlikte devletlerin ortak paydada buluşmadığı hususlarda Mahkeme'nin kendiliğinden devletlere bir takım dayatmalarda bulunmaması gerektiğini belirtmektedir⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Demir ve Baykara V. Türkiye Davası*, Başvuru No: 34503/97, Karar Tarihi: 12 Kasım 2008, (p. 103-107).

⁵⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Demir ve Baykara V. Türkiye Davası*, Başvuru No: 34503/97, Karar Tarihi: 12 Kasım 2008, (p. 110-127).

⁵⁷⁵ Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi Ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (2008), (s. 202-203)

⁵⁷⁶ Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi Ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", (s. 202-203)

Bir diğ er eleştiri ise konsensüsün niteliğine ya da normatif yönüne⁵⁷⁷ ilişkindir. İlgili görüş e göre insan haklarının azınlığı çoğunluğun baskı ve diktasından korumaya dönük yapısı (counter-majoritarian) dolayısıyla hakların anlamlarının ve kapsamalarının çoğunluğun üzerinde uzlaştığı biçimde belirlenmesi tamamen anlamsızdır⁵⁷⁸. Buna göre zaten hali hazırda çoğunluğu oluşturan grup mevcut düzenlemeleri de kendisine uygun biçimde değıştirebilme ya da inşa edebilme yetkinliğine sahiptir. Esasen korunması gereken grup, konsensüsün dışında kalan ve düzenlemeleri kendi menfaatleri doğrultusunda şekillendiremeyen kişilerdir. Konsensüs metodunun normatif dayanağına ilişkin eleştiriler de mevcuttur. Gerçekten de başlangıç bölümündeki “..ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı..” ibareleri bir kenara bırakılacak olursa gerçekten de çoğunluktan ayrış an bir devletin neden çoğunluğa tabi olması gerektiğ inin tam bir açıklaması mevcut değıldir⁵⁷⁹.

Doktrindeki eleştirilerden bir diğ eri ise prosedürel eleştiri olarak nitelendirilmekte, konsensüsün nasıl tespit edileceğ i ve uygulanabileceğ i noktasında toplanmaktadır⁵⁸⁰. Gerçekten de Mahkeme'nin bazen ilgili hususta oy birliğı ararken bazen yalnızca eğ ilim ya da trendi yeterli görmesi problemlı bir husustur⁵⁸¹. Dolayısıyla kaç devlet uygulamasının konsensüsün tespitinde yeterli olacağı belirsizdir. Benzer şekilde yeterli olacak örneklemin miktarı, örneklemin belirleniş usulleri, hangi metinlerin argümanlara dahil edilebileceğ i gibi pek çok husus belirsizliğini sürdürmektedir. Mahkemenin bu hususta bir tanım ve objektif kriter getirmeyişi eleştirilerin temel kaynağı nı oluşturmaktadır.

3.7.3. Pozitif Yükümlülükler Bağlamında Yargısal Aktivizm

Yargısal aktivizm, hakimlerin hukukun uygulanması esnasında kendi görev alanlarının dışına çıkarak kamu politikaları bağlamında karar verme sürecine etkin biçimde dahil olması anlamına gelmektedir, oysa bu politikalara karar verme yetkisi seçilmişlere aittir⁵⁸². Anayasanın uygulanması sırasında da onu hazırlayanların

⁵⁷⁷ Dzehtsiarou, European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, (s. 115).

⁵⁷⁸ Letsas, “The ECHR as a Living Instrument: It’s Meaning and Legitimacy”, (s. 123).

⁵⁷⁹ Bal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, (s. 70).

⁵⁸⁰ Dzehtsiarou, European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, (s. 115).

⁵⁸¹ Zwart, “More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How It can be Done”, (s. 89-90).

⁵⁸² Yüksel Metin, “Anayasal Demokrasi İçerisinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2-1 (2012), (s. 97).

sübjektif iradesinden ve pozitif hükümlerin orijinal anlamından uzaklaşılması yargısal aktivizm olarak tanımlanmaktadır⁵⁸³. Hemen belirtmek gerekirse her ne kadar aktivizm kavramı yargıcın aktif bir eylemini ya da genişleyici bir tutumu işaret ediliyor gibi gözükse de gerçek böyle değildir. Yargıcın hukuken aktif davranmasının gerektiği durumlarda müdahalede bulunması, aktif bir tutum takınmaması ya da bir anayasa yargıcının anayasaya bütünüyle aykırı bir yasayı iptal etmemesi⁵⁸⁴ de yargısal aktivizm olarak nitelendirilir⁵⁸⁵. Yargıçların kendi kendini sınırlayan tavrının karşısında bulunan aktivizm, bu kişilerin karara anayasanın yanında kendi görüşlerini de dahil etmesi anlamına gelmektedir⁵⁸⁶. Bu yönüyle değerlere dayalı denetim, hakimlerin kendi görüşlerini de kararlarına dahil etmesine ve aktivist bir tutum takınmasına olanak tanımaktadır⁵⁸⁷. Aynı zamanda soyut nitelikteki hükümler mahkemelere aktivizm konusunda alan açmaktadır. Özbudun'a göre 1982 Anayasası'nın '*devletin temel nitelikleri, toplumun huzuru, milli dayanışma, adalet anlayışı, Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, laik devlet, sosyal devlet, başlangıç bölümündeki; milli menfaatler, Türklüğün tarihi ve manevi değerler*' gibi kavramları bu bağlamda aktivizm için kullanılabilir niteliktedir⁵⁸⁸.

Gelenen bu noktada en temel husus yukarıdaki yargısal aktivizme olanak sağlayan belirsiz ve soyut normların hak temelli bir yorumla temel hak ve hürriyetleri genişletici biçimde mi, yoksa ideolojik eksenli mi kullanılacağı hususudur. Turhan bu durumu işkence örneği üzerinden oldukça berrak biçimde açıklamaktadır. Yazar'a göre işkence yasağı bağlamında bireylerin işkencenin karşısında durmasının sebebi mağdurun yaşadıkları ise hak temelli, işkence yapmanın işkenceciyi düşürdüğü durum ise ödev-temelli ve nihayet işkencenin fail ve mağdur dışındakilerin menfaatlerine verdiği zarar ise amaç-temelli yaklaşım kabul

⁵⁸³ Yancı Özalp, Türkiye'de Yargısal Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, (s. 67).

⁵⁸⁴ Bknz. 'Çoğunlukçu Aktivizm' Adnan Küçük, "Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 8-31 (2017), (s. 268).

⁵⁸⁵ Serdar Korucu, Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu, Ankara: Seçkin Hukuk, 2014, (s. 52).

⁵⁸⁶ Aziz Yiğit, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu ve Yargısal Aktivizm", Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, (s. 4)

⁵⁸⁷ Yiğit, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu ve Yargısal Aktivizm", (s. 37).

⁵⁸⁸ Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62-3 (2007), (s. 259).

edilmiş olur⁵⁸⁹. Diğer bir ifade ile hakimin benimsediği yorumun temel hak ve hürriyetlerin genişletilmesi ve korunması amaçlarına hizmet etmesi hak temelli yaklaşım olarak tanımlanırken⁵⁹⁰, toplumun ve devletin menfaatlerine dönük amaçların bireyin hak ve hürriyetlerine tercih edilmesi amaç eksenli yorum olarak değerlendirilmektedir⁵⁹¹. Bu bağlamda soyut kavramların aktivist biçimde yorumlanmasının yukarıda izah edilen hak temelli yaklaşım ile gerçekleştirilmesi ve insan hak ve hürriyetlerinin korunup geliştirilmesine hizmet edilmesinin aktivizmi meşru kılacağı hususunda öğretide genel olarak görüş birliği bulunmaktadır⁵⁹². Bunun karşısında yer alan amaç ve ideoloji eksenli aktivizm ve hakimlerin yargı yetkisinin sınırlarını aşarak yerindelik denetimine girişmesi ise kuvvetler ayrılığı bağlamında eleştirilmektedir.

AİHM'in ise insan hakları bağlamında hak temelli aktivist yaklaşımı benimsediği tespit edilebilir. Yaşayan belge ve dinamik yorum suretiyle Sözleşme hükümlerinin değişen sosyal ihtiyaçlara göre uyarlanması ve devletlerin daha önceden tahayyül edemeyecekleri pozitif ve negatif yükümlülükler altına girmesi ilgili tespitin ispatı niteliğindedir. AYM'nin de bireysel başvuru mekanizmasından önce amaç ya da ideoloji eksenli aktivist tutumu benimsediği, bunun karşısında son dönemde hak temelli bir yaklaşımı benimsediği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁹³. Tıpkı AİHM gibi AYM'nin de hak eksenli yorumu benimsemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda hak ve hürriyetlerin norm alanını genişletici bir etki doğurmaktadır⁵⁹⁴. Ancak bu noktada ince bir çizgi üzerinde yürüdüğü

⁵⁸⁹ Mehmet Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62-3 (2007), (s. 392-393).

⁵⁹⁰ İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, (s. 121-122)

⁵⁹¹ Küçük, Türkiye'nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, (s. 420-422), Akıncı, "Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum", (s. 848).

⁵⁹² Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu, (s. 75), Yancı Özalp, Türkiye'de Yargısal Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, (s. 61), Metin, "Anayasal Demokrasi İçerisinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", (s. 97), Korucu, Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu, (s. 53), Uslu, Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, (s. 226), Küçük, "Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi", (s. 274, 309), İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, (s. 277) 'Ancak yazar hak temelli aktivist tutumu olumlu görse dahi bu durumun anayasa tarafından düzenlenmiş olması gerektiğini ifade etmektedir'.

⁵⁹³ Zühtü Arslan, "Türkiye'de Anayasa Şikayeti: Fırsatlar ve Sorunlar", Anayasa Yargısı, 30-1 (2014), (s. 169), Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, (s.429-430), Akıncı, "Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum", (s. 866), Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", (s. 264).

⁵⁹⁴ Zühtü Arslan, "Anayasa Mahkemesi'nin Hak Eksenli Yorumu", Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum Sempozyumu, 3 Ocak 2023, AYM ve ABDYM'nin amaç eksenli kararları ve bu kararlara

unutulmamalıdır. Sert bir pozitivist yaklaşım anayasanın sözcükler yığına dönüşmesine yol açabilecekken, sözcüklerin tamamen gözardı edildiği ve değersizleştiği bir yaklaşım da yargının siyasallaşmasına yol açarak mahkemenin meşruiyetinin sorgulanır hale gelmesine sebep olabilir⁵⁹⁵. Aynı zamanda açıklanan durum yargı organı içerisinde keyfilik yaratabilir, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerini zedeleyebilir⁵⁹⁶. Ancak doğru seviyedeki yargısal aktivizm, soyut ve belirsiz hükümlerin güncel sosyal ve toplumsal ihtiyaçları karşılar biçimde yorumlanmasına olanak sağlayacaktır⁵⁹⁷. Buna karşılık aynı hükümlere yüklenen anlamların anayasayı ihdas edenlerin iradeleri ile çelişmesi neticesinde hakimler pozitif yasa koyucuya dönüşmektedirler⁵⁹⁸.

Sonuç olarak aktivizmin net bir tanımı olmadığı gibi onun tümünden meşru ya da gayrimeşru olduğu sonucuna varmak da mümkün değildir. Ayrıca aktivizmin tespiti oldukça sübjektif bir eylem olarak gözükmekte, gözlemcinin konumu ve bakış açısı eylemin aktivist olup olmadığına tespiti noktasında onu farklı sonuçlara götürmektedir. Buna karşılık yine de bilhassa temel hak ve hürriyetler hususunda pozitif hükümlerin lafının tamamen göz ardı edilmediği seviyede hak temelli yargısal aktivizm faydalı olabilir.

ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Küçük, Türkiye'nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, (s.424-439).

⁵⁹⁵ Osman Can, “Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler”, Anayasa Yargısı, 35-1 (2018), (s. 25).

⁵⁹⁶ Yancı Özalp, Türkiye'de Yargısal Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, (s. 26).

⁵⁹⁷ Korucu, Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu, (s. 129).

⁵⁹⁸ Küçük, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, (s. 297-298).

4. MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMÜ

Bu başlık altında devletin mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülükleri incelenecektir. Ancak ileride aktarılacak içtihatlarda da belirtildiği üzere AİHM ve AYM bazen açıkça pozitif yükümlülükler kavramını kullanmasa da, devletin bir takım aktif eylemlerde bulunmak zorunda olduğunu tespit etmektedir. Bu bağlamda çalışmamızın kapsamında açıkça pozitif yükümlülüklerden bahsedilmeyen ancak devletin aktif eylemini gerektiren somut örnekler de dahil edilmiştir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının usule dönük güvenceleri ile diğer hak ve hürriyetlerin usule dönük güvencelerinin bazı durumlarda ortak olabilmesi mümkündür. Bu yönüyle başka bir takım hakların usule dönük güvencelerinden de yararlanmış, aynı güvencelerin devlet tarafından mülkiyet hakkı bağlamında da sunulması gerektiği fikrinden hareketle çalışmaya dahil edilmiştir.

4.1. AİHS’te Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı AİHS’e 1952 yılında Paris’te eklenen 1’olu ek protokol ile dahil edilmiştir. İlgili ek protokolün 1. maddesine göre *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez⁵⁹⁹”*. Madde metni incelendiğinde aslında negatif bir yapıda kaleme alındığı, devlete açıkça pozitif yükümlülükler yüklediği tespit edilebilir. Gerçekten de ilgili metnin temel amacı mülkiyet hakkına devlet tarafından

⁵⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1’olu Protokolü’nün 1. Maddesi.

yapılabilecek ihlalleri önlemektir⁶⁰⁰. Metnin 3 temel kuralı ihtiva ettiği görülmektedir. Birinci cümle ile mal ve mülkün dokunulmazlığı ilkesini, ikinci cümle ile mülkiyetten yoksun bırakmayı ve son cümle ile mülkiyet hakkının kullanımının kontrol edilmesini güvence altına aldığı tespit edilebilir⁶⁰¹. Bu yönüyle ilk cümle mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkı bağlamında genel bir kural ihtiva etmekte, ikinci ve üçüncü cümle ise mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahalelerin özel biçimdeki iki şeklini düzenlemektedir⁶⁰². Öyle ise hakka yapılan müdahale, ikinci ya da üçüncü cümle kapsamına dahil edilemiyor ise ilk cümle bağlamında değerlendirilmektedir.

Sözleşme'nin 1950'de kabul edilen ilk halinde mülkiyet hakkına ilişkin bir güvence bulunmamaktadır. Hakkın metne dahil edilemeyişinin arkasında mülkiyet hakkının temelindeki yasal ve felsefi zorluklar ile politik ve ideolojik bölünmenin merkezinde bulunması sebep olmuş olabilir⁶⁰³. Gerçekten de AİHS'in hazırlık çalışmaları sırasında mülkiyet hakkının Sözleşme'ye dahil edilmesi hususunda genel bir kanı mevcuttur⁶⁰⁴. Ancak bir takım devletlerin mülkiyet hakkına yapabileceği keyfi müdahaleleri önlerken aynı zamanda sosyal politikalar izlemek isteyen devletlerin kamulaştırma eylemlerine engel olmayacak ortak bir normda uzlaşılması kısa zamanda mümkün olamamıştır⁶⁰⁵. Bu açıdan İngiltere ve İsveç, mülkiyet hakkının kendi kamulaştırma politikalarına zarar vereceğini düşünmekteydiler⁶⁰⁶. Neticede ilgili hakkın Sözleşme ile güvence altına alınabilmesi ancak iki yıl sonra imzalanan bir ek protokolle mümkün olabilmıştır. Ayrıca benimsenen madde oldukça negatif karakterli, devletlere açıkça bir pozitif yükümlülük getirmez biçimde kaleme alınmıştır.

⁶⁰⁰ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı-İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, Çev., Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Belçika: Avrupa Konseyi, 2007, (s. 10).

⁶⁰¹ Monica Carss-Frisk, The Right to Property-A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2001, (s. 32-33).

⁶⁰² Suat Şimşek, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 91 (2011), (s. 321).

⁶⁰³ Robertson, Dictionary of Human Rights, (s. 178).

⁶⁰⁴ Ed Bates, "The Birth of the European Convention on Human Rights-and the European Court of Human Rights", The European Court of Human Rights between Law and Politics, Der., Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen, Oxford: Oxford University Press, 2011, (s. 24).

⁶⁰⁵ Bates, "The Birth of the European Convention on Human Rights-and the European Court of Human Rights", (s. 24).

⁶⁰⁶ Harris & O'Boyle & Bates & Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick : Law of the European Convention on Human Rights, (s. 655).

AİHM'in mülkiyet hakkı ile ilgili olarak öncelikli incelediği husus somut olayda bir mülkiyet hakkının mevcut olup olmadığıdır. Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde "mal ve mülk" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Resmi metin olan İngilizce metinde ise "possessions" kavramı kullanılmaktadır. İlgili kelime İngilizce de sahip olunan şey manasına gelmektedir⁶⁰⁷. Fransızca resmi metin ise "biens" kavramını kullanmaktadır. Bu kavram da kişinin sahip olduğu varlığı ifade etmektedir⁶⁰⁸. Fransız Medeni Kanunu'da mülkiyet hakkı bağlamında aynı ifadeyi kullanmakta, ifade "bir fert veya topluluk tarafından sahiplenilebilen (temellüke elverişli) servet ve zenginliğin bir unsuru olan her nesne" anlamına gelmektedir⁶⁰⁹.

Mahkeme ise otonom (özerk) yorum yöntemi ile kavramı iç hukuktan bağımsız biçimde yorumlamakta⁶¹⁰, iç hukukta mülk olarak değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmaksızın bir takım varlık ya da eşya üzerinden kişilerin mülkiyet hakkının mevcut olduğunu tespit edebilmektedir. Bu yönüyle hisse, patent, tahkim kararları, emeklilik hakları, kira hakları gibi hususlar da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilmektedir⁶¹¹. Aynı zamanda taşınır mallar, taşınmaz mallar, maddi ya da gayri maddi varlığı bulunan mallar, fikri mülkiyet hakları mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilmektedir⁶¹². Benzer şekilde AİHM vermiş olduğu bir kararında devletin sosyal güvenlik hakkı bağlamında yapmış olduğu ödemelerin de mülkiyet hakkı ile güvence altına alındığını tespit etmiştir⁶¹³. İlgili davada Avusturya resmi makamları tarafından "acil yardım ödeneği" isimli ödeneğin işsizlik fonuna ödenen primler karşılığında hak kazanılan bir ödeme olmayıp, devletin kendi iradesi ile ihtiyacı olan kişilere yaptığı bir ödeme olduğu savunulsa da, AİHM parayla ölçülebilir nitelikteki bu ödemenin vergi borcu ya da primle bağlantısız olarak mülkiyet hakkı ile korunduğunu tespit etmiştir⁶¹⁴. Bir başka kararında ise Sözleşmedeki mal kavramının yalnızca maddi malları ifade etmediği,

⁶⁰⁷ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/possession>

⁶⁰⁸ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/french-english/biens>

⁶⁰⁹ Kemal Tahir Gürsoy, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, (s. 15).

⁶¹⁰ Gani Kamışlı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları, Ankara: Seçkin Hukuk, 2018, (s. 63).

⁶¹¹ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı-İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, (s. 8).

⁶¹² Harris & O'Boyle & Bates & Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights, (s. 656).

⁶¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Gaygusuz v. Avusturya Davası, Başvuru No: 17371/90, Karar Tarihi: 16 Eylül 1996.

⁶¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Gaygusuz v. Avusturya Davası, Başvuru No: 17371/90, Karar Tarihi: 16 Eylül 1996, (p. 38, 41).

otonom bir anlamının bulunduğu ifade edildikten sonra 11 yıl boyunca kiraladığı bir sinemayı işleten başvuruçunun müşteri çevresi üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu tespit edilmiştir⁶¹⁵.

Aynı zamanda mülkiyet hakkına dönük olarak meşru bir beklentinin mevcut olması da ilgili hakkın sağladığı korumalardan faydalanılması için yeterlidir. AİHM'e göre meşru beklenti “*sadece umuttan daha sağlam temellere, bir hukuk kuralına ya da katı biçimde benimsenmiş bir içtihadı dayanan beklenti*⁶¹⁶” biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak ilgili hak mülkü güvence altına alırken mülk edinme hakkına ilişkin bir güvence sağlamamaktadır. Dolayısıyla mevcut bir mülk ya da bu husustaki meşru bir beklentinin dışındaki hususlar maddenin sağladığı korumadan faydalanamayacaktır.

Devletlerin ilgili hak bağlamında pozitif yükümlülüklerinin Sözleşmedeki normatif kaynağını ise tıpkı diğer haklarda olduğu gibi Sözleşme'nin 1. maddesindeki “sağlama” yükümlülüğü oluşturmaktadır⁶¹⁷. Ancak daha önceden de ifade edildiği üzere Mahkeme güncel kararlarında 1. maddeye atıf yapmaksızın pozitif yükümlülükler ulaşmaktadır. Gemalmaz'a göre ilgili hak açısından pozitif yükümlülükler mülkiyet hakkının özel kişiler arasında etkili olmasını sağlamaktadır⁶¹⁸. Yazar'a göre ilgili hak maliğe dışlama yetkisi vermekte, dışlananın devlet olduğu ilişkilerde bu dışlama doğrudan biçimde gerçekleşirken, dışlananın diğer özel hukuk kişileri olduğu düzlemde dışlama devlet aracılığıyla dolaylı biçimde gerçekleşmektedir⁶¹⁹.

Mahkeme'nin mülkiyet hakkının yatay ilişkilerde de güvence altına alınmasına dair ilk kararı 1986 yılındaki *James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasıdır. Pozitif yükümlülükler herhangi bir atfın bulunmadığı bu kararda 1967 yılında bir yasa ile bazı kiracılara kiraladıkları evleri satın alma hakkı tanınması uyuşmazlığın temelini oluşturmaktadır. Bu yasa ile mülkiyet hakkına ilişkin müdahale ve ihlal özel hukuk kişileri tarafından yatay ilişkide meydana gelmekte, bu hususta yargısal ya da idari

⁶¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Iatridis/Yunanistan Kararı, Başvuru No 31107/96, 19 Ekim 2020, (p. 54).

⁶¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Althoff ve Diğerleri v. Almanya Davası, Başvuru No: 5631/05 Karar Tarihi: 8 Aralık 2011, (p. 39).

⁶¹⁷ Burak Gemalmaz , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul: Beta, 2009, (s. 418).

⁶¹⁸ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 418).

⁶¹⁹ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 418).

bir uygulama bulunmamaktadır⁶²⁰. Diğer bir ifade ile ortada kamu gücünü kullanan yargı ya da yürütme organının herhangi bir işlemi bulunmaksızın ihlal doğrudan yasanın yatay ilişkide uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme de öncelikle her ne kadar uyuşmazlığın genel bağlam gözardı edilmeksizin somut olay üzerinden incelenmesi gerektiğini vurgulasa da, olaydaki uyuşmazlığın yasanın kendisinden kaynaklandığından bahisle yasanın hükümlerinin sözleşmeye uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir⁶²¹. Neticede Mahkeme, sosyal adaletin sağlanmasının meşru bir amaç olduğu ve bu hususta devletlerin takdir marjının geniş olduğundan bahisle ilgili yasal düzenlemenin mülkiyet hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır⁶²². Görüldüğü üzere devletin aktif bir müdahalesi ya da eylemi bulunmasa dahi, yatay ilişkilerde mülkiyet hakkının ihlal edilebileceği ve bu husustan devletin sorumlu tutulabileceği tespit edilmiştir.

4.2. 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkı

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nın 35. maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Madde metni incelendiğinde “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*” ifadeleri ile tıpkı AİHS gibi negatif bir dile sahip olduğu görülebilir. Ancak ilgili madde daha önceden ifade edilen devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddedeki “gerekli şartları hazırlama” görevi ile birlikte yorumlanarak devletin pozitif yükümlülüklerine ulaşabilmektedir. AYM'nin güncel kararlarında ise pozitif yükümlülüklerin normatif dayanaklarına bu şekilde bir gönderme yapılmaksızın doğrudan devletin tıpkı negatif yükümlülükleri olduğu gibi pozitif yükümlülüklerinin de mevcut olduğu ön kabulü ile hareket edilmektedir.

Mahkemeye göre mülkiyet hakkı “*kişiyi başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerden yararlanma ve tasarruf olanağı verir*”⁶²³. Mahkeme aynı

⁶²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 8793/73, Karar Tarihi: 21 Şubat 1986, (p. 36).

⁶²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 8793/73, Karar Tarihi: 21 Şubat 1986, (p. 36).

⁶²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 8793/73, Karar Tarihi: 21 Şubat 1986, (p. 47).

⁶²³ Anayasa Mahkemesi'nin, Esas No: 2002/112, Karar No: 2003/33, Karar Tarihi: 10.04.2003.

zamanda vermiş olduğu bir başka kararı ile AİHM metni ile Anayasayı mülkiyet hakkı bağlamında kıyaslamıştır. Mahkemeye göre “*Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşmenin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa daha geniş manada mülkiyet hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabilceğini hüküm altına almaktadır. Her iki düzenlemenin üçüncü cümlelerinde ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa’nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşmeye Ek (1) numaralı protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak ‘mülkiyetin kullanımını kontrol’ yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedir*”⁶²⁴. AİHM’e göre mülkiyet hakkına müdahale için gereken kanunilik şartı bağlamında zorunlu olarak bir yasanın mevcut olması gerekmemektedir. Mahkemeye göre istikrarlı içtihatlar neticesinde gelişen ilkeler dahi kanunilik şartı bakımından yeterli görülebilmektedir⁶²⁵. Oysa bu noktada 1982 Anayasası açık biçimde kanuni bir düzenlemenin varlığını aramaktadır. Aynı zamanda yalnızca yasal bir düzenlemenin varlığı yeterli olmamakta, metin ve uygulama yönüyle de kanun öngörülebilir ve ulaşılabilir olmakla kanunun kalitesi kriterlerini karşılamalıdır⁶²⁶. Bu yönüyle 1982 Anayasasının AİHS’ten daha sıkı bir güvence sunduğu değerlendirilebilir. AİHS ise her ne kadar taraf devletlerden sözleşmeye uygun biçimde hareket etmelerini beklese de, ülke iç hukukunda sözleşmeden daha kapsamlı güvencelerin tesis edildiği durumlarda ülkelerin buna uygun hareket etmeleri gerektiğine işaret etmektedir⁶²⁷.

AYM tarafından genel olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalelere ilişkin bireysel başvurularda öncelikle müdahalenin tespiti ve onun kanunilik, kamu yararına dönük meşru amacı ve ölçülülük kriterleri bakımından değerlendirilmesi ile

⁶²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1301, Karar Tarihi: 30/12/2014, (p. 45-46).

⁶²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Malonei v. İngiltere Davası, Başvuru No: 8691/79, Karar Tarihi: 2/08/1984, (p. 66-68).

⁶²⁶ Anayasa Mahkemesi’nin, Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1301, Karar Tarihi: 30/12/2014, (p. 55).

⁶²⁷ Gerards, General Principle of the European Convention on Human Rights, (s. 69, 74).

gerçekleşmektedir. Bu yönüyle AYM'nin inceleme biçiminin de AİHM'e oldukça benzer olduğu tespit edilebilir⁶²⁸.

Mahkeme özel hukuk kişileri arasındaki hukuki uyuşmazlıkların bir dava ve devamında bireysel başvuruya taşınmasına ilişkin incelemelerini ise mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri üzerinden gerçekleştirmektedir. Esasen bu hususta *Sümbülefendi İlim ve Kültür Hizmet Derneği Başvurusu* oldukça önemlidir. İstanbul'da bulunan bir taşınmazın 3/20 hissesi bir vakfın mülkiyetindedir. Taşınmazın geri kalan hisselerinden bir kısmının başvurucuya satışı üzerine idare tarafından vakıf adına yasal önalım hakkı kullanılmış ve talep derece mahkemesi tarafından kabul olunmuştur. Somut olayda AYM, başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale oluşturan eylemin idarenin tek taraflı bir işlemi olmadığını, bu husustaki mahkeme kararı olduğunu tespit etmiştir⁶²⁹. Ancak devamında Mahkeme, her ne kadar müdahale yargı kararı ile gerçekleşse de, bu hususun “*otomatik olarak negatif yükümlülükler bağlamında değerlendirilemeyeceği*”, özel kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mahkeme kararının pozitif yükümlülükler açısından incelenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁶³⁰. Bu bağlamda AYM'ye göre derece mahkemesindeki davanın taraflarından biri her ne kadar idare olsa da, idare bir özel hukuk kişisi olan vakıf adına hareket ettiğinden uyuşmazlık özel hukuk kişileri arasındadır⁶³¹. Sonuç olarak AYM'ye göre her ne kadar dikey ilişkilerde yaşanan ihlaller negatif yükümlülükler kapsamında incelenirse de, özel hukuk kişileri arasında yaşanan ihlallere ilişkin yargı kararları devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında incelenmektedir. Aslında bu noktada Mahkeme'nin bir hususu pozitif yükümlülükler açısından değerlendirmeye tabi tutması için uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasında gerçekleşmiş olması gerekmektedir ve Mahkeme bu hususu ispat etmek zorunda değildir. Devletten beklenen edimin niteliğine göre yapılabilecek bir tasnif de bu hususta yeterli görülebilir. Pratikte ister yatay ilişkide ister dikey ilişkide ihlal meydana gelsin, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı bağlamında derece mahkemesi incelemesi neticesinde uyuşmazlıklar bireysel başvuruya konu

⁶²⁸ Cansu Dağ Bereket, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2020), (s. 487).

⁶²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, *Sümbülefendi İlim ve Kültür Derneği Başvurusu*, Başvuru No: 2019/16601, Karar Tarihi: 12/01/2022, (p. 31).

⁶³⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, *Sümbülefendi İlim ve Kültür Derneği Başvurusu*, Başvuru No: 2019/16601, Karar Tarihi: 12/01/2022, (p. 31).

⁶³¹ *Sümbülefendi İlim ve Kültür Derneği Başvurusu*, Başvuru No: 2019/16601, Karar Tarihi: 12/01/2022, (p. 33).

edilmektedir. Hal böyle olunca ‘içinde yargı kararı bulunan özel hukuk uyuşmazlıkları’ gibi bir tasnife de gerek bulunmamaktadır.

Mahkeme bir uyuşmazlığın mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri bağlamında değerlendirilmesine karar verdiğinde ise genellikle üç aşamalı bir sistematik benimsemektedir. İlk olarak AYM, somut olayda başvuru hakkını koruyan belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir yasal düzenlemenin ve altyapının mevcut olup olmadığını incelemektedir⁶³². Bu hususta örneğin mülkiyet hakkına müdahale bir özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmişse, bu kişinin yukarıda açıklanan nitelikleri haiz bir yasal düzenlemeye dayanması gerekmektedir. Bununla birlikte başvurucuya da örneğin sebepsiz zenginleşme hükümleri gibi yasal güvenceler ile giderim imkanı sağlayan yasal bir altyapı mevcut olmalıdır. Mahkeme’nin devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında değerlendirdiği ikinci husus başvuru hakkının “iddialara karşı etkin biçimde itiraz edebilme, iddialarını yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme hakkının var olup olmadığının⁶³³” araştırılmasıdır. İşte bu kriter, aslında mülkiyet hakkının usule dönük pozitif yükümlülükleri bağlamında diğer usuli güvenceler olan etkili başvuru hakkı ya da adil yargılanma hakkı ile ilgili yükümlülüklerin en çok benzeştiği ya da iç içe geçtiği noktayı oluşturmaktadır. Mahkeme’nin son kriteri ise somut olayda özel kişiler arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğidir⁶³⁴. Bu bağlamda uyuşmazlığın taraflarından birinin aşırı ya da olağandışı bir külfete maruz kalması, taraflar arasındaki adil dengenin bozulması suretiyle devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğurmaktadır.

4.3. Genel Olarak Mülkiyet Hakkının Pozitif Yükümlülükleri

Doktrinde Gemalmaz’a göre mülkiyet hakkıyla ilişkili olarak devletin pozitif yükümlülükleri yaşanabilecek ihlallerin ‘önlenmesi, durdurulması ve giderilmesi’ için gerekli olan hukuki mekanizmaların ve kurumların tesis edilmesidir⁶³⁵. Görüldüğü üzere bu koruma göreviyle bağlantılı olarak doktrinde ihlalin yatay ya da

⁶³² Örneğin: Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6/10/2022, (p. 50); Ayrıca Bknz. Anayasa Mahkemesi’nin, Bekir Yıldırım ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2019/13050, Karar Tarihi: 30/3/2022.

⁶³³ Örneğin: Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6/10/2022, (p. 50).

⁶³⁴ Örneğin: Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6/10/2022, (p. 50).

⁶³⁵ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 419).

dikey ekseninde meydana gelip gelmediği hususunda bir ayrıma gidilmemektedir⁶³⁶. Yine bununla beraber pratikte uygulama kabiliyeti bulunmayan yasaların ihdas edilmesi, ya da etkin bir pratik sistem mevcut olsa dahi yeterli koruyucu düzenleyici hükümlerin bulunmaması yine devletin yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelecektir. Devletin mülkiyet hakkı bağlamında bir diğer pozitif yükümlülüğü ise Yazar'a göre vatandaşların mülkiyet hakkına ulaşmasının ve yararlanabilmesinin temin edilmesidir⁶³⁷. Bu yönüyle değerlendirildiğinde aslında çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz Shue tarafından ifade edilen hakların yükümlülükler üzerinden tasnifi bağlamında devletin koruma ve yerine getirme (kolaylaştırma)(sağlama) yükümlülüklerinin Yazar tarafından mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülükler olarak değerlendirildiği ifade edilebilir. Ayrıca hemen belirtmek gerekirse Yazar'a göre devletin bu yükümlülükleri sonuç yükümlülüğü niteliğinde olmayan özen yükümlülüğü (önlem alma) biçimindedir⁶³⁸. Gerçekten de AİHM ve AYM içtihatlarında belirtildiği üzere çoğu zaman devletler bir sonucu temin edemediklerinden değil, makul biçimde kendisinden beklenen yükümlülükler hususunda ihmalleri bulunduğundan, diğer bir ifade ile özenli davranmadıklarından dolayı sorumlu tutulmaktadır.

Şimşek ise devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerini genel olarak *“hukuki çerçeve oluşturma ödevi, mülkün hem fiziken hem de değer olarak (enflasyon karşısında) korunması ve malikin zarar görmesinin engellenmesi ödevi, devletin malik aleyhine alacağı düzenleyici tedbirler ile mülkiyet hakkından beklenen önemli ölçüde kısıtlamaması gerektiğini dikte eden kullanma ve yararlanmayı sağlama ödevi, etkin bir soruşturma ve yargılama gerçekleştirme yükümlülüğü, tazminat ödeme yükümlülüğü, yargı kararının yerine getirilmesi yükümlülüğü”* biçiminde sıralamaktadır⁶³⁹.

AİHM 2008 yılında vermiş olduğu *Blumberga v. Litvanya* davasına ilişkin kararında genel olarak mülkiyet hakkı ile ilişkili pozitif yükümlülükleri sıralamıştır. Öncelikle Mahkeme'ye göre mülkiyet hakkının gerçekten ve efektif biçimde korunması için yalnızca negatif tutumunun yetersiz olduğu, bu bağlamda pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu ifade edildikten sonra *“başvurucunun devletten*

⁶³⁶ Selami Turabi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara: Seçkin Hukuk, 2017, (s. 937).

⁶³⁷ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 432).

⁶³⁸ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 443).

⁶³⁹ Şimşek, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (s. 710-717).

*hukuken bekleyebileceği önlemler ile mülkünden etkili biçimde yararlanma hakkının doğrudan bağlantılı olduğu durumlarda*⁶⁴⁰, pozitif yükümlülüklerin gündeme geleceğini vurgulamıştır. Devamında devletin mülkiyet hakkını korumaya muktedir hukuk sistemi sağlaması gerektiği, müdahaleye uğrayan kişilerin iddia ve savunmalarını etkin biçimde ortaya koyabileceği hukuksal çarelerin bu sistemde mevcut olması gerektiği tespit edilmiş, cezai bir karakter de taşıyan müdahalelerde (örneğin hırsızlık) efektif bir soruşturma ve gerekiyorsa kovuşturma ve cezalandırmanın gerçekleştirilmesi gerektiği devletin genel olarak pozitif yükümlülükleri arasında değerlendirilmiştir⁶⁴¹. Gerçekten de Mahkeme'ye göre devletin pozitif yükümlülüklerinin doğması için öncelikle ilgili yükümlülük ile haktan faydalanılması ya da hakkın korunması arasında doğrudan bir ilişki bulunması gerekmektedir⁶⁴². Aynı zamanda ilgili yükümlülüğün makul biçimde devletten beklenebiliyor olması da önemlidir.

AYM de vermiş olduğu bir kararında kendisinin ikincil pozisyonu karşısında derece mahkemelerin anayasaya uygun biçimde uyuşmazlıkları sonuca bağlamak hususunda birincil düzeyde sorumluluğunu hatırlattıktan sonra devletin usule dönük pozitif yükümlülüklerinin genel bir tanımını yapmıştır⁶⁴³. Mahkemeye göre mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunması için *“yapılan müdahalelere karşı usulî güvenceler sunan yargısal yolları da içeren etkili hukuksal bir çerçeve oluşturulması devletin yükümlülüklerinden biridir. Oluşturulan bu hukuksal çerçeve kapsamında yargısal ve idari makamların uyuşmazlıkların çözümünde etkili ve adil bir karar verilmesini temin etme sorumlulukları bulunmaktadır. Bu doğrultuda özellikle temel kanunlarda öngörülen dürüstlük ve iyi niyet kuralları, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel ilkeler ile bazı hâllerde olayın özelliklerine ve durumun gereklerine göre hâkime takdir yetkisi tanınması, uyuşmazlıkların çözümünde Anayasa'ya uygun yorum imkânı tanıyan söz konusu etkili hukuksal korumanın bir gereği olarak görülmelidir. Dolayısıyla ister özel kişiler arası isterse de taraflardan birinin kamu gücü olduğu uyuşmazlıklar olsun her durumda hâkimin*

⁶⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Blumberga v. Litvanya Davası, Başvuru No: 70930/01, Karar Tarihi: 14 Ekim 2008, (p. 65).

⁶⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Blumberga v. Litvanya Davası, Başvuru No: 70930/01, Karar Tarihi: 14 Ekim 2008, (p. 67).

⁶⁴² Benzer: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Botta v. İtalya Davası, Başvuru No: 21439/93, Karar Tarihi: 24 Şubat 1998, (p. 34).

⁶⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin, Mehmet Apaydın Başvurusu, Başvuru No: 2015/13099, Karar Tarihi: 8.1.2020, (p. 46).

*hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun bir biçimde yorumlaması ve yargı yetkisinin kullanımı çerçevesinde özellikle Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasını gözetmesi beklenmektedir.*⁶⁴⁴ Görüldüğü üzere Mahkeme'nin usule dönük güvenceler bağlamında temel önceliği hukuksal bir çerçevenin tesis edilmesidir. Ancak yalnız başına yasal düzenleme yeterli olmamakta, hem yargısal faaliyetlerin hem de idari uygulamaların bu uyuşmazlıkların çözümünde pratik ve efektif biçimde uyuşmazlığı çözüme bağlayabilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda kararda tıpkı daha önceden izah edilen dolaylı yatay etki teorisini tekrar eder biçimde, özel hukukun genel hükümlerinin yargıca takdir alanı tanıdığı ve bu takdirin anayasaya uygun biçimde kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda sızma noktaları yardımıyla anayasal ilke ve değerlerin özel hukuka taşındığı ve yargıcın (devletin) bunu yapmakla yükümlülük altında (pozitif) olduğu tespit edilebilir.

4.4. Yargı Kararının Yerine Getirilmesine İlişkin Pozitif Yükümlülükler

4.4.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında

AİHM'in mülkiyet hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda yargı kararının icra edilmeyişi hakkında oldukça fazla içtihadı mevcuttur. Esasen temelde yargı kararının icrası yargılama sürecinin bir parçası olarak adil yargılanma hakkının güvencesi altındadır. Hatta öğretide ve AİHM içtihatlarında yargı kararının icrasında yaşanan eksikliklerin adil yargılanma hakkını anlamsız hale getireceği ifade edilmektedir⁶⁴⁵. Buna karşılık yargı kararının icrasına ilişkin AİHM içtihatları incelendiğinde ilgili uyuşmazlıkların bir kısmında Mahkeme ilgili hususu yalnızca mülkiyet hakkı açısından incelemişken diğer kısmında mülkiyet ve adil yargılanma hakkı bağlamında inceleme yapmış, yine bunlar içerisinden bazı olaylarda ise etkili başvuru hakkı da bu incelemenin kapsamına alınmıştır.

⁶⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Mehmet Apaydın Başvurusu, Başvuru No: 2015/13099, Karar Tarihi: 8.1.2020, (p. 47).

⁶⁴⁵ Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law National*, (s. 492); Benzer: Gökhan Çayan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7-28 (2016), (s. 262); Ayrıca Bknz. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Hornsby v. Greece Davası*, Başvuru No: 18357/91, Karar Tarihi: 19 Mart 1997, (p. 40).

Örneğin bir olayda devlet ile özel hukuk kişisi arasında devam eden mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlık neticesinde özel hukuk kişisi tahliye edilmiş, devamında karar yüksek mahkemece bozulmuş ancak geçen on yıla rağmen karar icra edilememiştir⁶⁴⁶. AİHM olaya ilişkin olarak vermiş olduğu kararında mülkiyet hakkına ilişkin en önemli gerekliliğin müdahalenin hukuka uygun olması gerektiğini, aynı zamanda Sözleşme’de açıkça belirtilmese de hukuk devleti ilkesinin sözleşmeye mündemiç bir gereklilik olduğu ve devlete yargısal kararlara uyma yükümlülüğü yüklediğini tespit etmiştir⁶⁴⁷. Hal böyle olunca devletin yargı kararına uygun biçimde hareket ederek mülkü başvurucuya geri vermediğinden bahisle somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Devamında Mahkeme “*etkili başvuru hakkı ile mülkiyet hakkının koruduğu menfaatler bakımından bir farklılık bulunduğunu, etkili başvuru hakkının prosedürel güvenceler sağladığını, buna karşılık mülkiyet hakkına mündemiç olan prosedürel gerekliliklerin mülkiyet hakkından barışçıl biçimde yararlanılmasına saygı gösterilmesi gibi çok daha büyük bir amaca hizmet ettiğini*⁶⁴⁸” tespit etmiş ve her ne kadar başvurucunun işlettiği hukuki bir yol mevcut olsa da, somut olayda devletin karara uygun hareket etmediğinden bahisle başvuru yolunun etkililik prensibini sağlamadığından hareketle Sözleşme’nin 13. maddesinin de ihlal edildiği tespit edilmiştir. Ancak başvurucunun adil yargılanma hakkına ilişkin iddiaları somut olayın mülkiyet ve etkili başvuru hakkı bağlamında incelendiğinden bahisle ayrıca tartışılmamıştır.

Mahkeme bir başka davada ise yargı kararının icra edilmeyişinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini tespit etmiş, ancak etkili başvuru hakkına ilişkin ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek duymamıştır. Belediyede işçi olan başvurucuların İş Mahkemesi kararı uyanınca hak kazandıkları tazminat ve yasal gecikme faizinin idare tarafından ödenmemesine ilişkin somut olayda, borcun ödenmesinde yaşanan anormal gecikmenin alacaklıların mali durumunu bilhassa enflasyon da gözönünde bulundurulduğunda ciddi oranda belirsizleştirdiği⁶⁴⁹, bu bağlamda başvurucuların mülkiyet hakkının ihlal edildiği kaanatine varılmıştır. Ancak Mahkeme devamında

⁶⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Iatridis v. Yunanistan Kararı, Başvuru No: 31107/96, 19 Ekim 2000.

⁶⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Iatridis v. Yunanistan Kararı, Başvuru No: 31107/96, 19 Ekim 2000, (p. 58).

⁶⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Iatridis v. Yunanistan Kararı, Başvuru No: 31107/96, 19 Ekim 2000, (p. 66).

⁶⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Tütüncü ve Diğerleri v. Türkiye Davası, Başvuru No: 74405/01, Karar Tarihi: 18 Ekim 2005, (p. 26).

mülkiyet hakkına ilişkin vermiş olduğu kararı gözönünde bulundurarak ayrıca etkili başvuru hakkı üzerinden somut olayı inceleme gereği görmemiştir⁶⁵⁰. Görüldüğü üzere bir önceki örnekte adil yargılanma hakkı için ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemişken bu karar için etkili başvuru hakkı yönüyle ayrıca bir inceleme yapılmamıştır.

AİHM vermiş olduğu bir başka kararında ise somut uyuşmazlığın hem mülkiyet hem de adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Özel bir şirket ile Gürcistan Savunma Bakanlığı arasındaki uyuşmazlıkta şirket yargı kararı ile tespit edilmiş belirli bir tazminata hak kazanmış, ancak aradan geçen beş buçuk yıla rağmen şirkete herhangi bir ödeme yapılmamıştır⁶⁵¹. Mahkeme, kararın icrasının adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olmasından hareketle, onun icra edilmeyişinin adil yargılanma hakkını etkisizleştireceğine hükmetmiştir⁶⁵². Bütçe kaynaklarının limitli olmasının yargı kararının yerine getirilmemesine bir gerekçe olamayacağını tespit eden mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁵³. Devamında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öncelikli olarak hukuka uygun olması gerektiği, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin kararının icrasını da güvence altına aldığı tespit edilmiştir⁶⁵⁴. Neticede kararın icra edilmeyişinin, mülkiyet hakkı ile birlikte Sözleme'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkını da ihlal ettiğine kanaat getirilmiştir. Benzer bir diğer örnek ise *Fuklev v. Ukrayna* davasıdır. Başvurucu bir şirkette işçi olarak çalışmakta iken emekli olmuş, ancak hak ettiği ücretler kendisine ödenmemiştir. Devamında başvurucu tarafından bu hususta açılan davada mahkeme tarafından başvurucu lehine tazminata hükmedilmiş, ancak karardan bir yıl önce şirket iflas etmiştir. Tasfiye komisyonunun 5 yıl boyunca inaktif kalması dolayısıyla başvurusunun hak kazandığı tazminat kendisine ödenmemiş, enflasyon karşısında değer kaybına uğradığı iddiası ile açmış olduğu dava ise reddedilmiştir. Devlet şirketin özel bir şirket olması ve tasfiye komisyonunun devletten bağımsız biçimde

⁶⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Tütüncü ve Diğerleri v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 74405/01, Karar Tarihi: 18 Ekim 2005, (p. 31).

⁶⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Amat-G Ltd ve Mebaghisvili v. Gürcistan Davası*, Başvuru No: 2507/03, Karar Tarihi: 27 Eylül 2005

⁶⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Amat-G Ltd ve Mebaghisvili v. Gürcistan Davası*, Başvuru No: 2507/03, Karar Tarihi: 27 Eylül 2005, (p. 47).

⁶⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Amat-G Ltd ve Mebaghisvili v. Gürcistan Davası*, Başvuru No: 2507/03, Karar Tarihi: 27 Eylül 2005, (p. 47).

⁶⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Amat-G Ltd ve Mebaghisvili v. Gürcistan Davası*, Başvuru No: 2507/03, Karar Tarihi: 27 Eylül 2005, (p. 61).

hareket ettiği gerekçeleri ile somut olayda sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmiştir⁶⁵⁵. AİHM tarafından her ne kadar şirket devletten ayrı biçimde faaliyet gösteren özel bir şirket olsa da, yargı kararının icrası noktasında devletin pozitif yükümlülüklerinin olduğu hatırlatılmıştır⁶⁵⁶. Devamında Mahkeme, yargı kararının icrasının gecikmesiz biçimde sağlanabilmesi için hem yasal hem de uygulama boyutuyla etkili bir sistem inşa edilmesinin devletin pozitif yükümlülüklerinden olduğunu tespit etmiştir⁶⁵⁷. Bu bağlamda icra memurlarının 4 yıldan uzun süren hareketsizliğinin devletin 6. maddede güvence altına alınan adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak devletin icra prosedürü üzerindeki efektif kontrol göreviyle uyuşmadığı vurgulanmıştır⁶⁵⁸. Aynı zamanda başvuru sahibinin gecikmeden kaynaklanan zararlarını da tazmin ettiremediği gözönünde bulundurularak onun etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁵⁹ Son olarak davada, devletin iflas sürecinin iflas prosedürüne uygun biçimde gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlü olduğu tespit edilerek, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁶⁶⁰.

AİHM'in yargı kararının icra edilmeyişine ilişkin bir diğer yaklaşımı ise somut olayın mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından incelenmesine ilişkindir⁶⁶¹. Birazdan örneklendireceğimiz kararlarda AİHM açık biçimde devletin pozitif yükümlülüklerinden bahsetmemektedir. Ancak yargı kararının icrası hususunda adil yargılanma hakkı dışında mülkiyet hakkı bağlamında da ihlal kararı verilebilmesi, mülkiyet hakkının yorum suretiyle kapsamının genişletilebilmesi ve devletin mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülüklerinin de olduğu düşüncesi ile mümkün olabilmiştir. Öyle ise bu kararlarda her ne kadar pozitif yükümlülükler kavramsal olarak bulunmasa da, mülkiyet hakkının usule dönük güvenceleri sözkonusu olduğunda bunların devlete yalnızca negatif bir tutum takınması gereken yükümlülükler olduğunun düşünülmesi mümkün olamaz. Bu hususta *Immobiliare*

⁶⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Fuklev v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 71186/01, Karar Tarihi: 7 Haziran 2005, (p. 64-65).

⁶⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Fuklev v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 71186/01, Karar Tarihi: 7 Haziran 2005, (p. 67-68).

⁶⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Fuklev v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 71186/01, Karar Tarihi: 7 Haziran 2005, (p. 84).

⁶⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Fuklev v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 71186/01, Karar Tarihi: 7 Haziran 2005, (p. 86).

⁶⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Fuklev v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 71186/01, Karar Tarihi: 7 Haziran 2005, (p. 87).

⁶⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Fuklev v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 71186/01, Karar Tarihi: 7 Haziran 2005, (p. 89-93).

⁶⁶¹ Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Procomexim S.R.L. v. Romanya Davası, Başvuru No: 35877/05, Karar Tarihi: 27 Ekim 2009, (p. 32).

Saffi v. İtalya davası ise önemli bir örnektir. Somut olayda başvurucu özel şirket tarafından kiracısının tahliye edilmesine ilişkin yargıya başvurulmuş ve yerel mahkeme kararı ile başvurucunun kiracısının tahliyesine hükmedilmiştir. Ancak bu dönemde yürürlüğe giren bir yasa ile mahkeme tarafından verilen tahliye kararlarının kademelendirilerek icra edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre ancak belirli şartı taşıyan tahliye emirlerinin icrasında kolluk kuvvetinden faydalanılabileceği tespit edilmiş, ayrıca her ay mevcut tahliye emirlerinin yalnızca %30'unun icra edilebileceği düzenlenmiştir. Başvurucu şirket kolluk yardımı olmadığından toplamda 11 deneme gerçekleştirmesine rağmen kiracısını tahliye ettirememiş, bu sebeple mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. AİHM öncelikle başvurucu şirketin mülkiyet hakkına yasa ile yapılan müdahalenin amacını tespit ederek aynı anda pek çok kiracının tahliyesinin yaratacağı sosyal gerilim ve kamu düzeni üzerinde yaratabileceği tehlikeden bahisle müdahalenin meşru bir amacının bulunduğu kanaat getirmiştir⁶⁶². Devamında konut hakkı gibi refaha ve modern toplumun ekonomik politikaları ile yakından ilişkili hususlarda neyin kamu yararına hizmet ettiği ya da bireysel yarar ile kamu yararı arasında adil dengenin kurulup kurulmadığına ilişkin olarak devletlerin yasama organının takdir marjının bulunduğu ve Mahkeme'nin bu hususta devletlerin takdirine saygı duyacağı belirtilmiş, ancak açık biçimde makul gerekçeye dayanmayan hususlarda müdahalenin bu kapsamda değerlendirilmeyeceği ifade edilmiştir⁶⁶³. Devamında Mahkeme taraf devletlerin yasama organının ilgili yasa üzerinde takdir marjı bulursa da, bu yasanın ev sahipleri için prosedürel güvenceler getirmesi ve uygulamanın keyfi ya da öngörülemez sonuçlara yol açmaması gerekliliği karşısında ilgili yasanın teknik bir takım sebeplerle bazı yargı kararlarının pratikte hiç uygulanmamasına sebebiyet verebileceği tespit edilmiştir⁶⁶⁴. Neticede Mahkeme başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Devamında yargı kararının icrasına olağanüstü durumlarda ve istisnai hallerde devletlerin müdahale yetkisi bulursa da bu yetkinin kararları “geçersiz kılmak, ortadan kaldırmak, kararın özünü ortadan kaldırmak,

⁶⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Immobiliare Saffi v. İtalya Davası*, Başvuru No: 22774/93, Karar Tarihi: 28 Temmuz 1999, (p. 47-48).

⁶⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Immobiliare Saffi v. İtalya Davası*, Başvuru No: 22774/93, Karar Tarihi: 28 Temmuz 1999, (p. 49).

⁶⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Immobiliare Saffi v. İtalya Davası*, Başvuru No: 22774/93, Karar Tarihi: 28 Temmuz 1999, (p. 54).

gereksiz yere ertelemek” biçiminde kullanılamayacağı tespit edilerek adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁶⁵.

Bir diğer örnek ise yargı kararının icrasının mümkün olmadığı, diğer bir ifade ile imkansız olduğu durumlara ilişkindir. Somut olayda başvuru şirket, Demirbank isimli bankanın ana hissedarındır⁶⁶⁶. İlgili banka hakkında kaynaklarının taahhütlerini yerine getirmekte yetersiz olduğu gerekçesiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararıyla Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devrine karar verilmiş, ilgili karar Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Devamında başvuru şirket idari kararın iptali dolayısıyla durumun eski hale getirilmesi amacıyla idari makama başvurmuş, makam bankanın bir başka bankaya satıldığı, ticaret sicilinden terkin edildiği, durumun eski hale getirilmesinin imkansız olduğu gerekçesiyle kararı icra etmemiştir. Başvuru şirket mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Mahkeme öncelikle adil yargılanma hakkı bağlamında yapmış olduğu incelemede yargı kararının icrasında bazen aşılması imkansız hukuki ve fiili engellerle karşılaşabileceği, ancak bu durumda yine de taraf devletlerin iyi niyetle davranmaları, kişinin mağduriyetlerini giderecek diğer olası çözümleri denemeleri ve bilhassa tazminat ödenmesinin gerekebileceğini vurgulamıştır⁶⁶⁷. Somut olayda devletin yargı kararının icrasına dönük hiçbir eylemi bulunmadığından bahisle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Devamında AİHM mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öncelikle hukuka uygun olması gerektiği, diğer bütün gereklilikler ve bu bağlamda meşru amaç ya da orantılılık gibi ilkelerin ancak müdahalenin hukuka uygun olması şartıyla incelenebileceği, oysa somut olaydaki müdahalenin hukuka aykırı olduğundan bahisle mülkiyet hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁶⁸.

Yargı kararının icra edilmeyişinin mülkiyet ve adil yargılanma hakkı bağlamında incelendiği örneklerden bir diğeri ise taraf devletin fon yetersizliğini gerekçe göstererek kararın icrasından kaçındığı durumlara ilişkindir. Örneğin *Burdov v. Rusya* davasında başvuruçular Çernobil Nükleer Tesisi felaketinde görev almış ve

⁶⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Immobiliare Saffi v. İtalya* Davası, Başvuru No: 22774/93, Karar Tarihi: 28 Temmuz 1999, (p. 74).

⁶⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Cingilli Holling ve Cingilloğlu v. Türkiye* Davası, Başvuru No: 31833/06, 37538/06, Karar Tarihi: 21 Temmuz 2015.

⁶⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Cingilli Holling ve Cingilloğlu v. Türkiye* Davası, Başvuru No: 31833/06, 37538/06, Karar Tarihi: 21 Temmuz 2015, (p. 41).

⁶⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Cingilli Holling ve Cingilloğlu v. Türkiye* Davası, Başvuru No: 31833/06, 37538/06, Karar Tarihi: 21 Temmuz 2015, (p. 47-53).

radasyondan etkilenmiş kişilerdir⁶⁶⁹. Bu kişilerin facianın ardından sağlık durumları kötüleşmiş, bu kötüleşme ile radyasyon arasında bağlantı kurularak tazminata hak kazanmışlar ancak karar icra edilememiştir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede kararın icra edilmeyişinin adil yargılanma hakkını bir illüzyondan ibaret hale getireceğini ve sözleşmeciler devletlerin sözleşmeyi imzalarken saygı yükümlülüğü altına girdikleri hukuk devleti ilkesiyle bunun bağdaşmayacağını tespit etmiştir⁶⁷⁰. Devamında kaynak eksikliği dolayısıyla adil yargılanma hakkının özüne zarar vermeyecek ölçüde kararın icrasındaki gecikmelerin makul görülebileceği, ancak bu durumun yargı kararının hiç icra edilmemesi hususunda geçerli bir gerekçe olmadığı vurgulanmıştır⁶⁷¹. Bu bağlamda somut olayda başvuru hakkı kazandığı tazminata erişememesinden bahisle onun mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁷².

4.4.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında

AYM yargı kararının icra edilmemesine ilişkin başvuruları mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında incelemektedir. Örneğin kamulaştırmasız el atma sebebiyle malikin mülkiyet hakkının zarar gördüğü ve bu hususta derece mahkemesi tarafından tespit edilen kamulaştırma bedelinin ilama dayalı icra takibi neticesinde dahi ödenmemiş olduğu bir bireysel başvuruda AYM somut olayı mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında ayrı ayrı incelemiştir⁶⁷³. Bu davada Mahkeme tarafından öncelikle yargı kararının icrasının mahkemeye erişim hakkının⁶⁷⁴ (adil yargılanma hakkı) bir parçası olduğu tespit edilmiş, aksi durumda yargılamanın bir

⁶⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Burdov v. Rusya Davası, Başvuru No: 59498/00, Karar Tarihi: 7 Mayıs 2002; Benzer: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Prodan v. Moldova Davası, Başvuru No: 49806/99, Karar Tarihi: 18 Mayıs 2004; Benzer: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Mykhaylenky ve Diğerleri v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02, 42814/02, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004.

⁶⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Burdov v. Rusya Davası, Başvuru No: 59498/00, Karar Tarihi: 7 Mayıs 2002, (p. 34).

⁶⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Burdov v. Rusya Davası, Başvuru No: 59498/00, Karar Tarihi: 7 Mayıs 2002, (p. 35).

⁶⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Burdov v. Rusya Davası, Başvuru No: 59498/00, Karar Tarihi: 7 Mayıs 2002, (p. 38-40).

⁶⁷³ Anayasa Mahkemesi'nin, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711, Karar Tarihi: 3/4/2014.

⁶⁷⁴ Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak "yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli değildir; ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, uygulanamaz hale getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, "mahkemeye erişim hakkı" da anlamını yitirecektir." değerlendirmelerinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin, Ahmet Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2012/144, Karar Tarihi: 2/10/2013, R.g Tarih-Sayı 15/11/2013-28822, (p. 28).

anlamının kalmayacağı vurgulanmıştır⁶⁷⁵. Buna göre somut olayda yargı kararının icra edilmeyişinin adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verdiği ortaya konulmuştur⁶⁷⁶. Aynı zamanda AYM'ye göre mahkeme kararına dayanan icra edilebilir bir alacak mülkiyet hakkı kapsamında korunan ekonomik bir değer ifade ettiğinden, bu alacağın hiç ödenmemesi ya da ödenmesinde yaşanan uzun süreli gecikme ve belirsizlik mülkiyet hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verecektir⁶⁷⁷. Yine *Taner Evirgen Başvurusunda* da benzer şekilde tazminatın 1 yıl 8 ay geç ödenmesinin tazminatın oluşturduğu ekonomik değer gözönünde bulundurularak mülkiyet hakkının ve mahkemeye erişim hakkının (adil yargılanma hakkı) ihlaline yol açtığı tespit edilmiştir⁶⁷⁸.

Yargı kararının hiç icra edilmemesi ve geç icra edilmesi hususlarına ilişkin olarak *Arman Mazman*⁶⁷⁹ başvurusu ise oldukça önemlidir. Somut olayda başvuru kamulaştırmasız el atma gerekçesiyle tazminata hak kazanmış, ilgili bedele ilişkin icra takibi 2942 sayılı Kanun'daki kamu mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hükümler dolayısıyla sonuçsuz kalmıştır. Başvurucu devamında AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuş, bu hususta AYM tarafından bir karar verilmeden başvuru ile borçlu idare arasında bir ibra sözleşmesi yapılarak alacak tahsil edilmiştir. AYM "*başvuru konusunun mahkeme kararıyla elde edilmiş ve bir kamu kurumunun ödemesi gereken belli bir miktar tazminat olması durumunda mağdurluk statüsünün kaybı için bu bedelin tamamının ödenmesi ve ödemenin gecikmesine ve enflasyona bağlı hissedilir derecede değer kaybının bulunmaması gerekir. Bunun yanında tazminat ya da başvurunun taleplerinin anlaşma ile karşılanması da, mağdurluk statüsünün belirlenmesine etki eder. Zira kamu idaresinin başvuruyla yaptığı anlaşma ile borcun tamamını faiziyle birlikte ödemesi durumunda başvurunun önceki borçtan olumsuz etkilenme olasılığı kalmamaktadır*⁶⁸⁰" tespiti ile ve başvurunun tahsil ettiği tazminat dolayısıyla mağduriyetinin tamamen

⁶⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711, Karar Tarihi: 3/4/2014, (p. 41).

⁶⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711, Karar Tarihi: 3/4/2014, (p. 53).

⁶⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711, Karar Tarihi: 3/4/2014, (p. 55-75).

⁶⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Taner Evirgen Başvurusu, Başvuru No: 2014/17420, Karar Tarihi: 19/4/2017.

⁶⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Arman Mazman Başvurusu, Başvuru No: 2013/1752, Karar Tarihi: 26.6.2014.

⁶⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Arman Mazman Başvurusu, Başvuru No: 2013/1752, Karar Tarihi: 26.6.2014, (p. 42-43).

giderildiğinden bahisle onun mağdurluk sıfatının devam etmediğine (kişi yönünden yetkisizlik) karar vermiştir. Oysa başvuru her ne kadar idare tarafından ödeme yapılsa da, somut olayda mülkiyet hakkı yönünden bir hak ihlali yaşandığını ve kendisinin bu sebeple tazminata hak kazandığını savunmaktadır⁶⁸¹. Kararın devamında adil yargılanma hakkına ilişkin iddiaların değerlendirildiği bölümde AYM kesinleşen mahkeme kararının 9 ay içerisinde icra edilmiş olması dolayısıyla somut olayda adil yargılanma hakkının da ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁶⁸². Kararın ilginç olan yönü AYM'nin yargı kararının icrası bağlamında mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkı arasındaki sınırları berraklaştırma girişimidir. Aslında Mahkeme karar geç icra edilmiş olsa da, bir kere icra edildiğinden başvuru maddi bir mağduriyetinin kalmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı yönünden başvuru mağdurluk sıfatının devam etmediğine karar vermiştir. Ancak olayı geç icra edilme iddiası dolayısıyla adil yargılanma hakkı açısından incelemeye devam etmiştir. Oysa somut olay yargı kararının hiç icra edilmemesine ilişkin olsaydı, o durumda tıpkı önceki kararlarda ifade edildiği gibi muhtemelen hem mülkiyet hem de adil yargılanma hakkı bağlamında bir inceleme yapılacaktı. Bu açıdan AYM için kararın geç de olsa icra edilmiş olması ile hiç icra edilmemiş olması, incelemenin yalnızca mülkiyet hakkı üzerinden mi gerçekleşeceği, yoksa hem mülkiyet hakkı hem de adil yargılanma hakkı bağlamında mı değerlendirileceği hususunda önemli bir kriterdir.

4.5. Makul Sürede Yargılanma ve İcra Prosedüründe Yaşanabilen Gecikmelere Dair Yükümlülükler

Aslında makul sürede yargılanma hakkı da adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak yargılamanın sürüncemede bırakılmamasını güvence altına alan bir haktır⁶⁸³. Bu husus AİHS 6. maddesinde de açık biçimde düzenlenmiştir. Benzer şekilde 1982 Anayasası'nın 141. maddesi de davanın mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını hususunda yargı organını görevlendirmiştir. Yargı içtihatlarının da mülkiyet hakkıyla ilişkili dahi olsa, makul sürede yargılanmaya ilişkin şikayetleri

⁶⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin, Arman Mazman Başvurusu, Başvuru No: 2013/1752, Karar Tarihi: 26.6.2014, (p. 34).

⁶⁸² Anayasa Mahkemesi'nin, Arman Mazman Başvurusu, Başvuru No: 2013/1752, Karar Tarihi: 26.6.2014, (p. 76).

⁶⁸³ Öznur Akyol Bulut, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara: Gazi Kitabevi, 2020, (s. 54);

mülkiyet hakkının usuli güvencelerinden ziyade adil yargılanma hakkı bağlamında incelediği görülmektedir. Hatta AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının bir parçası olarak; adil, hızlı ve aleni bir yargılamayı güvence altına almaktadır⁶⁸⁴.

Zanghi v. İtalya davası bu hususta önemli bir örnektir. Somut olayda başvuru bay Zanghi'nin komşusu bir duvar inşa ettirmekte ve bu duvar dolayısıyla Zanghi'nin mülkünden deniz görülememektedir. Bu hususta açılan davanın yıllarca sonuçlanmaması sebebiyle başvuru hem mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkının, hem de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede adil yargılanma hakkı bağlamında herkesin makul bir sürede yargılanması gerektiğini ve taraf devletlerin bunu mümkün kılacak bir yargı sistemi sunmakla yükümlü olduğunu tespit etmiştir⁶⁸⁵. Buna göre ilgili davanın 9 yıl sürmesi başvuru hakkının adil yargılanma hakkını ihlal etmiştir. Ancak arz edilen gerekçe dolayısıyla başvuru hakkının mülkiyet hakkı bağlamındaki şikayetin incelenmesine gerek görülmemiştir⁶⁸⁶.

Ancak bu husustaki *Joannou v. Türkiye* davası farklı bir bakış açısını yansıtmaktadır. Başvuru 1974 yılındaki Kıbrıs Barış Harekatı neticesinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde yer alan taşınmazları için Taşınmaz Mal Komisyonu'na tazminat talebiyle başvurmuştur. Bu komisyona başvuru gerekirse daha sonraki aşamada dava açılması için tüketilmesi gereken bir başvuru yoludur. Başvuru, mülkiyet hakkı bağlamında tazminata ulaşılabilmesi amacıyla başvurulması gereken bu yolun uzun, sürüncemeli ve etkisiz bir yol olduğundan yakılarak mülkiyet, adil yargılanma ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Mahkeme ise somut uyuşmazlığın başvuru hakkının mülkü karşılığında tazminata erişememesi olduğundan bahisle davanın yalnızca mülkiyet hakkı yönüyle inceleneceğine karar vermiştir⁶⁸⁷. Devamında Sözleşme'nin 1. maddesine de atıf yapılarak mülkiyet hakkının devletlere pozitif yükümlülükler de yükleyebileceği

⁶⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Golder v. Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 4451/70, 21 Şubat 1975.

⁶⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Zanghi v. İtalya Davası*, Başvuru No: 11491/85, Karar Tarihi: 19 Şubat 1991, (p. 21).

⁶⁸⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Zanghi v. İtalya Davası*, Başvuru No: 11491/85, Karar Tarihi: 19 Şubat 1991, (p. 23); Benzer: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Molin İnşaat v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 38424/97, Karar Tarihi: 11 Ocak 2005.

⁶⁸⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Joannou v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017, (p. 57).

hatırlatılmıştır⁶⁸⁸. Ardından AİHM başvurusunun Taşınmaz Mal Komisyonuna (TMK) ilişkin şikayetlerini iki başlık altında toplamıştır. Bunlardan ilki başvurusunun TMK önündeki devam eden prosedüre efektif biçimde katılmadığı, bu hususta yeterli imkanların bulunmadığına ilişkin şikayetlerdir. Bu bağlamda AİHM, TMK'nın İngilizce ve Türkçe hizmet verdiğini ve tercüman hizmetinin de bulunduğunu tespit etmiştir⁶⁸⁹. Aynı zamanda başvurusunun ilgili prosedür sırasında avukatla temsil edildiği, gerekli belgelere ulaşabildiği ifade edilmiştir⁶⁹⁰. Başvurusunun ikinci şikayeti ise prosedürün sürüncemede kaldığı ve 2008 yılından beri devam ettiğine ilişkindir. Bu hususta yaklaşık 9 yıllık gecikme Mahkeme tarafından aşırı olarak nitelendirilmiş, bu durumun mülkiyet hakkının sağladığı efektif güvenceye ciddi biçimde zarar verebileceği tespit edilmiştir⁶⁹¹. Neticede TMK'nın tazminat talebi hakkında tutarlı, özenli ve hızlı biçimde hareket etmediğinden bahisle başvuranın mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Görüldüğü üzere tazminat prosedüründe yaşanan gecikme Mahkeme tarafından mülkiyet hakkı bağlamında incelenmiş, prosedür içerisindeki usuli gereklilikler olan dil, tercüman, avukatla temsil, prosedürün uzunluğu gibi hususların tamamı mülkiyet hakkı bağlamında incelenmiştir. Hatta bu durum kararın mutabık oyunda yargıç Karakaş tarafından da eleştirilmiş, davanın adil yargılanma hakkı açısından incelenmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir⁶⁹². Yargıç'a göre 6. maddede güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının komisyona uygulanmaması, diğer bir ifade ile anılan güvencenin yalnızca yargı safhasında uygulanması, güvenceyi tamamen TMK'nın kararına bağımlı hale getirecektir. Öyle ise AİHM'e göre her ne kadar makul sürede yargılanma hakkı adil yargılanma hakkı (M.6) bağlamında incelense de, devletin pozitif yükümlülükleri karşısında mülkiyet hakkının usuli gerekleri de önemli bir güvence sağlamaktadır. Hal böyle olunca başvuru yollarına ilişkin pek çok usuli güvence mülkiyet hakkı açısından

⁶⁸⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Joannou v. Türkiye Davası, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017, (p. 88).

⁶⁸⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Joannou v. Türkiye Davası, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017, (p. 92).

⁶⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Joannou v. Türkiye Davası, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017, (p. 92).

⁶⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Joannou v. Türkiye Davası, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017, (p. 94).

⁶⁹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Joannou v. Türkiye Davası, Başvuru No: 53240/14, Karar Tarihi: 12 Aralık 2017, Yargıç Karakaş'ın Mutabık Oyu.

incelenilmekte, bir prosedürün uzunluğu ya da sürüncemede kalması mülkiyet hakkının ihlaline yol açabilmektedir.

Yargılamanın ve devamında verilen kararın icrasının makul süre içerisinde gerçekleştirilebilmesine ilişkin olarak AYM'nin tutumu da AİHM'e benzerdir. Tıpkı *Güher Ergun ve Diğerleri* başvurusunda olduğu gibi yargılamanın başladığı tarihten⁶⁹³ kararın icrasına kadar⁶⁹⁴ geçen süre içerisinde yaşanabilecek gecikmeler adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olan ve ayrıca 1982 Anayasası 141. maddesinde de münhasıran düzenlenen⁶⁹⁵ makul sürede yargılanma hakkı bağlamında incelenmektedir⁶⁹⁶. Ayrıca Mahkeme'nin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak ciddi bir içtihat birikimi olduğu, bu hususta kriterler koyduğu ve öngörülebilirlik ile hukuki belirlilik yönünden etkin kararlar verdiği değerlendirilebilir. “*Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların yargılama sırasındaki tutumu, dava malzemelerinin (maddi vakıalar ve ispat araçları) ve uygulanacak hukukun karmaşıklığı, yapısal sorunlar ve organizasyonel eksiklikler, başvuru için hukuki korumanın bir an önce sağlanabilmesindeki menfaati*⁶⁹⁷” gibi hususlar AYM tarafından makul sürenin tespitinde dikkat edilmesi gereken kriterler olarak sıralanmaktadır.

Ancak tıpkı AİHM'in yargılama ya da icra prosedüründeki gecikmelere ilişkin *Joannou v. Türkiye* davasında olduğu gibi AYM'nin de genel trend olan adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkı bağlamında yapmış olduğu incelemeden farklı biçimde mülkiyet hakkı açısından değerlendirmeler yaptığı da görülmektedir. AYM önüne gelen konumuza ilişkin bir bireysel başvuruda, başvurunun taşınmazı hakkında verilen ihtiyati haciz kararının 10 yıl 3 ay boyunca devam etmiş olması sebebiyle başvuru mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir⁶⁹⁸. Bu olayda AYM öncelikle başvurunun makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikayetleri hakkında etkin bir

⁶⁹³ Anayasa Mahkemesi'nin, Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, Karar Tarihi: 2/7/2013, (p. 50).

⁶⁹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, Karar Tarihi: 2/7/2013, (p. 52).

⁶⁹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, Karar Tarihi: 2/7/2013, (p. 39).

⁶⁹⁶ Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Sino Kaya ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/3839, Karar Tarihi: 19/6/2014.

⁶⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, Karar Tarihi: 2/7/2013, (p. 41-45).

⁶⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629

mekanizma olan tazminat komisyonuna başvuru yolu tüketilmediğinden bahisle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Ancak kararın devamında AYM ihtiyati haczin uzun sürmesini mülkiyet hakkı açısından incelemiştir. Buna göre başvuru ihtiyati haczin haksız olduğundan ve uzun sürdüğünden şikayet etmekte ise; bu hususta başvurabileceği, şikayetinin incelenebileceği, etkili ve objektif biçimde sonuca ulaşabileceği bir mekanizmanın mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁹⁹. Bu bağlamda 2004 sayılı yasa'nın 259. maddesine göre başvuru ihtiyati hacizden doğan zararları için haczi isteyen alacaklı aleyhine açabileceği davanın mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ardından açılacak bu yönde bir dava “*ihiyati haciz süreci ile ilgili mülkiyet hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerinin bir unsuru*⁷⁰⁰” olarak tespit edilmiştir. Ancak somut olaydaki 2004 sayılı Yasa'nın 259. maddesi ile güvence altına alınan tazminat yolunun yalnızca yargılama sonucunda lehine tedbir konulan kişinin (alacaklı) haksız çıkması ve tedbir sebebiyle bir zararın oluşması durumunda etkin bir koruma sağladığı, oysa somut olayda başvuru lehine ihlalin sonuçlarını giderici etkili bir hukuki yol sağlamadığı tespit edilmiştir⁷⁰¹. Öyle ise başvuru aleyhine başvuru yollarının tüketilmediğinden bahisle kabul edilemezlik kararı verilemeyecektir. Buna göre Mahkeme her ne kadar devam eden dava ile ilgili olarak konulan ihtiyati haczin hukuka uygun olup olmadığını değerlendiremeyecekse de, ihtiyati haczin uzun süre devam etmesi ve bu hususta başvurucuyu koruyan etkin bir hukuki mekanizmanın da mevcut olmaması sebebiyle bu hususun bireysel başvuruya konu edilebilmesini mümkün görmüştür⁷⁰². Kararın devamında AYM devletin mülkiyet hakkının gerçekten korunabilmesi için pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu hatırlatmış, “*Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde -özel kişiler arası uyumsuzluklar ile ilgili olsun*

⁶⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 58).

⁷⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 61).

⁷⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 62).

⁷⁰² “Başvurucu, haksız ve hukuka aykırı olarak ihtiyati haciz kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de başvuru temel iddiasının ihtiyati haciz kararı verilmesi ve bu sürecin uzun sürmesi üzerine mülkiyetinden yararlanma ve tasarruf etme yetkisinin kısıtlanması nedeniyle mülkiyet hakkı ile ilgili olduğu anlaşılmış; başvuru bu iddiasının bir bütün hâlinde mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.” Anayasa Mahkemesi'nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 66).

ya da olmasın- yargı kararlarının uygulanması ve kişilerin alacaklarına kavuşması bakımından etkili bir icra sistemi kurma sorumluluğu bulunmaktadır⁷⁰³” tespitinde bulunmuştur. Mahkemeye göre bir tarafta alacaklının mülkiyet hakkına dayanan bir alacak (mahkeme kararına dayalı olarak icra edilebilir), diğer tarafta ise borçlunun hazcedilerek satılması öngörülen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Buna göre tarafların mülkiyet hakkının çatıştığı bu gibi durumlarda devletin “bir yandan alacaklının mülkiyet hakkında bulunan alacağına kavuşması için etkin bir icra yolunun oluşturulması, diğer yandan da icradan etkilenen borçlu ve diğer ilgili kişilere, mülkiyet haklarına yapılan müdahalelerin keyfi veya hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilmeleri için etkin biçimde itiraz edebilme olanağının tanınması gerekmektedir⁷⁰⁴”. Somut olayda taşınmaz üzerine koyulan ihtiyati haciz ile makul olan süreyi aşan biçimde (10 yıl 3 ay) malikin taşınmaz üzerindeki ekonomik ve hukuki tasarruflarının önemli ölçüde kısıtlandığını tespit eden ve bu hususta başvurucunun zararını giderim yolunun da mevcut olmadığını ifade eden Mahkeme, başvurucuğun aşırı ve olağandışı bir külfete maruz kaldığını tespit etmiştir. Sonuç olarak devletin mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerini tam ve etkin biçimde yerine getirmediğinden hareketle başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere mahkeme yargı kararının icrası hususunda etkili bir icra sisteminin kurulmasını devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinden birisi olarak değerlendirmiştir. Bu çıkarım neticesinde icra prosedüründe yaşanacak gecikmeler ya da eksikliklerin mülkiyet hakkı bağlamında incelenebilmesine olanak tanınmıştır.

4.6. Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak *Blumberga v. Litvanya* davası AİHM’in bakış açısını yansıtmaları açısından önemlidir. Litvanya vatandaşı olan başvurucu polis tarafından tutuklanmış, bu süreç

⁷⁰³ Anayasa Mahkemesi’nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 71).

⁷⁰⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, Hesna Funda Baltalı Ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2014/17196, Karar Tarihi: 25/10/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2018-30629, (p. 72).

içerisinde başvurucuya ait iki evde de hırsızlık yaşanmıştır. Litvanya devleti özel kişiler tarafından gerçekleştirilen hırsızlık eyleminden kendisinin sorumlu olmadığını savunmaktadır. Oysa Litvanya Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklu kişinin evinin hakim ya da savcı kararıyla korunmasını emretmektedir. AİHM'e göre somut olaydaki gibi özel kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallerde (başvurucunun mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkı bir başka özel kişi tarafından ihlal ediliyor) devletin pozitif yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır⁷⁰⁵. Buna göre devlet cezai bir karakter de taşıyan müdahalelerde efektif bir soruşturma ve kovuşturma yapmakla görevlidir. Ancak Mahkeme bu noktada belirli hakların ihlal edildiğine ilişkin iddiaların diğerlerine göre daha öncelikli biçimde soruşturulabileceğini ifade etmiş, bu hususta örneğin yaşam hakkına ilişkin ihlal iddialarının soruşturulmasının mülkiyet hakkına öncelenebileceğini tespit etmiştir⁷⁰⁶. Bu yönüyle mülkiyet hakkına ilişkin olarak devletin yeterli soruşturmayı yapmadığı ve pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiası Mahkeme'ye göre ancak açık ve ciddi bir eksiklik mevcutsa kabul edilebilir⁷⁰⁷. Yine Mahkeme'ye göre her durumda cezai bir soruşturmanın yapılması da gerekmemektedir. Özellikle hukuk davasının sonucunun ceza davasına bağlı olmadığı durumlarda hukuki çözümün yeterli giderimi sağlaması şartıyla cezai süreç işletilmese dahi devlet yükümlülüklerini tam biçimde yerine getirmiş sayılabilir⁷⁰⁸. Neticede AİHM somut olayda açık bir eksiklik bulunmadığından ve başvurucunun hukuk davası yoluyla da mağduriyetini giderebileceğinden bahisle somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. O halde bu kararın mefhumu muhalifinden hareketle mülkiyet hakkına ilişkin bir müdahalenin cezai karakter içerdiği durumlarda etkili bir soruşturmanın yapılmamasındaki açık eksiklikler, devletin mülkiyet hakkı açısından pozitif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelebilir. Bu bağlamda etkili bir soruşturma yükümlülüğü, mülkiyet hakkının ihlali ile ilişkilidir.

AYM de konumuz açısından AİHM kararlarına benzer görüşlere sahiptir. Somut olayda Mersin'de bir para çekme ve yatırma makinesini kullanan başvurucu,

⁷⁰⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Blumberga v. Litvanya Davası*, Başvuru No: 70930/01, Karar Tarihi: 14 Ekim 2008, (p. 67).

⁷⁰⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Blumberga v. Litvanya Davası*, Başvuru No: 70930/01, Karar Tarihi: 14 Ekim 2008, (p. 67).

⁷⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Blumberga v. Litvanya Davası*, Başvuru No: 70930/01, Karar Tarihi: 14 Ekim 2008, (p. 67).

⁷⁰⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Blumberga v. Litvanya Davası*, Başvuru No: 70930/01, Karar Tarihi: 14 Ekim 2008, (p. 67).

bu esnada cüzdanını makinenin üzerinde unutmuştur. Kısa bir süre sonra cüzdanını unuttuğunu farkeden başvuru cihazın bulunduğu yere geri dönmüş, ancak eşyasını bulamamıştır. Devamında bankanın güvenlik görevlisine durumu izah etmiş ardından polise başvurmuştur. Başvuru kolluk görevlilerinin yeterli inceleme ve araştırma yapmadığından şikayet etmekte, etkili soruşturma yapılmadığından bahisle mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. AYM tarafından yapılan değerlendirmede “başvurucunun mülküne yönelik olarak işlendiğini belirttiği bir suç nedeniyle yürütülen ceza soruşturmasının etkili olmadığı iddiası esas itibarıyla mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri ile ilgili olduğundan başvuru şikâyetinin mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği⁷⁰⁹” tespit edilmiştir. Buna göre devlet mülkiyet hakkına ilişkin olarak gerçekleşen yatay ihlallerde etkili ve özenli bir soruşturma yapmakla yükümlüdür, bu özenin derecesi ise somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir⁷¹⁰. Devamında Mahkeme tıpkı *Blumberga v. Litvanya* davasında AİHM’in yapmış olduğu gibi bir takım haklara ilişkin olarak (yaşam hakkı) yapılacak soruşturmadaki özen seviyesinin diğer haklara kıyasla farklı olacağını vurgulamıştır⁷¹¹. Sonuç olarak AYM tarafından somut olayda ciddi bir eksiklik bulunmadığı, devletin pozitif yükümlülüğünün sonuç yükümlülüğünden ziyade usule ilişkin bir yükümlülük olduğu gerekçeleriyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

4.7. Devletin Yükümlülüklerine İlişkin Üç Aşamalı Test ve Yeterli Gerekçe

AYM özel kişiler arasındaki mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıkların bireysel başvuruya konu edildiği durumlarda üç aşamalı bir analiz metodu kullanarak somut olayı devletin yükümlülükleri açısından değerlendirmektedir. Örneğin muris muvazaası nedeniyle tapu iptali ve tescili davası neticesinde bireysel başvuruya konu edilen bir olayda AYM, öncelikle yasal altyapının mevcudiyetini araştırmış, bu bağlamda mirasçılarının mahfuz hisselerine karşı yapılan müdahalelerden onları

⁷⁰⁹ Anayasa Mahkemesi’nin, Abdulvahap Taşkın Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/16840) Karar Tarihi: 24/5/2018 R.G. Tarih Ve Sayı: 19/6/2018-30453, (p. 44).

⁷¹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin, Abdulvahap Taşkın Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/16840) Karar Tarihi: 24/5/2018 R.G. Tarih Ve Sayı: 19/6/2018-30453, (p. 50).

⁷¹¹ Anayasa Mahkemesi’nin, Abdulvahap Taşkın Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/16840) Karar Tarihi: 24/5/2018 R.G. Tarih Ve Sayı: 19/6/2018-30453, (p. 50).

koruyan hukuki tedbirlerin mevcut olduğunu tespit etmiştir⁷¹². Mahkeme ikinci olarak somut olayda başvurucuların ihlale ilişkin olarak etkin biçimde itiraz edebilme, iddia ve savunmalarını yetkili makamlar önünde ortaya koyabilme imkanının bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir⁷¹³. Bu hususta başvurucuların muris muvazaası iddiası ile dava açabildikleri, derece mahkemesinin kararında açık ve bariz bir takdir hatası ya da keyfiliğin bulunmadığı ve yeterli gerekçenin de mevcut olduğu tespit edilmiştir⁷¹⁴. Mahkeme'nin üçüncü ve son olarak incelediği husus yargı kararı ile taraflardan biri aleyhine olağanüstü ve aşırı bir külfetin yüklenip yüklenmediği, diğer bir ifade ile mülkiyet hakkına ilişkin olarak tarafların menfaatinin mümkün olduğunca dengelenip dengelenmediği hususudur⁷¹⁵. Mahkeme'ye göre taraflardan biri aleyhine aşırı ve olağanüstü bir külfetin yüklenmesi devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir⁷¹⁶.

Bir başka somut olay ise başvuru aleyhine başlatılan icra takibi neticesinde ödeme yaptığı bedelin icra takibinin haksız olduğunun anlaşılması üzerine on yılın ardından nemalandırılmaksızın başvurucuya geri verilmesi neticesinde onun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir. AYM öncelikle somut olayda özel kişiler arasında bir uyuşmazlık gerçekleştiğini tespit etmiş ve bu bağlamda olayın mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri açısından inceleneceğini ifade etmiştir⁷¹⁷. Bu kapsamda bir özel kişinin diğerinin mal varlığından haksız yere faydalanması durumunda mağdura giderim sağlanmasının devletin yükümlülüğünde olduğu fikrinden hareketle Mahkeme öncelikle somut olayda başvurucuyu koruyan ve ona giderim imkanı sağlayan yasal düzenlemelerin mevcut olup olmadığını incelemiş, başvurucunun sebepsiz zenginleşme hükümlerinden faydalanabileceğini tespit etmiştir⁷¹⁸. İkinci olarak yine başvurucunun iddia ve savunmalarını etkin biçimde ortaya koyabilme imkanının olup olmadığı araştırılmış, bu noktada başvurucunun

⁷¹² Anayasa Mahkemesi'nin, Bekir Yıldız ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2019/13050, Karar Tarihi: 30.03.2022, (p. 46).

⁷¹³ Anayasa Mahkemesi'nin, Bekir Yıldız ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2019/13050, Karar Tarihi: 30.03.2022, (p. 47-49).

⁷¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Bekir Yıldız ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2019/13050, Karar Tarihi: 30.03.2022, (p. 47-49).

⁷¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Bekir Yıldız ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2019/13050, Karar Tarihi: 30.03.2022, (p. 44).

⁷¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Abbas Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/17715, Karar Tarihi: 9.11.2017, (p. 48).

⁷¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6.10.2022, (p. 32).

⁷¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6.10.2022, (p. 48).

açtığı tazminat davası ile haksız olarak 10 yıldan uzun süre kullanılan bedel için asliye mahkemesinden bedele ilişkin olarak ticari faize hükmedilmesini istediği, ancak derece mahkemesinin istabetsiz biçimde bu talebi gecikme faizi olarak nitelendirdiği ve temerrüde düşülmeksizin gecikme faizinin ödenemeyeceğinden bahisle reddettiği tespit edilmiştir⁷¹⁹. Son olarak AYM somut olayda adil dengenin gözetilip gözetilmediğini araştırmış, ilgili bedelin haksız olarak 11 yıl kullanılmasının ardından aynen geri verilmesi durumunda bedeli kullanan kişinin herhangi bir külfete katlanmadığı, bu yönüyle taraflar arasındaki adil dengenin bozulduğu tespit edilmiştir⁷²⁰. Sonuç olarak taraflar arasında bir sözleşme bulunmamasına rağmen, derece mahkemesinin ticari faize ilişkin talebi sözleşmeye dayalı gecikme faizi olarak nitelendirerek reddetmesi sebebiyle adil dengenin bozulduğundan bahisle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁷²¹.

Bir diğer örnek ise kanuni ön alım hakkının kullanılmasına ilişkindir. Somut olayda başvuru tarafından bir taşınmazın belirli bir hissesi satın alınmış, diğer bir hissedar tarafından başvuru aleyhine kanuni ön alım hakkına dayalı olarak dava açılmıştır. Mahkeme tarafından ön alım bedeli tespit edilmiş ve depo edilmesi için davacıya süre verilmiş, davacı ise bedeli yatırmamış ve başvuru aleyhine muris muvazaasına dayalı tapu iptali ve tescili davası açmıştır. Bu dava bekletici mesele yapılmış, aradan geçen 6 yılın ardından bekletici mesele yapılan davanın kesinleşmesi üzerine bedel depo edilebilmiş, tespit edilen değer geçen süre karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğramıştır. Bu olayda da Mahkeme öncelikle somut olayda ön alım hakkına ilişkin olarak “belirli, öngörülebilir, ulaşılabilir” bir yargısal çerçevenin mevcut olduğunu tespit etmiştir⁷²². Devamında başvurucunun iddia ve savunmalarını etkili bir şekilde ortaya koyup koyamadığını inceleyen Mahkeme, başvurucunun vekil aracılığıyla temsil edildiğini, iddia ve delilleri yetkili makam önünde ortaya koyabildiğini belirtmiş, gerekçeli karar hakkına yönelik bir ihlalin de bulunmadığı vurgulanmıştır.⁷²³ Dikkat edilirse AYM

⁷¹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6.10.2022, (p. 48).

⁷²⁰ Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6.10.2022, (p. 48).

⁷²¹ Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru No: 2019/3214, Karar Tarihi: 6.10.2022, (p. 50).

⁷²² Anayasa Mahkemesi’nin, Hüseyin Ak Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, Karar Tarihi: 1.7.2020, (p. 58).

⁷²³ Anayasa Mahkemesi’nin, Hüseyin Ak Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, Karar Tarihi: 1.7.2020, (p. 59-60).

bu noktada vekille temsil edilme, iddia ve savunmaları yetkili makam önünde ortaya koyabilme ve gerekçeli karar alma hakkını dahi mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri bağlamında incelemektedir. Gerçekten de AYM'ye göre “mülkiyet hakkının korunmasının söz konusu olduğu durumlarda usule ilişkin güvencelerin somut olayda yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için derece mahkemelerin kararlarında konu ile ilgili ve yeterli gerekçe bulunmalıdır”.⁷²⁴ Son olarak taraflar arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediğini araştıran Mahkeme, ön alım bedelinin vadeli bir hesaba yatırılarak nemalandırılmadığı, bu sebeple enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğradığı gerekçeleriyle devletin pozitif yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Özel kişiler arasında mülkiyet hakkının çatıştığı ve AYM'nin üç aşamalı analizi kullandığı sıklıkla karşılaşılan örneklerden bir diğeri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkindir. Bu sözleşme vasıtasıyla arsa sahipleri yüklenici lehine arsa paylarının bir kısmını devretmekte, karşılığında yüklenici ise sözleşmeye uygun biçimde taşınmaz inşa etmeyi taahhüt etmektedir. Bu sırada henüz inşaat tamamlanmadan 3. kişiler ileride tamamlanmış daire sahibi olmak amacıyla yükleniciden kat irtifakı arsa payı satın almaktadır. Yüklenicinin bu esnada sözleşmedeki şartlara uygun biçimde taşınmazı teslim etmemesi durumunda, arsa malikleri tarafından tapu kayıtlarının iptali ve tescili davası açılmakta, davanın kabulü ile yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişiler almış oldukları arsanın mülkiyetinin mahkeme kararıyla kendilerinden alındığından bahisle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler⁷²⁵. AYM'nin önüne gelen bu gibi durumlardaki tavrı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan malikler ile yükleniciden arsa payı satın alan kişilerin mülkiyet hakkının çatıştığından bahisle devletin yükümlülükleri üzerinden somut olayın incelenmesidir⁷²⁶. İlk olarak Mahkeme bu gibi uyuşmazlıklarda tapu kaydının iptalinin “belirli, öngörülebilir ve ulaşılabilir” bir hukuksal çerçeveye dayandığını tespit etmektedir⁷²⁷. Yine ikinci

⁷²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Hüseyin Ak Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, Karar Tarihi: 1.7.2020, (p. 55).

⁷²⁵ “Derece mahkemesine göre tamamlanmamış inşaatın bağımsız bölüm almak amacıyla arsa payı satın alan kişiler, ileride binanın tamamlanmaması durumunda arsa payının iadesi riskini öngörmelidir” Anayasa Mahkemesi'nin, Selahattin Turan Başvurusu, Başvuru No: 2014/11410, 22.6.2017.

⁷²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, 20.7.2017, (p. 47).

⁷²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, 20.7.2017, (p. 57).

kriter somut olayda iddia ve savunmaların yetkili makamlar önünde etkin biçimde ortaya konulup konulmadığı hususudur. Son kriter ise yine taraflar arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediğidir. Buna göre somut olaylarda başvuru sahiplerinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat imkanlarının bulunduğu tespit edilmekte, aynı zamanda başvuru sahiplerinin yüklenici aleyhine de tazminat ve giderim imkanına sahip olduğu vurgulanmaktadır. Hal böyle olunca AYM başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermektedir⁷²⁸.

Özetlemek gerekirse AYM'nin yatay ilişkilerde mülkiyet hakkının çatıştığı durumlarda somut olayı devletin pozitif yükümlülükleri üzerinden incelediği ifade edilebilir. Ancak elbette hatırlatmak gerekirse dikey ihlallerde de devletin pozitif yükümlülükleri mevcuttur. Buna göre öncelikle somut olayda derece mahkemesi tarafından da takip edilen belirli, öngörülebilir ve ulaşılabilir bir yasal düzenleme mevcut olmalıdır. Aynı zamanda başvuru lehine yeterli giderim imkanı sunan hukuki yolların da düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu açıdan bazen yukarıdaki kararlardaki gibi sebepsiz zenginleşme ya da tazminat davası yeterli görülmemekte, dikey eksende gerçekleşen ihlallerde ise tam yargı davasının açılabilmesi bu şartı sağlamaktadır⁷²⁹. İkinci kriter ise başvuru sahiplerinin iddia ve savunmalarını yetkili makamlar önünde etkili biçimde ortaya koyup koyamadığıdır. Bu kriter altında dava açabilmek, avukat ile temsil edilmek, kararda yeterli gerekçenin bulunması, kararın açık bir hata ya da keyfilik içermemesi gibi hususlar inceleme konusu yapılabilmektedir. Mahkeme'nin son tespiti ise taraflar arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediği ve bu kapsamda biri aleyhine olağanüstü bir külfetin oluşup oluşmadığıdır.

Bu noktada yeterli gerekçe hususuna ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Aslında kararda yeterli gerekçenin bulunması hususu adil yargılanma hakkının bir unsurudur. AİHM de bunu deklare etmekte, yargıçların kararın temelini dayandırdıkları hususlar hakkında yeterli gerekçe verilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁷³⁰. AYM de önüne gelen bir bireysel başvuruda başvuru sahiplerinin talep ve itirazlarının mahkemece karşılanmadığı iddialarına ilişkin olarak “*başvuru*

⁷²⁸ Benzer: Anayasa Mahkemesi'nin, Selahattin Turan Başvurusu, Başvuru No: 2014/11410, 22.6.2017.

⁷²⁹ Örneğin usulsüz olarak yurt dışından getirilen aracı satın alan 3. kişinin idarenin kusurunu ispatlayarak tam yargı davası ile giderim sağlayabileceğine ilişkin; Anayasa Mahkemesi'nin, Bekir Yazıcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/3044, Karar Tarihi: 17.12.2015.

⁷³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Garcia Ruiz v. İspanya Davası, Başvuru No: 30544/96, Karar Tarihi: 21 Ocak 1999, (p. 26).

tarafından ileri sürülen iddiaların esasen, hatalı değerlendirmeler içerdiği iddia edilen bilirkişi raporu karşısında, yeniden keşif yapılarak bilirkişi raporu temin edilmesi ve başvuru tarafından dosyaya sunulan harita ve kadastro mühendisi raporunda yer alan aksi yöndeki tespitler de tartışılarak, taşınmazların sınırına ilişkin değerlendirmenin yeniden yapılması yönündeki itiraz ve taleplerinin derece mahkemelerince karşılanmadığı noktasında toplandığı anlaşılınca, belirtilen iddiaların gerekçeli karar hakkı kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür⁷³¹” değerlendirmesiyle olayı adil yargılanma hakkı bağlamında incelemiştir. Başvurucunun değerlendirme ve tespitlerin yanlış olduğu, bu sebeple kendisi aleyhine ve davacı lehine taşınmazın yüzölçümünün yanlış hesaplandığı ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası da yukarıdaki kararı değiştirmeye yetmemiş, somut olayda her ne kadar yargılama sonucunda taşınmazın yüzölçümünün yanlış ölçüldüğünden bahisle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddia edilmekteyse de, AYM yargılama sürecindeki eksiklikler dolayısıyla somut olayı adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirmiştir⁷³². Ancak yukarıda görüldüğü üzere pozitif yükümlülükler ve mülkiyet hakkının usuli güvenceleri neticesinde bu tutum giderek değişmekte, yeterli gerekçe hususu mülkiyet hakkı bağlamında inceleme alanı bulmaktadır. AYM’ye göre derece mahkemelerinin kararlarını yeterli biçimde gerekçelendirmesi gerekmekte, aksi durum mülkiyet hakkının usuli güvencelerinden bahisle ihlale yol açabilmektedir.

Mülkiyet hakkı bağlamında yeterli gerekçenin incelenmesine ilişkin olarak *Mehmet Apaydın Başvurusu* önemlidir. Trafikten men edilen araçlara yediemin hizmeti veren başvuru, ücretinin ödenmediği iddiası ile idare aleyhine hukuk mahkemesinde alacak davası açmıştır. Derece mahkemesi ise talebi o dönem yürürlükte olan 818 sayılı Yasa’nın 463. maddesindeki “*Ücret şart edilmedikçe veya hal, müstevdiin ücrete intizarını icabetmedikçe müstevdi ücret istiyemez*” düzenlemesi sebebiyle reddetmiştir. Başvuru ise tacir olduğunu ve bir mesleki faaliyetin icrası kapsamında otopark işlettiğini, ücretinin ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Derece mahkemesi somut olayda yalnızca yasaya dayanmış, neden ücret ödenmemesi gerektiğini gerekçelendirmemiştir. AYM bu olayda “*idare*

⁷³¹ Anayasa Mahkemesi’nin, Mehmet Yavuz Başvurusu, Başvuru No: 2013/2995, Karar Tarihi: 20.2.2014, (p. 43).

⁷³² Anayasa Mahkemesi’nin, Mehmet Yavuz Başvurusu, Başvuru No: 2013/2995, Karar Tarihi: 20.2.2014, (p. 53).

tarafından fiilen el konulan araçların başvurusunun otoparkında muhafaza edilmesine rağmen ücret ödenmesine gerek olmadığı yönündeki derece mahkemelerinin kararlarında konu ile ilgili ve yeterli bir gerekçe bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesince yalnızca ilgili kanun hükmü tekrar edilerek durumun ücreti gerektirmediği belirtilmiş, ancak niçin ücret ödenmesine gerek olmadığı açıklanmamıştır. Başvurucunun konuya ilişkin iddia ve itirazları da yukarıda değinildiği üzere karşılanmamıştır. Bu hükmü onayan Yargıtay kararında da ayrı bir gerekçe gösterilmemiştir. Dolayısıyla somut olay bağlamında mülkiyet hakkının usulî güvencelerinin yerine getirilmediği ve derece mahkemelerinin yorumlarının mülkiyet hakkının korunmasının gerekliliklerine uygun düşmediği⁷³³” tespitinde bulunmuştur.

Derece mahkemesi kararında yeterli gerekçe bulunmayışının mülkiyet hakkı bağlamında incelendiği bir diğer örnekte bir şirketin taşınmazının ortaklar kurulu kararı olmaksızın satılmasının geçersiz olduğu ileri sürülerek ve satışın muvazaalı biçimde gerçekleştiği iddia edilerek mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddia edilmektedir. AYM somut olayda öncelikle muvazaa ya da yetkisiz temsil gibi borçlar hukukuna ilişkin olay ve olguları değerlendirme yetkisinin bulunmadığını, ancak başvuru sahiplerinin iddiasının kendilerinin bu gibi olay ve olguları ileri sürmelerine rağmen derece mahkemesince ilgili iddiaları değerlendirmemesi olduğu, bu sebeple de AYM’nin somut olayda mülkiyet hakkının usule ilişkin güvencelerinin korunup korunmadığını inceleyeceğini ifade etmiştir⁷³⁴. Gerçekten de uyuşmazlığın bulunduğu dönemde şirketin tek taşınmazıyla ilgili olarak satış işlemi için ortaklar kurulu kararının alınması gerektiği Yargıtay içtihatları ve Kanun hükümleri karşısında gereklidir. Oysa derece mahkemesi başvurusunun söz konusu iddiası hakkında bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bu sebeple de ilgili taşınmazın şirketin tek taşınmazı olup olmadığı, tek taşınmazı olduğu ihtimalde ortaklar kurulu kararının mevcut olmayışının yolsuz tescile sebebiyet verip vermediği açıklığa kavuşmamıştır⁷³⁵. Neticede “derece mahkemelerinin kararlarının başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarına ilişkin davanın sonucuna etkili olabilecek mahiyetteki iddia ve itirazlarına cevap verecek nitelikte yeterli bir gerekçe içermediği tespit edilmiştir. Bu

⁷³³ Anayasa Mahkemesi’nin, Mehmet Apaydın Başvurusu, Başvuru No: 2015/13099, Karar Tarihi: 8.1.2020, (p. 54).

⁷³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, Kamil Darbaz Ve Gmo Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2015/12563, Karar Tarihi: 24/5/2018, R.G. Tarih ve Sayı : 22/6/2018-30456, (p. 56-57)

⁷³⁵ Anayasa Mahkemesi’nin, Kamil Darbaz Ve Gmo Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2015/12563, Karar Tarihi: 24/5/2018, R.G. Tarih ve Sayı : 22/6/2018-30456, (p. 60)

*sebeple mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin usule ilişkin güvencelerin somut olayda yerine getirilmediği*⁷³⁶” sonucuna varılmıştır.

Ancak kararda yeterli gerekçenin bulunmayışı her durumda mülkiyet hakkının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda üçüncü kriter olan taraflar arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediğine ilişkin inceleme neticesinde ihlal iddiası reddedilebilmektedir. *Emin Gökteş başvurusunda* işçi olan başvuru, ücretinin geç ödenmesi sebebiyle o dönem yürürlükte olan 5953. sayılı Yasa’nın 14. maddesi gereğince ödenmeyen her gün için %5 fazlalığı iş mahkemesinden talep etmiş, derece mahkemesi tarafından talep kabul edilmekle birlikte %90 oranında hakkaniyet indirimine gidilmiştir. Başvuru ilgili indirim ile 14. maddenin anlamsız hale getirildiği ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden yakınmaktadır. Gerçekten de derece mahkemesi hangi gerekçelerle hakkaniyet indirimi uyguladığını kararında açıklamamış, “*mülkiyet hakkıyla ilgili usul güvencelerinin gerektirdiği titizlikte bir inceleme yapılmamasına yol açmıştır*⁷³⁷”. Ancak bu tespit somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi için yalnız başına yeterli değildir. Aynı zamanda somut olayda tarafların menfaatlerinin yeterince dengelenip dengelenmediği de araştırılmalıdır. Devamında uyuşmazlıktan sonraki bir tarihte AYM’nin 5953 sayılı Yasa’nın 14. maddesinin yılda %1825’e kadar faize ulaşabileceği ve orantılı olmadığı gerekçesiyle iptal ettiğini hatırlatan Mahkeme, somut olayda ilgili oranın borçlu aleyhine ciddi oranda dengesizliğe yol açtığını, bu sebeple derece mahkemesinin yapmış olduğu hakkaniyet indiriminin de bu dengesizliği gözetmediğini tespit etmiştir⁷³⁸. Bu gerekçelerle somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Görüldüğü üzere bazı durumlarda her ne kadar yeterli gerekçe bulunmasa da, AYM tarafından derece mahkemesinin gözetmiş olduğu sebepler tespit edilebilmekte ve bu bağlamda hakkın ihlal edilmediğine karar verilebilmektedir.

⁷³⁶ Anayasa Mahkemesi’nin, Kamil Darbaz Ve Gmo Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2015/12563, Karar Tarihi: 24/5/2018, R.G. Tarih ve Sayı : 22/6/2018-30456, (p. 61)

⁷³⁷ Anayasa Mahkemesi’nin, Emin Gökteş Başvurusu, Başvuru No: 2018/37187, Karar Tarihi: 29.6.2022, (p. 24).

⁷³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin, Emin Gökteş Başvurusu, Başvuru No: 2018/37187, Karar Tarihi: 29.6.2022, (p. 25-27).

4.8. İddia ve Savunmalar Hakkında Özenli Bir İnceleme Yapılmasına İlişkin Yükümlülük

İddia ve savunmaların özenli biçimde araştırılması hakkındaki pozitif yükümlülöklere AYM'nin bireysel başvurulara dönük kararlarında rastlanmaktadır. Bu husus aslında AYM'nin derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararları açık ve bariz bir takdir hatası ya da keyfilik olmadıkça denetleyemeyeceğine ilişkin yaygın içtihadı ile yakından ilişkilidir⁷³⁹. Örneğin AYM önüne gelen bir somut olayda başvurucu, diğer bir kişiye taşınmazlarının satılması amacıyla vekaletname vermiş, vekalet alan satış işlemini başvurucudan habersiz gerçekleştirdiği gibi başvurucuya satım bedelini de ödememiştir⁷⁴⁰. Devamında vekil ceza mahkemesi kararıyla güveni kötüye kullanmak suçundan ceza alsa da, taşınmazı satın alan üçüncü kişilerin iyi niyetli olduğundan bahisle hukuk mahkemesinde açılan dava reddedilmiştir. Başvurucu ise somut olayda vekil ile taşınmazı satın alan üçüncü kişilerin aynı evde yaşadığını, iyi niyetli olmadıklarını, davada bu iddialar hakkında yeterli inceleme yapılmadığını ve bu gerekçelerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. AYM ise başvurucunun taşınmazı satın alan üçüncü kişilerin iyi niyetli olmadığına ilişkin iddiaları hakkında özenli bir incelemenin gerçekleştirilmediğini, bu durumun da devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlölüklerini ihlal ettiğini tespit etmiştir⁷⁴¹.

Bu husustaki bir diğer önemli örnek ise *Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu*'dur. Somut olayda başvurucuların işyeri olarak kiraya verdikleri taşınmazın bulunduğu cadde İsrail Büyükelçiliği'nin güvenliği dolayısıyla yaya ve araç trafiğine kapatılmıştır. Bu sebeple başvurucular kira gelirlerinin düştüğünden bahisle mülkiyet haklarının, idare mahkemelerinde açmış olduğu tam yargı davasında kusursuz sorumluluk hususunun incelenmemesi sebebiyle de gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. AYM öncelikle somut olayda mülkiyet hakkının semerelerden yararlanmayı da kapsadığını, henüz kira

⁷³⁹ "Bireysel başvurularda maddi açıdan değerlendirme yapılmaz ve deliller değerlendirilmez. Uygulanacak hukuk normlarının nasıl yorumlanıp uygulanacağı tespit edilmez. Derece mahkemesinin kararının adil olup olmadığı tartışılmaz" Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Monopol Yayınları, 2019, (s. 579-580).

⁷⁴⁰ *Anayasa Mahkemesi'nin, Gülsün Giley Başvurusu*, Başvuru No: 2018/36546, Karar Tarihi: 25.05.2022.

⁷⁴¹ *Anayasa Mahkemesi'nin, Gülsün Giley Başvurusu*, Başvuru No: 2018/36546, Karar Tarihi: 25.05.2022, (p. 43).

alacağına dönüşmemiş olsa dahi mülkün kullanımı ya da işletilmesi ile elde edilecek ek gelirin semereye karşılık geldiğini ifade ederek kira gelirindeki azalış bağlamında mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin olduğunu tespit etmiştir⁷⁴². Devamında AYM derece mahkemesinin yapmış olduğu incelemede kusursuz sorumluluk hususuna değinmeyişinin ve idarenin somut olayda kusurunun da bulunmayışı sebebiyle başvuruçuların giderim imkanı elde edemeyişinin kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin başvuruçuyu aleyhine orantısız biçimde bozduğunu tespit etmiş, bu açıdan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁴³. Başvuruçunun gerekçeli karar hakkına ilişkin diğer ihlal iddialarının ise, mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmeler ışığında ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Bir başka olayda ise başvuruçuyu kendisine ait olan malların taşıma sırasında çalınması olayı akabinde nakliyeciyi aleyhine açmış olduğu davada iddia ve savunmaları hakkında yeterli inceleme yapılmadığından bahisle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir⁷⁴⁴. AYM mülkiyet hakkına ve onun pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak yapmış olduğu incelemede “*başvuruçunun iddialarını ileri sürme imkânını elde etmesi yeterli olmayıp derece mahkemelerinin başvuruçunun uyumsuzluğunun esasını etkileyen iddialarını ciddiyle ele alması ve incelemesi de gerekir*”⁷⁴⁵ tespitinde bulunmuştur. Devamında başvuruçunun uyumsuzluğunun esasına ilişkin iddialarının bölge adliye mahkemesi tarafından araştırılmamış olması hususunun devletin mülkiyet hakkından doğan pozitif yükümlülüklerinin gerektirdiği özendeki inceleme yapılmadığı anlamına geldiği ifade edilerek somut olayda mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁷⁴⁶. Görüldüğü üzere AYM’ye göre ister dikey ister yatay ilişkilerde olsun bilhassa yargılamanın esasını etkileyecek olan hususlarda taraflardan birinin iddia ve savunmalarının özenli biçimde araştırılmaması devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Bu bağlamda AYM yargılama

⁷⁴² Anayasa Mahkemesi’nin, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1546, Karar Tarihi: 2.2.2017, (p. 52).

⁷⁴³ Anayasa Mahkemesi’nin, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1546, Karar Tarihi: 2.2.2017, (p. 78).

⁷⁴⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, Ferhat Değer Otomotiv İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2019/36730, Karar Tarihi: 13/9/2022.

⁷⁴⁵ Anayasa Mahkemesi’nin, Ferhat Değer Otomotiv İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2019/36730, Karar Tarihi: 13/9/2022, (p. 38).

⁷⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin, Ferhat Değer Otomotiv İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2019/36730, Karar Tarihi: 13/9/2022, (p. 43).

sırasından tarafların iddia ve taleplerinin özenli biçimde araştırılıp araştırılmadığını incelemeye girişmekte, yaşanan hak ihlallerini gidermeye çalışmaktadır. Mahkeme'nin açık ve bariz bir takdir hatası ya da keyfilik mevcut olmadığı sürece derece mahkemesi kararlarını tartışmayacağı içtihadından hareketle özensiz incelemenin açık ve bariz bir takdir hatası ya da keyfilik içerdiği durumlarda AYM tarafından hak ihlali kararı verilebileceği ifade edilebilir.

4.9. Bedelin Enflasyondan Arındırılmasına İlişkin Yükümlülük

Mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi, mülkün yalnızca fiili anlamda korunmasını değil, onun aynı zamanda bir değer olarak da korunmasını gerekli kılmaktadır⁷⁴⁷. Bu sebeple kişinin gayrimenkulü üzerindeki mülkiyet hakkının taşınmazın kamulaştırılması gibi sebeplerle bedel üzerindeki mülkiyet hakkına dönüştüğü durumlarda ilgili bedelin faiz suretiyle enflasyondan korunması ve tam karşılığının kişiye sağlanması, mülkiyet hakkının sağladığı güvenceler bakımından oldukça önemlidir. Ülkemizde de kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi ya da kamulaştırılan taşınmazın malikinin bilinmemesi sebebiyle bir bankaya depo edildiği durumlarda vadeli bir hesapta nemalandırılmaması gibi sebeplerle kamulaştırma bedelinin enflasyon karşısında değer kaybettiği örneklere rastlanmış, bu sebeple 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 10. maddesi ile faiz ve bedelin nemalandırılması hususunda çeşitli güvenceler getirilmiştir. Örneğin bedel tespiti amacıyla açılan davanın 4 aydan uzun sürmesi durumunda bedele bu aydan itibaren yasal faiz işletilmesi, hak sahibinin tespit edilemediği durumlarda kamulaştırma bedeli için üçer aylık vadeli hesaba dönüştürülmesi suretiyle nemalandırılması gibi hususlar bu güvencelerdendir. Ancak ilgili yasal düzenlemenin yürürlükte olmadığı dönemde yaşanmış ihlaller için AYM, devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükleri üzerinden bedelin nemalandırılması gerekliliğine ulaşmakta ve bireysel hak ihlallerine giderim sağlamaya çalışmaktadır.

Bu hususta *Ahmet Tekçe ve Diğerleri Başvurusu* örnek olarak gösterilebilir. Kahramanmaraştaki bir kısım taşınmaz kamulaştırılmış, maliklerin belli olmaması gerekçesiyle kamulaştırma bedeli idare tarafından bir bankada vadesiz bir hesapta bloke edilmiştir. Daha ileriki bir tarihte Kadastro Mahkemesi kararı ile

⁷⁴⁷ Suat Şimşek, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, (s. 13).

başvurucuların murislerinin kamulaştırılan taşınmazların mülkiyetine sahip oldukları tespit edilmiş, akabinde başvurucular bankada bloke edilen bedel için faiz elde edebilmek amacıyla asliye hukuk mahkemesinde dava açmışlardır. Derece mahkemesi ise, kamulaştırmanın yapıldığı tarihte kamulaştırma kanunu'nun 10. maddesindeki *“Hak sahibinin tespit edilemediği durumlarda mahkemece, kamulaştırma bedelinin üçer aylık vadeli hesaba dönüştürülerek nemalandırılması amacıyla gerekli tedbirler alınır”* hükmünün henüz yürürlükte olmadığından bahisle başvurucuların talebini reddetmiştir. AYM ise somut olayda kamulaştırma bedelinin bankaya bloke edilmesinden itibaren yaklaşık 30 yıl geçtiğini hatırlatmış, kamulaştırma işleminin sürdürülmesinde, maliklerin tespit edilmesinde ve bedelin ödenmesinde alacaklıların hak ve menfaatlerini koruyacak olağan önlemlerin idare tarafından alınması gerekliliğini vurgulamıştır⁷⁴⁸. Mahkeme'ye göre bedelin alacaklılara ödendiği ana kadar alacaklıların bedel üzerinde bir tasarrufu bulunmadığından bu aşamada değer enflasyondan korunması hususundaki önleyici tedbirleri alacak olan idaredir⁷⁴⁹. Bu önlem ise paranın vadeli bir hesapta nemalandırılmasıdır, aynı zamanda Mahkeme'ye göre *“mülkiyet hakkının korunması ödevinin gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin, kamulaştırma bedelinin nemalandırılması tedbirinin alınmasını da içerdiği”* sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁵⁰. Neticede somut olayda enflasyon sebebiyle yaşanan değer kaybı neticesinde başvuru aleyhine olağanüstü aşırı bir külfet yüklendiği tespit edilerek mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin bozulduğu sonucuna varılmıştır. Görüldüğü üzere aslında kamulaştırma işleminin tamamlanması ve bedelin bankaya yatırılması ile bireyin mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılan aktif müdahale sona ermiştir. Dolayısıyla bedelin bankaya yatırılması aşamasından sonra devletin mülkiyet hakkına bir müdahalesi sözkonusu değildir. Somut olayda yakınılan şey devletin müdahalesizliği, diğer bir ifade ile bireyin mülkiyet hakkının korunması için gerekli önlemleri almamış olmasıdır. Bu açıdan Kamulaştırma Kanunu'nun faize ilişkin güvenceleri yürürlükte olmasa dahi, AYM tarafından devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükleri üzerinden bedelin nemalandırılması gerekliliğine ulaşılmış ve bireysel hak ihlaline karşı giderim sağlanabilmiştir.

⁷⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Ahmet Tekçe ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2017/32782, Karar Tarihi: 29/1/2020, (p. 33).

⁷⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Ahmet Tekçe ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2017/32782, Karar Tarihi: 29/1/2020, (p. 34).

⁷⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Ahmet Tekçe ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2017/32782, Karar Tarihi: 29/1/2020, (p. 34).

Devletin uhdesinde bulunan alacaklı ya da borçluya ait mal ve ekonomik hakların nemalandırılması ve enflasyondan arındırılması gerekliliği sadece kamulaştırma hususuna özgü değildir. Örneğin *İsmail Sarıtaş başvurusuda* başvuruçunun aleyhine başlatılan icra takibi neticesinde taşınmazı satılmış, devamında sıra cetvelinin kesinleşmesi 9 yıl sürmüş ve bu süreçte taşınmaz bedeli nemalandırılmamıştır. Başvurucu mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. AYM kararında “*icra müdürlükleri, mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler gereğince oluşturulan ve ödenmeyen borçları kanunda öngörülen usullere göre gerektiğinde zor kullanmak suretiyle tahsil ederek alacaklılara ödeyen kamu kuruluşlarıdır*” tespiti ile bedelin nemalandırılmasına ilişkin şikayetin de devletin pozitif yükümlülükleri ile ilgili olduğu sonucuna varmıştır⁷⁵¹. Mahkeme’ye göre “*devletin hâkimiyeti ve kontrolü altında bulunan borçlu veya alacaklıya ait mal ve hakların ekonomik değerini koruyucu ve idareye, normal idari işleyişin dışında bir külfet yüklemeyecek tedbirlerin alınmaması somut olayın koşulları çerçevesinde koruma yükümünün ihlali olarak yorumlanabilir*”⁷⁵². Buna göre ihale bedelinin nemalandırılmaması ve neticede sıra cetvelinin kesinleşmesi için geçen süre boyunca enflasyon karşısında değer kaybetmesi, devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin ihlali olarak nitelendirilmiştir.

Yine daha önceden ifade edilen *Ali Tetik Başvurusu* bu noktada benzer bir örnek teşkil etmektedir. O somut olayda da başvuruçucu icra takibi neticesinde ödeme yapmış, geçen 10 yıldan sonra ödemenin haksız olduğunun anlaşılması üzerine bedel aynen geri iade edilmiştir. Başvurucu’nun ticari faiz talebi ise derece mahkemesi tarafından gecikme faizi olarak nitelendirilmiş, somut olayda bir temerrüdün bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu noktada AYM somut olayı devletin pozitif yükümlülükleri açısından inceleyerek özel kişiler arasında geçen mülkiyet hakkına ilişkin bu uyuşmazlıklarda taraflar arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemiş, aradan geçen zamana rağmen herhangi bir faiz olmaksızın bedelin aynen ödenmesinin başvuruçunun mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁷⁵³. Görüldüğü üzere bu olay devletin kamulaştırma bedelini vadesiz bir

⁷⁵¹ Anayasa Mahkemesi’nin, İsmail Sarıtaş Başvurusu, Başvuru No: 2017/21889, Karar Tarihi: 28/1/2020, (p. 29).

⁷⁵² Anayasa Mahkemesi’nin, İsmail Sarıtaş Başvurusu, Başvuru No: 2017/21889, Karar Tarihi: 28/1/2020, (p. 30).

⁷⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin, Ali Tetik Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/3214, Karar Tarihi: 6/10/2022, (p. 48)

hesapta bloke etmesi ya da icra müdürlüğünün bedeli nemalandırmamasından farklıdır. Bu olayda devlet tarafından bir ödeme yapılmadığı gibi devletin uhdesinde bulunan bir bedel de mevcut değildir. Özel kişiler arasında gerçekleşen bir uyuşmazlık neticesinde haksız olarak ödenmiş bir bedelin aynen iadesinin söz konusu olduğu bu olayda uyuşmazlığın özel kişiler arasında gerçekleştiğinden bahisle yine pozitif yükümlülükler açısından bir inceleme gerçekleştirilerek başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Buna göre AYM'nin mal ve ekonomik haklara ilişkin olarak gerek idareden gerekse yargı organından özenli biçimde hareket etmesini beklediği ifade edilebilir. Bu açıdan idare ya da yargı organına olağanüstü bir külfet yükelemeyen hususlarda kendisinden makul olarak beklenebilecek önlemleri alması gerektiği ve mülkün bilhassa bir değer olarak korunması için özenli biçimde davranması gerektiği ifade edilebilir. Bu durum kamulaştırma ya da icra takibi neticesinde alacaklıya henüz ödenmemiş ve halen devletin uhdesinde bulunan bedelin vadeli bir hesapta nemalandırılması suretiyle enflasyondan korunması biçiminde gerçekleşeceği gibi, yatay eksenlerdeki bir uyuşmazlıkta haksız olarak ödenmiş bedelin geri iadesi sürecinde aradan geçen döneme ilişkin olarak faize hükmedilmesi biçiminde de kendisini gösterebilir.

4.10. Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Birlikte İhlal Edildiği Durumlarda Devletin Yükümlülüğü

Yaşam hakkı ile mülkiyet hakkının birlikte ihlal edildiği bazı durumlarda bilhassa ihlale sebebiyet veren eylemin devletin iradesi ve kontrolü altında geçtiği durumlarda yaşam hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükler ile mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükler iç içe geçmiş vaziyettedir. Bu bağlamda AİHM'in *Öneryıldız v. Türkiye Davası* ile *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası* birbirini tamamlar nitelikte olduğundan oldukça önemlidir.

Öneryıldız v. Türkiye Davası'nda 1993 yılında İstanbul'da bir çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması sonucu 39 kişi hayatını kaybetmiş, 10 gecekondulu kullanılamaz hale gelmiştir. İlgili çöplük 1970'lerden beri kullanılmaktadır ve başlarda şehirden uzakken zaman içerisinde gecekondular dolayısıyla şehrin içinde kalmıştır. Bu çöplükle ilgili olarak 1991 yılında hazırlanan

bilirkişi raporunda tesisin yönetmelikteki bir takım hususlara uygun olmadığı tespit edilmiş, bulaşıcı hastalıklar yüzünden çevreye, insanlara ve hayvanlara muhtemel etkileri ifade edilmiştir. Buna rağmen belirtilen hususlarda harekete geçilmemiş, yaşanan patlama büyük kayıplara yol açmıştır. Başvurucular hem yaşam hakkının hem de mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Mahkeme bu hususta yaşam hakkı açısından yapmış olduğu incelemede bu hakkın sözleşmenin amaç ve hedefleri doğrultusunda pratik ve efektif bir koruma sağlanması hedefi dikkate alınarak yorumlanacağını ifade etmiş, hakkın negatif yükümlülüklerle birlikte pozitif yükümlülükler de ihtiva ettiği ve bu yükümlülüğün yaşam hakkının tehlikede olduğu durumlarda geçerli olduğu vurgulanmıştır⁷⁵⁴. Bu bağlamda çöp toplanması gibi endüstriyel aktivitelerin doğaları gereği tehlikeli bir faaliyet içerdiği ifade edilmiştir. Buna göre somut olayda yaşam hakkının usuli yükümlülüklerinden olan bağımsız, tarafsız, efektif ve cezalandırmaya muktedir resmi bir soruşturmanın gerekliliği hatırlatılmış, bu gibi durumlarda otoritelerin hızla harekete geçmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁵⁵. Ayrıca bu usuli yükümlülükler yalnızca soruşturma aşaması için değil, kovuşturma aşaması için de geçerli olan yükümlülüklerdir. Mahkemeye göre somut olayda yaşam hakkının usuli yükümlülükleri ihlal edilmiş, hakka ilişkin yeterli koruma sağlanamamış, hayati tehlike oluşturacak faaliyetlerin önlenmesi noktasında yetersiz kalmıştır⁷⁵⁶. Kararın devamında AİHM tarafından başvurucuların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları hakkında incelemelerde bulunulmuştur. Bu açıdan gecekonduların Sözleşmedeki “mal” kavramının otonom yorumu kapsamında başvurucular lehine bir mülkiyet hakkı sağladığı tespit edilmiş, kamu otoritelerinin gecekondular hususundaki uzun süren eylemsizliği başvurucuların mülkiyet haklarının devlet tarafından *de facto* biçimde tanınması olarak nitelendirilmiştir⁷⁵⁷. Buna göre ilgili hakkın devletten yalnızca negatif bir tutum takınmasını gerektirmediği, aynı zamanda haktan efektif biçimde faydalanılması için devletten hukuken beklenebilecek önlemlerin alınması bağlamında devletin pozitif

⁷⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Önerıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 71).

⁷⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Önerıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 94).

⁷⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Önerıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 118).

⁷⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Önerıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 124).

yükümlülüklerinin de olduğu hatırlatılmıştır⁷⁵⁸. Oysa somut olayda başvuruçuların mülklerinin korunabilmesi için devlet üzerine düşenleri yerine getirmemiş, ihmal sureyitle pozitif yükümlülüklerini ihlal etmiştir⁷⁵⁹. Mahkeme'ye göre devletin ihmali ile yaşam hakkının ihlali arasındaki illiyet bağı, mülkiyet hakkına ilişkin ihlal açısından da geçerlidir. Hal böyle olunca somut olayda devletin kişinin mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunmadığı, buna karşılık mülkiyet menfaatinin korunması için üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediği ve kişinin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁷⁶⁰.

Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası ise *Öneryıldız v. Türkiye Davası*'ndan farklı bir bakış açısını yansıtmaktadır. Somut olayda Rusya'da bir bölgede her yıl çamur akıntısı yaşanmaktadır. Bu sebeple bölgede kişilerin can ve mal güvenliğinin korunabilmesi amacıyla önce çamur toplama alanı ve sonra çamurun tutulabilmesi için bir baraj inşa edilmiştir. Ancak yaşanan bir çamur akıntısı neticesinde baraj ciddi oranda zarar görmüş ve yetkililer bu durumdan haberdar edilmiş, barajın operasyonel olarak eski hale getirilmesinin imkansız olduğu tespit edilerek yetkililerden çamur akıntısına karşı erken uyarı sistemi talep edilmiştir. Neticede hiçbir önlem alınmamış ve 2008 yılında yaşanan bir akıntı sebebiyle 8 kişi hayatını kaybetmiş, pek çok mal ve mülk kullanılamaz hale gelmiştir. Devamında başvuruçulara konaklama ya da tazminat biçiminde giderim imkanı sunulmuş, yetkililer aleyhine açılan tazminat davası ise halkın medya aracılığıyla bilgilendirildiği ve gereken önlemlerin alındığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuruçular devletin ihmali sebebiyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmekte, aynı zamanda kayıpları için mülklerinin tam bedellerinden ziyade kendilerine insani yardım temelli olarak yapılan ödemeler dolayısıyla mülkiyet hakkı açısından tazminat biçimindeki bir giderim sağlayamadıklarından yakınmaktadırlar. AİHM öncelikle somut olayda yaşam hakkına ilişkin olarak usuli ve maddi güvencelerin yerine getirilmediğini, yaşam hakkını korumak için gerekli olan yasal ve idari çerçevenin tesis edilmediğini, aynı zamanda yaşanan olay neticesindeki yargısal tepkinin de yeterli korumayı sağlamadığını tespit etmiştir. Bu noktadan

⁷⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Öneryıldız v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 134).

⁷⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Öneryıldız v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 134-135).

⁷⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Öneryıldız v. Türkiye Davası*, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 135).

sonra ise başvuru mülkiyet hakkı açısından incelenmiştir. Mahkeme *Öneryıldız v. Türkiye Davası*’na atıf yaparak orada yaşanan olayın devlet tarafından düzenlenen ve kontrol edilen bir çöp toplama faaliyeti neticesinde gerçekleştiğini, buna karşılık somut olayda çamur akıntısının insan iradesi ve kontrolü dışındaki bir olay olduğunu vurgulanmıştır⁷⁶¹. Bu fark Mahkeme’ye göre devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının da farklılaşmasına yol açmaktadır. *Öneryıldız v. Türkiye* davasında devletin yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı açısından sahip olduğu pozitif yükümlülükleri birbirinden ayıramaz vaziyette iken, somut olayda bu yükümlülükler ayrılabilir niteliktedir⁷⁶². Buna göre “*insan hayatını korumak açısından pozitif yükümlülükler uyarınca devletin elinden gelen her şeyi yapması gerektiği, oysa mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkının korunması için devletin kendisinden makul olarak beklenebilecek hususları yerine getirmesi, bunun daha ötesinin devletten beklenmemesi gerektiği*”⁷⁶³ tespit edilmiştir. Buna göre çamur koruma sisteminin bakımı ve erken uyarı sistemi yaşam hakkının korunması açısından hayatidir, buna karşılık ilgili önlemler ile oluşan maddi zarar arasında böyle bir hayati bağ mevcut değildir⁷⁶⁴. Aynı zamanda Mahkeme’ye göre 2000 yılında gerçekleşen ve 8 kişinin hayatını kaybetmesine neden olan çamur akıntısı istisnai bir olaydır, çamur koruma sistemleri aktif durumda olsa dahi bu olayın engellenip engellenemeyeceği kesin biçimde tespiti elverişli değildir⁷⁶⁵. Aynı zamanda devletin mülkün pazar değerinin tam biçimde ödenmesi gibi bir pozitif yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁷⁶⁶. Tazminatın hesaplanmasında durumun karmaşıklığı, etkilenen kişi sayısı, ekonomik-sosyal ve insani hususlar gibi pek çok faktör göz önüne alınmaktadır, hal böyle olunca kamu yararına dönük olarak bazı durumlarda mülkün tam olarak tespit edilen değerinden daha az bir bedelin ödenmesi mümkün olabilmektedir⁷⁶⁷. Neticede

⁷⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 173-175).

⁷⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 173-175).

⁷⁶³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 173-175).

⁷⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 176).

⁷⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 177).

⁷⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 182).

⁷⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya Davası*, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, (p. 180-182).

Mahkeme somut olayda her ne kadar yaşam hakkı ihlal edilse de, mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü üzere yaşam hakkı ve mülkiyet hakkının birlikte ihlal edildiği ya da ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda AİHM ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre ihlale yol açan husus devletin eylemi, iradesi ya da kontrolü altında gerçekleşen bir olaydan kaynaklanmakta ise, bu durumda AİHM devletten yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı bağlamında daha fazlasını beklemektedir. Bu gibi durumlarda iki hakkın pozitif yükümlülüklerinin birbirinden ayrılmaz nitelikte olduğunu vurgulayan Mahkeme, mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerini adeta yaşam hakkının pozitif yükümlülükleri kadar geniş nitelikte aramakta, “*devletten elinden gelen her şeyi yapmasını*” beklemektedir. Buna karşılık dışsal bir doğal afet neticesinde gerçekleşen olaylarda yaşam hakkı bağlamında halen devletten “*elinden gelen her şeyi yapması*” beklense de, mülkiyet hakkı açısından devletten “*makul olarak beklenebilecek hususları*” yerine getirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öyle ise ihlale neden olan somut olayın niteliğine göre mülkiyet hakkı açısından devletten beklenen hususlar, yaşam hakkının korunması için devletten beklenen hususlar seviyesine genişleyebilmekte ya da bunun çok daha azı yeterli olabilmektedir. Diğer bir ifade ile ilk durumda yaşam hakkı hususunda devletten beklenenler (devletin ihmali) mülkiyet hakkının ihlaline gerekçe olabilmiş, yaşam hakkı bağlamında devletten beklenenler ile mülkiyet hakkına yapılan müdahale arasında kolaylıkla illiyet bağı kurulabilmiştir⁷⁶⁸. Oysa ikinci olayda böyle bir değerlendirmeye gidilmemiştir.

4.11. Diğer Yükümlülükler

AİHM vermiş olduğu bir kararında husumetin yöneltildiği bağlamında davalı kamu idaresinin kimliğinin belirlenmesinin kolaylaştırılmasını devletin mülkiyet hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükleri içerisinde değerlendirmiştir⁷⁶⁹. Mahkemeye göre içtihatlardaki tutarsızlıklar ya da hukuki belirsizlik, başvuru hakkının mülkiyet hakkına ilişkin gerçekleşen ihlal neticesinde tazminat elde etmesine engel

⁷⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Öneriyıldız v. Türkiye Davası, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30 Kasım 2004, (p. 135).

⁷⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sierpinsky v. Polonya Davası, Başvuru No: 38016/07, Karar Tarihi: 3 Kasım 2009, (p. 78-79).

olmamalıdır⁷⁷⁰. Aksi durumda davalının kimliğinin belirlenmesi ve doğru kamu otoritesine yönlendirilmesi hususunun yalnızca hakkı ihlal edilen kişinin üzerine bırakılması ve bu sebeplerle doğru tarafa yöneltmediği gerekçesiyle tazminattan mahrum bırakılması, orantısız bir gereklilik olarak kamu yararı ile mülkiyet hakkından kaynaklanan bireysel menfaat arasındaki adil dengenin bozulması anlamına gelecektir⁷⁷¹.

Mülkiyet hakkı bağlamında devletin yükümlülüklerine ilişkin olarak önemli olan bir diğer karar *Sporrong ve Lönnroht v. İsveç* davasına ilişkindir. Somut olayda belirli taşınmazlar için idari bir işlem olan kamulaştırma izni verilmiş ve taşınmazlara inşaat yasağı getirilmiştir. Ancak bu işlem henüz kamulaştırma işleminin ilk basamağını teşkin etmektedir ve taşınmazlar henüz kamulaştırılmış değildir. Somut olayda kamulaştırma izni 20 yılı aşkın süredir yürürlükte kalmış ve kamulaştırma prosedürüne devam edilmemiştir. Başvurucular kamulaştırmanın hukuka uygun olup olmadığından ziyade uzun süren izin sebebiyle ve inşaat yasağının da göz önünde bulundurulması ile birlikte mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Ayrıca başvurucular devam eden izin için mahkemeye başvuru hakkının da bulunmadığından yakınmaktadır. AİHM bu olayda öncelikle başvurucuların henüz kamulaştırma prosedürü başlatılmadığından bahisle taşınmazı satmak, bağışlamak ve ipotek ettirmek haklarının bulunduğunu, bu sebeple mülkiyet hakkından yoksun bırakan bir müdahalenin mevcut olmadığını tespit etmiştir⁷⁷². Ancak somut olayda mülkiyet hakkından yoksun bırakan bir müdahale bulunmasa da, mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına ilişkin olarak bir müdahalenin varlığı tespit edilmiştir. Bu açıdan mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin mevcudiyetini araştıran Mahkeme, 20 yılı aşkın süredir başvurucular aleyhine gelişen belirsizlik ve bu dönem içerisinde izin belirli aralıklarla gözden geçirilmesinin mümkün olmayışının bir gerekçesinin olmayacağını ifade etmiştir⁷⁷³. Bu bağlamda somut olayda mülkiyet hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aslında 1982 yılında verilen bu kararda açık biçimde

⁷⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Sierpinsky v. Polonya Davası*, Başvuru No: 38016/07, Karar Tarihi: 3 Kasım 2009, (p. 78-79).

⁷⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Sierpinsky v. Polonya Davası*, Başvuru No: 38016/07, Karar Tarihi: 3 Kasım 2009, (p. 77).

⁷⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç Davası*, Başvuru No: 7151/75, 7152/75, Karar Tarihi 23 Eylül 1982, (p. 62).

⁷⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç Davası*, Başvuru No: 7151/75, 7152/75, Karar Tarihi 23 Eylül 1982, (p. 70).

pozitif yükümlülüklerden bahsedilmemektedir. Ancak mülkiyet hakkına ilişkin olarak yapılan incelemede kamulaştırma izninin belirli aralıklarla gözden geçirilmesi imkanının bulunmayışı değerlendirilmiş ve bunun makul olmadığı tespit edilmiştir. Öyle ise bu bağlamda mülkiyet hakkına karşı yapılan yatay ve dikey müdahalelerde, ilgili müdahalenin uzun sürmesi ve yaratabileceği belirsizlik ile bu müdahalenin henüz mülkiyetten yoksun bırakma haline dönüşmediği gerekçesiyle dahi olsa başvuru sahiplerinin müdahaleyi yargısal denetime taşıyamaması mülkiyet hakkına ilişkin ihlale sebebiyet verebilir. Buna göre gerek mülkiyetten yoksun bırakma biçimindeki bir müdahale gerekse henüz müdahalenin ilk aşamasını teşkil eden kamulaştırma izni biçimindeki müdahale, mülk sahibi halen mülkünden faydalanabilir ya da satabilir durumda olsa dahi, orantısız biçimde uzun sürmemeli ve yargısal yollarla denetlenebilmelidir.

Tartışılması gereken bir diğer husus ise iç hukukumuz bağlamında kadastro meselesidir. Kadastro Kanunu'na göre kanunun ve dolayısıyla kadastronun amacı ülkenin kadastral haritasının çıkartılması ve taşınmazların sınırlarının arazi ile harita üzerinden tespit edilmesi, tapu sicilinin kurulması ve mekânsal bilgi sisteminin altyapısının oluşturulmasıdır. Görüldüğü üzere taşınmazların tapu siciline kayıt edilmesi ve gerek arazi üzerinde gerekse haritada sınırlarının tespit edilmesi taşınmaz maliklerine ciddi avantaj sağlamaktadır. Bu hususta *Eyyüp Boynukara* başvurusu ise oldukça önemlidir. Diyarbakır ili Çermik ilçesinde taşınmazı bulunan başvuru bölgesinde kadastro çalışmalarının yapılmasını talep etmektedir. Bölgede arazi ve sınır anlaşmazlıkları gerekçesiyle yaşanmış ve yaşanabilecek olaylar dolayısıyla daha önceden başlamış olan kadastro çalışmaları durdurulmuştur. Başvuru ise bu sebeple mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. AYM tarafından öncelikle somut olayda devletin başvuru sahiplerinin kamu makamlarından meşru olarak beklediği hususlar ile mülkiyet hakkından etkin bir biçimde yararlanılması arasında doğrudan bir ilişki bulunan durumlarda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu vurgulanmıştır⁷⁷⁴. Devamında somut olayda başvuru sahibinin esas şikayetinin devletin mülkiyet hakkına bir müdahalesi değil, çağdaş tapu sicilinin tesisi amacıyla bölgede kadastro çalışmasının yapılmamış olması olduğu tespit edilmiştir. Ardından kadastro çalışmalarının kişilere ve devlete sağladığı faydalar vurgulanmış, buna rağmen ilgili çalışmaların yoğun bir planlama, organizasyon ve bütçe kaynağı gerektiren ve

⁷⁷⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, Eyyüp Boynukara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7842, Karar Tarihi: 17/2/2016, (p. 39).

toplumsal boyutları olan bir faaliyet olduğu ifade edilmiştir⁷⁷⁵. Dolayısıyla bu sayılan gerekçelerle kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu tespit edilmiştir. Devamında başvurunun her ne kadar modern bir tapu siciline taşınmazını kayıt ettiremese de, taşınmazın zabıt defterinde kayıtlı olduğu ve mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma haklarından mahrum olmadığı ifade edilmiştir⁷⁷⁶. Ayrıca yine başvurunun 4721 sayılı Yasa uyarınca zilyetliğin ve mülkiyetin korunması, 3091 sayılı Yasa uyarınca zilyetliğin korunması amacıyla idareye başvuru, TCK uyarınca “hakkı olmayan yere tecavüz” hükümlerinden faydalanabileceği tespit edilmiştir. Buna göre somut olayda devletin mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri bağlamında başvurucuya yeterli güvenceler getirdiği ifade edilmiş, kadastro çalışmaları ise devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmeyerek olayda başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Öyleyse ülkemizde AYM için kadastro faaliyetleri mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerinden bir tanesi değildir.

Devletin yükümlülüklerine ilişkin bir diğer örnek usulsüz tebligat bağlamında *Züliye Öztürk Başvurusu*'dur. Somut olayda başvuru aleyhine karşılıksız çek keşide etmek suçundan adli para cezasına hükmolünmüş, ancak başvurunun iddiasına göre ceza kendisine usulüne uygun biçimde tebliğ edilmemiştir. Bu hususta başvuru derece mahkemesine şikayette bulunmuş, yapmış olduğu şikayet eski hale getirme talebi olarak nitelendirilerek incelenmesi amacıyla Yargıtay'a gönderilmiştir. Bu bağlamda şikayet hakkında bir karar verilmemişken ve temyiz incelemesi devam ederken başvuru aleyhine çıkartılan yakalama emri dolayısıyla başvuru cezayı ödemek durumunda kalmıştır. Bu bağlamda başvuru mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. AYM'ye göre “*somut olay bakımından başvurunun belirtilen şikayeti (usulsüz tebligat), mülkiyet hakkının ihlali iddiasına ilişkin yargılama sürecinin bütününe etkileyen önemli ve karşılanması gereken bir iddiadır.*”⁷⁷⁷ Bunun sebebi Mahkeme'ye göre başvurunun savunma ve itirazlarını etkin biçimde ortaya koyabilmesi ile ilgilidir. Çünkü ancak usulüne uygun bir tebligat neticesinde başvuru itirazlarını öne sürebilir, onların incelenmesini temin

⁷⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, Eyyüp Boynukara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7842, Karar Tarihi: 17/2/2016, (p. 46).

⁷⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, Eyyüp Boynukara Başvurusu, Başvuru No: 2013/7842, Karar Tarihi: 17/2/2016, (p. 47).

⁷⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, Züliye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, Karar Tarihi: 14.9.2017, (p. 71).

edebilir⁷⁷⁸. Aksi durum ise itirazların incelenememesi bağlamında müdahaleyi ölçüsüz hale getirecektir⁷⁷⁹. Neticede Mahkeme'ye göre somut olayda “başvurucunun usulsüz tebligata ilişkin iddialarının karşılanmaması, başvurucuyu mülkiyet hakkına müdahaleye ilişkin itirazlarını etkin biçimde ortaya koyabilme hakkından yoksun bırakmıştır⁷⁸⁰.” Bu bağlamda başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda her ne kadar açık biçimde pozitif yükümlülüklerden bahsedilmese de, usulsüz tebligatın itiraz ve savunmaların öne sürülmesindeki önemi karşısısında, bu hususa ilişkin iddiaların karşılanmamasının başvurucunun mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verdiği tespit edilmektedir. Öyle ise somut olaydan iki husus çıkartılabilir. İlki usulüne uygun tebligatın önemi sebebiyle bu husustaki şikayetlerin karşılanması, mahkemelerce incelenmesi gerekliliğidir. İkincisi ise mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda tebligatın usulsüz olması durumunda bireylerin hakka ilişkin iddia ve itirazlarını etkin biçimde ortaya koyabilme haklarının elinden alındığı, bu açıdan daha önceden izah edilen üçlü analiz bağlamında devletin yükümlülüklerinden ikincisini (iddia ve savunmaların etkin biçimde ortaya konulabilmesi) ihlal edebileceğidir. Öyle ise öncelikle tebligat her durumda usulüne uygun biçimde gerçekleştirilmeli ve bununla birlikte tarafların tebligatın usulüne uygun olmadığına ilişkin şikayetleri de özenle incelenmelidir.

⁷⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin, Züliye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, Karar Tarihi: 14.9.2017, (p. 71).

⁷⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, Züliye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, Karar Tarihi: 14.9.2017, (p. 71).

⁷⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Züliye Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2014/1734, Karar Tarihi: 14.9.2017, (p. 75).

SONUÇ

Temel hak ve hürriyetler insan haklarının belirli bir zaman ve mekanla sınırlanmış halini ifade etmektedir. Bununla birlikte hak ve hürriyetlerin anayasalara ve pozitif metinlere dahil oluşu, bunların devlet ya da egemen tarafından ihlal edilmemesine dönük bir güvence anlamına gelmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesi devleti yalnızca mevcut pozitif hükümlerde düzenlenmiş hak ve hürriyetlerle sınırlandırmaz. Hukuk yalnızca pozitif hukuktan ibaret olmayacağına göre hukuk devleti de yalnızca pozitif hukukla bağlı devlet anlamına gelemez. Bu açıdan hukuk devleti ilkesi bağlamında devlet hem pozitif hükümlerle açık biçimde düzenlenmemiş hak ve hürriyetler bağlamında da sınırlanmakta, hem de bu ilke ile devlet hak ve hürriyetleri sağlama noktasında bir aracıya dönüşmektedir.

AİHS ise insan hakları açısından bir paradigma değişimine yol açmıştır. Elbette insan hakları alanında ilk uluslararası nitelikteki belge anılan Sözleşme değildir. Ancak bu Sözleşme yargısal bir denetim mekanizması ihtiva ettiğinden diğer hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası metinlerden ayrılmaktadır. Bu durumun ise temelde iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki devletlerin ya da egemenin insan hakları bağlamında sınırlandırılmasında ilk kez uluslararası boyutta pratik ve etkin bir sistem kurulmuş olmaktadır. Bundan önceki insan haklarına ilişkin uluslararası nitelikteki metinler yalnızca devletlerin uymayı taahhüt ettikleri, uymadıkları durumda ise sorumlu tutulamadıkları program hükümler niteliğindedir. Oysa AİHS ile ve AİHM vasıtasıyla devletlerin insan haklarına dönük ihlalleri pratikte de engellenebilmiş ya da devletler sorumlu tutulabilmiştir. İlgili sözleşmenin ikinci en önemli sonucu ise insan hakları açısından uluslararası hukukta bireylerin de bir süje olarak tanınmasıdır. Sözleşmede güvence altına alınan haklarından birinin ihlal edildiğini iddia eden bireylerin devletler aleyhine AİHM'e başvurabilmesi ve devletin sorumluluğuna gidebilmesi, insan hakları açısından yeni bir sayfanın açılmasına olanak tanımıştır.

Kural olarak kişiler hak ve hürriyetlerinin devlet tarafından dikey ilişkilerde ihlal edildiğinden bahisle AİHM'e başvurabilseler de, iç hukuk yollarının tüketilmesi

şartı bağlamında özel hukuk uyuşmazlıkları da öncelikle derece mahkemeleri önünde incelenmekte, ilgili mahkeme tarafından usuli ya da maddi boyutuyla hakkı ihlal edilen kişiler AİHM'e başvurabilmektedir. İşte bu aşamada dolaylı olarak da olsa yatay uyuşmazlıklar AİHM'e taşınabilmektedir. AİHM ise yapmış olduğu incelemede Sözleşmedeki hakları ve yükümlülükleri özel hukuk uyuşmazlığının taraflarına uygulamaktan ziyade, uyuşmazlığa yargı organı vasıtasıyla bir şekilde etki etmiş olan devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği üzerinden bir inceleme gerçekleştirmektedir. Bu yükümlülükler ise negatif ya da pozitif karakterli olabilir.

Hak ve hürriyetlere ilişkin en yaygın tasniflerden biri Jellinek tarafından geliştirilen “statü hakları” tasnifidir. Ancak anılan tasnif gerçek durumu karşılamakta yetersiz olduğundan bahisle bugün giderek terkedilmektedir. Gerçekten de negatif statü hakları olarak ifade edilen kişi haklarının dahi güvence altına alınabilmesi için devletin aktif bir takım eylem ve yükümlülükleri gerekebilir. Öncelikle ihlali önleyen ve ihlal gerçekleştiği durumlarda giderim ve eski hale getirme imkanı sağlayan yasal bir altyapının oluşturulması gerekmektedir. Bununla birlikte pratikteki uygulamanın da bu yasal altyapıya uygun biçimde gerçekleşmesi ve uygulamanın etkinliğinin sağlanması önemlidir. Hal böyle olunca uygulamaya dönük tedbirler, uygulayıcıların yeterli araç, gereç ve donanımla donatılması ve uygulamanın denetlenebilmesi de devletin yükümlülüklerindedir. Bu açıdan bakıldığında negatif statü hakları olarak ifade edilen hakların dahi gerçek anlamda güvence altına alınabilmesi için devletin belirli bir seviyede aktif eylemi gerektiği görülebilir. Bu kapsamda “statü hakları” tasnifinden ziyade yükümlülüklerin tasnifi önerilmektedir. Bu bakış açısına göre haklara ve o hakların devlete yüklediği ödevlere kategorik bir ön kabulle yaklaşımdan ziyade somut olayın özelliklerine göre hemen her hak ve hürriyetin devlete saygı gösterme, koruma ve sağlama (yerine getirme) biçiminde yükümlülükler yüklediği ifade edilmektedir. İzah edilen görüş, somut olayı kavramak ve devleti hak ve hürriyetlerin gerçek anlamda güvence altına alınmasında bir aracı olarak konumlandırmak açısından daha uygundur. Bu aşamada haklar artık yalnızca devleti sınırlandıran hususlar değil, aynı zamanda devlet tarafından korunan ve yeri geldiğinde bireylerin faydalanabilmesi sağlanan hususlar olarak görülmektedir.

Peki devlet hakları yalnızca uyuşmazlığın taraflarından birinin kendisi olduğu dikey uyuşmazlıklarda mı koruyacaktır? Bu soruya “evet” cevabı veren ülke

uygulamaları mevcut olsa da, günümüzde genel olarak devletten beklenen hemen her ilişkide hak ve hürriyetlerden gerçekten ve etkin biçimde faydalanılmasını teminat altına almasıdır. Diğer bir ifade ile yatay ilişkilerdeki uyuşmazlıklar da devletin ilgi alanı dışında değildir. Bu açıdan devlet tıpkı dikey ilişkilerde olduğu gibi yatay ilişkilerde de bireylerin hak ve hürriyetlerden gerçekten ve etkin biçimde faydalanmasını güvence altına almalıdır. Bunu sağlamanın yolu ise saygı gösterme, koruma ve sağlama biçimindeki yükümlülüklerin kompleks biçimde yerine getirilmesine bağlıdır.

Hak ve hürriyetlerin özel hukuk uyuşmazlıklarına ve ilişkilerine etkisine dönük olarak doktrin ve yargı uygulamalarında çeşitli teoriler mevcuttur. Bu hususta temel hak ve hürriyetlerin tıpkı bir özel hukuk hükmü gibi yatay ilişkilere doğrudan ve aracısız biçimde uygulanmasını öngören doğrudan yatay etki teorisi, temel hakların özel hukuka etkisinin en yoğun biçimde gerçekleştiği teoridir. İlgili teoriye göre bireyler özel hukuk ilişkilerinde doğrudan temel haklara dayanabilir, davalı ya da davacı olabilirler. Bu durum anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ancak ilgili teoriye karşı çeşitli eleştirilerde mevcuttur. Her şeyden önce hakların pozitif metinlerdeki düzenleniş yapısı özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanmalarına müsait değildir. Onlar bazen doğrudan devleti muhatap almış, diğer bazı durumlarda ise özel hukuk uyuşmazlıklarını kavrayacak ve düzenleyecek somutlukta ve ayrıntıda kaleme alınmamıştır. Bir diğer eleştiri ise hakların bireyin özgürlüğünü güvence altına almak ve devleti sınırlamak için düzenlendiği, oysa doğrudan etki teorisi vasıtasıyla bireyin özgürlüğünü sınırlamak için kullanılıyor olmasıdır. Aynı zamanda özel hukuk uyuşmazlıklarında her iki tarafın da bir temel hakka dayandığı durumlarda hangisine öncelik verileceği hususu anayasalarda açık biçimde düzenlenmemiştir. Hal böyle olunca yargıcın kendi inisiyatifi ile bir temel hakkı diğeri karşısında öncelemesi anayasaya aykırılık oluşturabilir. Doktrinde ilgili teoriye ilişkin olarak yargı organına verdiği takdir ve yorum gücü sebebiyle kuvvetler ayrılığı ve kişilerin iradelerinin tıpkı devletler gibi sınırlandırılması nedeniyle irade hürriyeti bağlamında eleştiriler yapıldığı da görülmektedir.

Hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi bağlamında bir diğer teori ise dolaylı yatay etki teorisidir. İlgili teoriye göre temel hak ve hürriyetler özel hukukun ve bilhassa onun soyut ve belirsiz hükümlerinin yorumlanmasında bir rehberdir. Bu

açından bireyler ilgili uyuşmazlıklarda münhasıran temel haklara dayanamazlar. Ancak örneğin iyi niyet, kamu düzeni ya da ahlaka aykırılık gibi özel hukukun soyut ve belirsiz hükümleri, diğer bir ifade ile özel hukukun sızma noktaları, anayasal ilke ve değerlerin özel hukuk uyuşmazlıklarına etki etmesine olanak sağlar. Hakimler de uyuşmazlıklarda anayasal ilke ve değerleri göz ardı edemezler. Bu açıdan objektif değerler düzeni yaratan ve hukukun tüm alanlarına etki eden anayasal ilke ve değerlerin yatay ilişkilerde de bireylerin hak ve hürriyetlerini güvence altına alması mümkün olabilir.

Doktrinde karşılaşılan bir diğer teori ise koruma yükümlülüğü teorisidir. İlgili teori anayasal ilke ve değerlerin özel hukuk uyuşmazlıklarına doğrudan ya da dolaylı biçimde etki etmesinden ziyade devletin yatay uyuşmazlık hususunda üzerine düşenlere odaklanmaktadır. Hatta bu sebeple ilgili teorinin özel hukuk kişilerine yükümlülük getirmediği, devleti hakkı güvence altına almakla görevlendirdiği, bu sebeple hakların niteliğine uygun bir yapıya sahip olduğu öne sürülmektedir. Gerçekten de teoriye göre devlet gerek yatay gerekse dikey ilişkilerde hakların gerçekten ve etkin biçimde güvence altına alınması için makul biçimde kendisinden beklenebilecek hususları yerine getirmekle yükümlüdür. Bunlar somut olayın özelliklerine göre pozitif ya da negatif karakterli olabilecektir. İlgili teori AİHM ve AYM'nin bireysel başvurulara ilişkin yapısına da uygun görünmektedir. Şöyle ki, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı bağlamında özel hukuk uyuşmazlıkları öncelikle derece mahkemeleri önüne gitmektedir. Ardından bireysel başvuru sözkonusu olduğunda AYM somut olayda yargı organının kamu gücü kullanan bir devlet organı olarak yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemektedir. AİHM de pratikte benzer şekilde sözleşmede güvence altına alınan hususların iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı karşısında taraf devletin yargı organı tarafından gözetilip gözetilmediğini incelemektedir.

Doktrinde ve ülke uygulamalarında karşılaşılan bir diğer teori ise devlet eylemi teorisidir. ABD tarafından benimsenen bu teoriye göre temel haklar esasen devleti sınırlandırmak için düzenlenmiştir. Bu sebeple ilgili hakların bireyin özgürlüğünü sınırlamak amacıyla kullanılması düşünülemez. Hal böyle olunca anayasadaki temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanması, ancak ilgili uyuşmazlıkta belirli bir seviyede devlet eyleminin bulunması şartına bağlıdır. Ancak ilgili teori içtihatlar vasıtasıyla genişleme eğilimindedir. Bu açıdan örneğin ayrımcılığa dayalı bir özel

hukuk sözleşmesinin yargı organı vasıtasıyla icra edilmesi, devlet eyleminin varlığı olarak nitelendirilerek anayasada güvence altına alınan ayrımcılık yasağı somut olaya uygulanabilmektedir. Bu açıdan devlet eylemi teorisi temel hakların yatay etkisinin mevcut olmadığı ya da mevcut olsa dahi bu etkinin en minimal düzeyde gerçekleştiği teoridir. Teorinin korumayı hedeflediği husus bireylerin özerkliği ve irade hürriyetidir. Anayasal hükümlerin özel hukuk ilişkilerinde bireylerin haklarını sınırlamak için kullanılmaması, bu hedefin gerçekleşmesini sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere doktrinde ve uygulamada temel hakların yatay etkisine ilişkin çeşitli teoriler mevcuttur. Ancak daha önceden de izah edildiği üzere AİHM ve AYM bağlamında pratikte özel hukuk uyuşmazlıklarından devletin sorumlu tutulabilmesi, onun yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine bağlıdır. Bu yükümlülükler ise somut olay özelinde negatif ya da pozitif karakterli olabilir. Ancak pratikte yargı organının yasama organına emir ve talimat vermesi ya da yol göstermesi sözkonusu olamaz. Bu açıdan AİHM'in vermiş olduğu kararlar yalnızca davanın tarafı olan devleti bağlayan ve belki tazminat da içeren deklarasyon niteliğindeki kararlardır. AİHM'in Sözleşmedeki güvencelere aykırı bir işlemi iptal etmesi ya da ortadan kaldırması mümkün olmayacağı gibi taraf devletin yasama organına ihlalin giderilmesi açısından talimat ta verilemeyecektir. Benzer şekilde bireysel başvurularda bir ihlal mevcutsa başvuru lehine tazminata hükmedilmesi mümkündür. Ancak ihlalin giderimi ve hakkın korunması bağlamında yasama organına bir emir ya da talimat verilmesi söz konusu değildir. Hal böyle olunca pratikte özel hukuk uyuşmazlıkları öncelikle ulusal derece mahkemesi önünde incelenmekte, daha sonra bireysel başvuruda ya da AİHM incelemesinde derece mahkemesinin Sözleşme'deki güvencelere uygun biçimde hareket edip etmediği değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile pozitif yükümlülüklerin usuli ve maddi boyutu içerisinden genellikle pratikte usuli boyut incelenmekte, maddi hakkın usuli güvencelerine aykırı davranıldığında devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığından bahisle özel hukuk uyuşmazlığından dolayı devletin sorumluluğuna hükmedilmektedir. Bu açıdan pozitif yükümlülüklerin usuli ve maddi boyutu olsa da maddi boyutu yönüyle esasa ilişkin olarak emir ve talimat verilemeyeceğinden ihlaller de genellikle usuli yönden tespit edilmektedir.

Tartışılan bir diğer husus ise pozitif yükümlülükler ile negatif yükümlülükler arasındaki ilişkidir. Bilhassa devletin ruhsat verdiği, izin, kontrol ya da denetimi

altında yürütülen faaliyetler ile özel kişilerle birlikte ortak yürüttüğü faaliyetler neticesinde bir temel hakka müdahale edilmesi durumunda devletin hangi tip yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespiti kolay değildir. Devlet hem hakka müdahale etmekle negatif yükümlülüğünü ihlal etmekte, hem de gerekli önlemleri almamakta ihmali bulunduğu gerekçesiyle pozitif yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Hal böyle olunca pozitif yükümlülüklerle negatif yükümlülüklerin birbirinden keskin biçimde ayrılması mümkün değildir.

Pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak doktrinde çeşitli eleştiriler de mevcuttur. Bu eleştirilerin başında onların mevcut hükümlerde açık biçimde düzenlenmemiş olması gelmektedir. Gerçekten de Mahkemelerin tespit ettiği pek çok pozitif yükümlülüğün mevcut hükümlerin norm alanının yorum yoluyla genişletilmesi suretiyle tespit edildiği görülebilir. Bu durumun çeşitli sebepleri mevcuttur. Öncelikle negatif yükümlülükler seçeneksiz ve zorunlu yapıdadır. Devletin müdahale etmemesi somut olayda yükümlülüğün ihlal edilmemesi için yeterlidir. Oysa bir hakkın güvence altına alınması için çok çeşitli pozitif yükümlülükler tespit edilebilir ve devlet, bu yükümlülüklerden kendi sosyal ve ekonomik yapısına göre bir tanesini benimseyebilir. Bu sebeple seçimlik yapıda olan pozitif yükümlülüklerin açık biçimde metinlerde düzenlenmesi mümkün olamamıştır. Bir diğer sebep ise gelişen ve değişen sosyal ve hukuksal yapıdır. Bu açıdan toplumun ihtiyaç ve talepleri her gün değişmektedir. Hal böyle olunca pozitif yükümlülükler de toplumun talepleri doğrultusunda gelişim içerisinde. Bu açıdan günümüzden yetmiş yıl önce kaleme alınmış bir metnin bu gün için gerek duyulan yükümlülükleri açık biçimde tespit etmesi düşünülemez.

Pozitif yükümlülüklerin yorum yoluyla ve mevcut hükümlerinin norm alanının genişletilmesi suretiyle tespit edildiği yukarıda ifade edilmişti. Bu açıdan dinamik yorum ve konsensüs metodu AİHM'in başvurduğu yorum araçlarıdır. Yaşayan belge ve dinamik yorum, Sözleşmenin çağın ihtiyaçlarını karşılamasını hedeflemektedir. Bu açıdan sözleşme hazırlandığı zamana göre değil, bu günün gerek ve ihtiyaçlarına göre yorumlanmalı ve güncelliğini korumalıdır. Ancak bu yöntem ile Sözleşme'de güvence altına alınan hakların gerçekten ve etkin biçimde korunması tesis edilebilir. Aksi durumun kabulü ise Sözleşmeyi statik bir metin haline getirecek, içerdiği güvenceler ise günümüzde bir yanılsama haline dönüşecektir. Peki bu günün ihtiyaç ve gerekleri nasıl tespit edilecektir? Bu noktada konsensüs metodu Mahkeme'nin

yardımına yetişmektedir. Mahkeme bir hususta konsensüsün olduğunu tespit ettiğinde, o husus bu günün ihtiyaç ve gereklerinden olarak değerlendirilmekte ve devletten bu hususta eylemler beklenmektedir. Konsensüs sözcüğü ile mutabakat ya da oybirliği ifade ediliyor gibi gözükse de, AİHM'e göre bazen bir konu hakkındaki trend dahi konsensüsün tespiti için yeterli görülmektedir. Ancak arz edilen iki yöneme ilişkin olarak da eleştiriler mevcuttur. Yaşayan belge ve dinamik yorum Sözleşmeye taraf devletlerin uymayı taahhüt ettiğinden farklı biçimde sözleşmenin sınırsız genişlemesine yol açabileceğinden bahisle eleştirilmektedir. Bilhassa yorum sırasında tarihsel yorumun tamamen gözardı edilmesi bu sonuca yol açabilir. Konsensüs metodu ise gerek örneklemin seçim usulü ve yeterli örneklem sayısının belli olmayışı, gerekse hangi durumlarda kaç devletin ortak görüşünün yeterli olduğu noktasında objektif kriterler bulunmayışı sebebiyle eleştirilmektedir. Aynı zamanda konsensüsün dışında kalan devletlerin neden çoğunluğa tabi olması gerektiği bir başka tartışmanın konusudur.

Yukarıda açıklananlar ışığında AİHM ve AYM'nin hak eksenli ve genişlemeci aktivist bir tavır takındığı tespit edilebilir. Konumuz açısından Anayasayı ya da AİHS'i hazırlayan kişilerin subjektif amaçlarından uzaklaşılması aktivizm olarak tanımlanabilir. Doktrinde aktivizmin hak temelli ve insan haklarının korunması ya da geliştirilmesi amacına dönük olarak kullanılmasının meşru ya da faydalı olduğu, bunun karşısında ideolojik eksenli aktivist tutumların meşru olmadığı ifade edilmektedir. Bu önerme kabul edilirse, AİHM ve AYM'nin pozitif yükümlülükleri hakkın güvence altına alınması ve korunması amacıyla geliştirdiği dikkate alındığında meşru bir aktivizm sergiledikleri değerlendirilebilir. Ancak yine de metnin lafzından ve onu hazırlayanların subjektif iradesinden tamamen kopmuş bir yorum bize göre sorunlu gözükmektedir. Bu yönüyle yatay etki, pozitif yükümlülükler, dinamik yorum ya da konsensüs metodu gibi hususlarda mahkemelerin pozitif metinden tamamen uzaklaşmaları, bu hususlara objektif kriterler getirmeleri, belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanması açısından önemlidir.

Mülkiyet hakkı ise gerek AİHS metninde gerekse Anayasada güvence altına alınmış bir temel hak ve hürriyettir. Ancak ilgili metinler incelendiğinde bu hakkın negatif bir karakterle kaleme alındığı görülebilir. Oysa toplumda mülkiyet hakkına dönük ihlaller yalnızca devletler tarafından gerçekleştirilmemektedir. Hal böyle olunca pozitif metinlerle güvence altına alınan ilgili hakkın yatay ihlallerde de

koruma sağlaması gerekmektedir. Bu açıdan AİHM ve AYM devletin mülkiyet hakkına dönük pozitif yükümlülükleri bağlamında yatay uyumsuzlıklardan devleti sorumlu tutmaktadır.

Peki mülkiyet hakkına ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri nelerdir? Öncelikle mülkiyet hakkını gerek hukuk gerekse ceza davalarında güvence altına alan etkin ve caydırıcı yasal düzenlemelerin ihdas edilmesi devletin yükümlülüklerindedir. Ancak elbette yalnızca yasal düzenlemenin mevcut olması hakkın güvence altına alınması için yeterli değildir. Aynı zamanda uygulamanın da yasal düzenlemeye uygun biçimde yürütülebilmesi ve bu hususun denetlenmesi gerekmektedir. Uygulamanın yasaya uygun biçimde yürütülebilmesi pek çok pratik önlemleri içerisinde barındırmaktadır. Etkin bir kolluk ve yargı sistemi inşası bu önlemlerin temelini oluşturmaktadır. Bu sistemde görev alacak kişilerin yetiştirilmesinden, görevlilerin ihtiyacı olan araç ve gereçle donatılmasına kadar pek çok husus hakkın gerçekten güvence altına alınması için olmazsa olmazlardır.

Mahkeme içtihatları incelendiğinde mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri bağlamında bilhassa usuli gerekler üzerinden ihlaller yaşandığı görülmektedir. Bu ihlallerden başlıcaları yargı kararının icrasına ilişkin olanlardır. Mülkiyet hakkına ilişkin olarak yargı kararının icrasının sağlanması devletin pozitif yükümlülüklerindedir. Aynı zamanda mülkiyet hakkına ilişkin uyumsuzlıklarda makul sürede yargılanma hakkına riayet edilmemesi yine mülkiyet hakkının usule dönük pozitif yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda yargılamanın kararın icrasını da kapsadığı gerçeğinden hareketle, etkili ve adil bir icra sistemi kurmakla görevli olan devletin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi ve icra prosedüründeki gecikmeler ile eksiklikler devletin pozitif yükümlülüğünün ihlaline sebebiyet verebilir. Malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü, iddia ve savunmalar hakkında özenli bir inceleme yapma yükümlülüğü, kararda iddia ve savunmalarla ilişkili olarak tatmin edici yeterli gerekçenin bulunması gibi hususlar da devletin mülkiyet hakkına ilişkin usule dönük pozitif yükümlülüklerindedir.

Bu hususta bilhassa özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerine ilişkin bireysel başvurularda AYM'nin üçlü bir analiz kullandığı görülmektedir. Buna göre Mahkeme öncelikle somut olayda taraflar için ulaşılabilir ve öngörülebilir yasal düzenlemenin mevcut olup olmadığını araştırmaktadır. Bu

yasal düzenleme hakkına müdahale edilen kişi için yeterli giderim yolları sağlayabilmeli, hakka müdahale eden kişinin müdahalesini ise meşru kılmalıdır. Mahkemenin ikinci olarak incelediği husus tarafların iddia ve savunmalarını yetkili bir makam önünde efektif biçimde öne sürme imkanı bulup bulamadığıdır. İşte bu noktada bilhassa mülkiyet hakkına ilişkin usuli güvenceler inceleme alanı bulmaktadır. Son olarak Mahkeme yatay uyuşmazlıkta tarafların menfaatinin dengelenip dengelenmediğini araştırmakta, bu açıdan taraflardan birinin aşırı ve olağanüstü bir külfete maruz kalması durumunda müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermektedir.

Görüldüğü üzere mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler, yatay uyuşmazlıklardan da devletin sorumlu tutulabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak bu yapılırken, doğrudan usuli haklar olan etkili başvuru hakkı ya da adil yargılanma hakkının gerekleri de mülkiyet hakkının içerisine alınmaktadır. Bu yapılmaksızın da devletin yatay uyuşmazlıklardan sorumlu tutulması, örneğin somut olayda başvuru hakkının adil yargılanma hakkı ya da etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmesi pekala mümkündür. Ancak gerek AİHM gerekse AYM'nin güncel tavrı aksine yöneliktir.

KAYNAKLAR

- Akandji-Kombe, Jean-François. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Belçika: Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2007.
- Akıncı, Fatih. “Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum”. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 10-2 (2022): (s.839-876).
- Aksar, Yusuf. Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Akyol Bulut, Öznur. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Alexy, Robert. A Theory of Constitutional Rights. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Algan, Bülent. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Anayasal Yargıda Yorum”. Amme İdaresi Dergisi. 28-4 (1995): (s.3-26).
- Aliefendioğlu, Yılmaz. Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku(Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku). Ankara: Seçkin Hukuk, 2022.
- Antalya, Gökhan. “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 28-1 (2022): (s.1-47).
- Arıkan, Cengiz & Oktay, Ogün. “Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri Kavramı (AİHM ve AYM’nin İçtihatlarına Eleştirel Bir Yaklaşım)”. Kırıkkale Hukuk Mecmuası. 3-1 (2023): (s. 109-137).

- Arnold, Rainer & Feldbaum, Eva. "Aspects of Fundamental Rights Convergence in Europe with Some Comparative References to the Developments in Germany, United Kingdom and France". *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice* 52 The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe. Der., Rainer Arnold, Netherlands: Springer, 2016: (s.1-13).
- Arslan, Zühtü. "Anayasa Mahkemesi'nin Hak Eksenli Yorumu", *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum Sempozyumu*, 3 Ocak 2023.
- Arslan, Zühtü. "Türkiye'de Anayasa Şikayeti: Fırsatlar ve Sorunlar". *Anayasa Yargısı*. 30-1 (2014): (167-184).
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.
- Azıklı Köse, Miray. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme". *Public and Private International Law Bulletin*. 42-2 (2022): (s.1-44).
- Bal, Ali. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21 (2019): (s.27-82).
- Barak, Aharon. "Constitutional Human Rights and Private Law". *Human Rights in Private Law*. Der., Daniel Friedman & Daphne Barak-Erez. Oxford: Hart Publishing, 2001: (s.13-43).
- Barendt, Eric. "The United States and Canada, State Action, Constitutional Rights and Private Actors". *Human Rights and Private Sphere: A Comparative Study*. Der., Jörg Fedtke & Dawn Oliver, Routledge-Cavendish, 2007: (s.399-427).
- Barın, Taylan. "Bireysel Başvuru Hakkı ve Hakkın Geleceğine Yönelik Endişeler". *Anayasa Hukuku Dergisi*. 11-21 (2022): (s.31-56).
- Barkhuysen, Tom & Emmerik, Michiel van. "Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective". *Constitutionalisation of Private Law*. Der., Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenbergh. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006: (s.43-59).
- Bates, Ed. "The Birth of the European Convention on Human Rights-and the European Court of Human Rights". *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. Der., Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen, Oxford: Oxford University Press, 2011: (s.17-43).
- Battal, Ahmet. "Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları". *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Cebeci, 2001.

- Bedi, Sonu. "The Scope of Formal Equality of Opportunity: The Horizontal Effect of Rights in a Liberal Constitution". *Political Theory*. 42-6 (2014): (s.716-738).
- Beijer, Malu. *The Limits of Fundamental Rights Protection By The Eu-The Scope for the Development of Positive Obligations*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2017.
- Belling, Detlev & İnce, Nurten. "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi". *Legal Hukuk Dergisi*. 12/137 (2014): (s.3-59).
- Belling, Detlev W., *Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreue und Legalitätskontrolle von Tarifnormen*, *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (1999), (s. 547-615), Aktaran: Belling, Detlev & İnce, Nurten. "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi". *Legal Hukuk Dergisi*. 12/137 (2014): (s.3-59).
- Boyar, Oya. "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum". Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008.
- Boyar, Oya. "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki". *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*. Der., Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, 2013: (s.53-81).
- Boyar, Oya. *Anayasa ve Özel Hukuk*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Brems, Eva. "Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights". *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Der., Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge:Cambridge University Press, 2014: (s.137-162).
- Brügge-meier, Gert. "Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective". *Constitutionalisation of Private Law*. Der., Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenbergh. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006: (s.59-83).
- Busch, Christoph & Schulte-Nölke, Hans. *EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law: Fundamental Rights and Private Law*. Münih: Sellier European Law Publishers, 2011.
- Can, Osman. "“Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler". *Anayasa Yargısı*. 35-1 (2018): (s.23-44).
- Carss-Frisk, Monica. *The Right to Property-A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*. Council of Europe, 2001.

- Christoffersen, Jonas & Madsen, Mikael Rask. "Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics"ç The European Court of Human Rights between Law and Politics. Der., Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen, Oxford: Oxford University Press, 2011: (s.1-17).
- Collins, Hugh. "On the (i)ncompatibility of Human Rights Discourse and Private Law". Constitutionalization of European Private Law. Der., Hans-Wolfgang Micklitz, Oxford: Oxford University Press, 2014: (s.26-60).
- Çayan, Gökhan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 7-28 (2016): (s.191-226).
- Çekin, Mesut Serdar. "Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 74-2 (2016): (s.645-674).
- Çımrın, Çiğdem. "Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 128 (2017): (s.9-38).
- Çoban, Ali Rıza. "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi Ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 57 (2008): (s.187-224).
- Dağ Bereket, Cansu. "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı". Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2 (2020).
- Dickson, Brice. "Positive Obligations and the European Court of Human Rights". Northern Ireland Legal Quarterly. 6/3 (2010): (s.203-208).
- Dinç, Güney. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- Doğmuş, Simay. AİHS Işığında Devletin Yaşam Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri. Ankara: Seçkin Hukuk, 2018.
- Doğru, Osman. "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler". Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, Danıştay Matbaası 2008, 11 Mayıs 2007.
- Donnelly, Jack. Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları. Çev., Mustafa Erdoğan & Levent Korkut. Cornell University Press, 1989, Yetkin Yayınları, 1995.
- Döner, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku. Erzincan: Doğu Yayınevi, 2020.

- Dönmez, Gökhan. Anayasa Hukuku(Genel Esaslar). Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Dönmezkuş, Dilara. “Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019.
- Durig, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung, von Bonner Grundgesetz gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, aktaran: Belling, Detlev & İnce, Nurten. “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”. Legal Hukuk Dergisi. 12/137 (2014): (s.3-59).
- Dzehtsiarou, Kanstantsin. European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Eide, Asbjorn. “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”. Economic, Social and Cultural Rights a Textbook. Der., Asbjørn Eide & Catarina Krause & Allan Rosas, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001: (s.9-28).
- Eide, Asbjorn. Report on the to Adequate Food as a Human Right, Birleşmiş Milletler. Cenevre, 7 Temmuz 1987.
- Elkind, David S. “State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity”. Columbia Law Review. 74-4 (1974): (s.656-705).
- Erdoğan, Murat. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Hürriyetlerin Yorumu. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Mustafa. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Hukuk Yayınları, 2018.
- Eren, Abdurrahman. “Avrupa İnsan Hakları Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve “Yeni Kapalı Politik Alan””. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 7-3,4 (2003): (s.209-262).
- Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Dersleri. Ankara: Seçkin Hukuk, 2022.
- Ergül, Ozan. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”. Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı. Cilt-I (2013): (s.433-488).
- Fastrich, Lorenz. “Human Rights and Private Law”. Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy. Der., Katja S. Ziegler. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007: (s.23-35).

- Fedtke, Jörg, "Drittwirkung in Germany". Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study. Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke. Routledge-Cavendish, 2007: (s.125-157).
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Ferreira, Nuno. Fundamental Rights and Private Law in Europe-The Case of Tort Law and Children. London/New York: Routledge, 2011.
- Florczak-Wątor, Monika. "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State". International and Comparative Law Review. 17-2 (2017): (s.39-53).
- Gardbaum, Stephen. "The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights". Michigan Law Review, 102-3 (2003): (s.388-458).
- Garlicki, Lech. "Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights". The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism. Der., András Sajó & Renáta. Uitz, Utrecht: Eleven International Publishing, 2005: (s.129-143).
- Gemalmaz, Burak. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı. İstanbul: Beta, 2009.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt II. İstanbul: Legal Hukuk Yayınları, 2012.
- Gerards, Janneke. General Principle of the European Convention on Human Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Gören, Zafer. "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi". Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cebeci/Ankara, 11 Mayıs 2001: (s.1-35).
- Gören, Zafer. "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay(Üçüncü Kişilere) Etkisi". Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu. Der., Özlem Erişgin, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001: (s.1-35).
- Gören, Zafer. Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Gören, Zafer. Temel Hak Genel Teorisi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt I. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.

- Gözler, Kemal. Anayasa Hukuku Genel Teorisi Cilt II. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukukuna Giriş. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Esasları. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. İnsan Hakları Hukuku. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.
- Greer, Steven. The European Convention on Human Rights Achievements, Problems and Prospects. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Grgić, Aida, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı-İnsan Hakları El Kitapları Numara 10. Çev., Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Belçika: Avrupa Konseyi, 2007.
- Gülfidan, Serkan. Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri-Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gümüş, Tarık. Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Gürsoy, Kemal Tahir. Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Hamdemir, Berkan. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara: Seçkin Hukuk, 2018.
- Harris, David & M. O'Boyle & Ed Bates & Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick : Law of the European Convention on Human Rights, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Hassemer, Winfried. "Anayasa Şikâyeti Ve Buna İlişkin Sorunlar" (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor). Anayasa Yargısı. Cilt 21 (2004): (s.1-13).
- Herdegen, Matthias. "Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması". Çev., Gökhan Güneysu, Anayasa Teorisi, Çev. Edt., İlyas Doğan, Der., Otto Depenheurer & Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, 2014: (s.287-305).
- Hillgruber, Christian. Anayasanın Yorumlanması, Bölüm Çev., Yüksel Metin, Anayasa Teorisi, Çev. Edt., İlyas Doğan, Der., Otto Depenheurer & Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, 2014: (s.519-549).

Hirsch, Ernst E. “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri” Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara: Sevinç Yayınları, 1972.

Holmes, Stephen & Sunstein, Cass R., The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York/London: Northon Company, 2000.

Izhikov, Maksim Yuryevich. ““Horizontal” Human Rights And Positive Obligations”. Juridical Sciences and Education. 57 (2018): (s.190-202).

İba, Şeref. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Jayawickrama, Nihal. The Judicial Application of Human Rights Law National, Regional and International Jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Kaboğlu, İbrahim Özden. Anayasa Hukuku Dersleri(Genel Esaslar). İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019.

Kamışlı, Gani. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları. Ankara: Seçkin Hukuk, 2018.

Kanadoğlu, Korkut. “Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması”. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1998.

Kanadoğlu, Osman Korkut & Duygun, Ahmet Mert. Anayasa Hukukunun Genel Esasları. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.

Kaneti, Selim. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanına Etkileri”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 53/1-4 (1990): (s.199-211).

Kantarcıoğlu, Fulya. “Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu”. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Cebeci/Ankara, 11 Mayıs 2001.

Karabulut, Muhammed Fatih. “Malvarlığına Karşı Suçlarda Devletin Pozitif Yükümlülükleri”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 42 (2020): (s.231-246).

Kaya, Semih Batur. "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 19-3 (Temmuz 2015): (s.355-402).

Kaya, Semih Batur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu. Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.

- Kaya, Semih Batur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu. Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.
- Kerikmäe, Tanel. "EU Charter: It's Nature, Innovative Character, and Horizontal Effect". Protecting Human Rights in the EU: Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights. Der., Tanel Kerikmäe. Berlin: Springer, 2014: (s.5-21).
- Keskinsoy, Ömer. Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Monopol Yayınları, 2019.
- Kılınç, Ahmet. "İnsan Haklarının Anayasal Konumu". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. IX/1-2 (2005): (s.279-290).
- Klatt, Matthias. "Positive Obligations Under The European Convention Of Human Rights". Heidelberg Journal of International Law. 71-4 (2011): (s.691-718).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. Borçlar Hukuku Genel Bölümler-Birinci Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Koch, Ida Elisabeth. "The Justiciability of Indivisible Rights". Nordic Journal of International Law. 72-1 (2003): (s.3-39).
- Kommers, Donald P. & Miller, Russell A., The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham/London: Duke University Press, 2012.
- Korucu, Serdar. Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu. Ankara: Seçkin Hukuk, 2014.
- Köküarı, İsmail. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi". Anayasa Yargısı Dergisi. 33 (2016): (s.303-318).
- Köküarı, İsmail. Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Köküarı, İsmail. Anayasal Hakların Çatışması. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Küçük, Adnan. "Egemenlik (Hâkimiyet), Halk Egemenliği Ve Milli Egemenlik Tartışmaları Ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 0-6 (2016): (s.311-361).
- Küçük, Adnan. "Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 8-31 (2017): (s.259-314).

- Küçük, Adnan. “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelenmesi”. *Liberal Düşünce*. 35 (2004): (s.201-209).
- Küçük, Adnan. *Türkiye'nin Siyasal ve Anayasal Rejimi*. Ankara: Orion Kitabevi, 2012.
- Küçük, Adnan. *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*. Ankara: Adres Yayınları, 2019.
- Küçük, Adnan. *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*. Ankara: Adres Yayınları, 2020.
- Küçük, Adnan, “1982 Anayasası’ndaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu”. *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Der. Bayram Doğan. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022: (s. 11-75).
- Lautenbach, Geranne. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Lavrysen, Laurens. “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequate Protect ECHR Rights”. *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*. Der., Yves Haeck & Eva Brems, Netherlands: Springer, 2013: (s.69-129).
- Lavrysen, Laurens. “The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations”. *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Der., Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge:Cambridge University Press, 2014: (s.162-183).
- Letsas, George. “The ECHR as a Living Instrument: It’s Meaning and Legitimacy”. *Constituting Europe-The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Der., Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein, Cambridge: Cambridge University Press, 2013: (s.106-142).
- Lewis, Thomas P. “The Meaning of State Action”. *Columbia Law Review*. 60-8 (1960): (s.1083-1123).
- Loucaides, Loukis G., *The European Convention on Human Rights Collected Essays*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 70 (2007).
- Madsen, Mikael Rask. “The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence”. *The European Court of Human Rights between Law and Politic*. Der., Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen. Oxford: Oxford University Press, 2011: (s.43-61).

- Malatesta, Deanna & Carboni, Julia L., “The Public–Private Distinction: Insights for Public Administration from the State Action Doctrine”. *Public Administration Review*. 75-1 (2015): (s.63-74).
- Mellinghof, Rudolf. “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”. *Anayasa Yargısı*. 26 (2009): (s.31-44).
- Metin, Yüksel. “Anayasal Demokrasi İçerisinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2-1 (2012): (s.89-130).
- Metin, Yüksel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”. *Uluslararası İlişkiler Dergisi*. 7/27 (2010): (s.111-132).
- Mowbray, Alastair. “Between the will of the Contracting Parties and the Needs of Today-Extending the Scope of Convention Rights and Freedoms Beyond What Could Have Been Foreseen by the Drafters of ECHR”. *Shaping Rights in the ECHR-The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Der., Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge: Cambridge University Press, 2014: (s.17-38).
- Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Myjer, Egbert. “Why much of the Criticism of the European Court of Human Rights is Unfounded”. *The European Court of Human Rights and Its Discontents-Turning Criticism into Strength*. Der., Spyridon Flogaitis & Tom Zwart & Julie Fraser, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013: (s.37-54).
- Nieuwenhuis, Hans. “Fundamental Rights Talk an Enrichment of Legal Discourse in Private Law?”. *Constitutionalisation of Private Law*. Der., Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenbergh. Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006: (s.1-9).
- Nipperdey, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. Scherpe Verlag. 1961: (s.14-15), aktaran: Van der Walt. *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*. De Gruyter. 2014.
- Odyakmaz, Zehra. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Onikilevha, 2019.
- Okay Tekinsoy, Özge. “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1-1 (2011): (s.66-79).

- Oliver, Dawn & Fedtke, Jörg. “Comparative Analysis”. Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study. Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke. Routledge-Cavendish, 2007: (s.467-520).
- Oliver, Dawn & Fedtke, Jörg. “Human Rights and Private Sphere – The Scope of the Project”. Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study. Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke. Routledge-Cavendish, 2007: (s.3-27).
- Özbay, Feyzan. “Bireysel Başvuruda Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme”, 2017.
- Özbudun, Ergun. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi”. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. 62-3 (2007): (s.257-268).
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Öztürk, Namık Kemal. Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.
- Perdecioğlu, İsmail Emrah. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi Ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 43 (2020): (s.49-78).
- Perdecioğlu, İsmail Emrah. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu Mülkiyet Hakkı Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Perdecioğlu, İsmail Emrah. Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Peretti, Terri. “Constructing the State Action Doctrine 1940–1990”. Law & Social Inquiry. 35-2 (2010): (273-310).
- Polakiewicz, Jörg. “The Implementation of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Field of Private Law”. Tel Aviv University Studies in Law. 12 (1994): (s.181-208).
- Poroy, Mehmet Akif. “Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”. İstanbul Barosu Dergisi. 80-3 (2006): (s.1005-1011).
- Robertson, David. Dictionary of Human Rights. London/New York: Europa Publications, 2004.
- Rutherglen, George. “State Action, Private Action, and the Thirteenth Amendment”. Virginia Law Review. 94-6 (2008): (s.1367-1406).

- Rüffer, Wolfgang, “Grundrechtskonflikte”. Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band 2. Der., Christian Strack, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1976: (s.453-479), Aktaran: Sibel Yılmaz Coşkun, “Anayasal Hakların Çatışması”. Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022.
- Sabuncu, Yavuz. “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”. İnsan Hakları Yıllığı TODAİ Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi. 7-8 (1985-1986): (s.15-26).
- Sağlam, Fazıl. Anayasa Hukuku Ders Notları. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Sağlam, Fazıl. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Matbaası, 2016.
- Sağlam, Fazıl. Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, 1982.
- Sarıkaya Güler, Tuğba. “‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?”. European Journal of Multidisciplinary Studies. 2-6 (2017): (s.359-365).
- Schabas, William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Schabas, William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Schulz, Sebastian. Grundrechtskollisionen im Berufssport. Baden: Nomos, 2011. Aktaran: Sibel Yılmaz Coşkun, “Anayasal Hakların Çatışması”. Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022.
- Shue, Henry. Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy. New Jersey: Princeton University Press, 2020.
- Smith, Jan. “Private Law and Fundamental Rights: a Sceptical View”. Constitutionalisation of Private Law. Der., Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenbergh, Boston: Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2006: (s.9-23).
- Spielmann, Dean. “The European Convention on Human Rights-The European Court of Human Rights”. Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study. Der., Dawn Oliver & Jörg Fedtke, Routledge-Cavendish, 2007: (s.427-467).

- Starck, Christian. "Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court". Human Rights in Private Law. Der., Daniel Friedman & Daphne Barak-Erez. Oxford: Hart Publishing, 2001: (s.97-113).
- Starmer, Keir. "Positive Obligations Under the Convention". Understanding Human Rights Principles. Der., Jeffrey Jowell & Jonathan Cooper, Oxford/Oregon: Hart Publishing, 2001: (s.139-160).
- Stone Sweet, Alec. Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Sunay, Reyhan. "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 23-1 (2015): (s.9-52).
- Sungurtekin Özkan, Meral. "Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11 (2009): (s.553-574).
- Şenol, Cem. "AİHS Hükümleri Ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi". Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1 (2012): (s.259-288).
- Şimşek, Suat. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri". Sayıştay Dergisi, 84 (2012): (s.1-21).
- Şimşek, Suat. "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 91 (2011): (s.312-349).
- Şimşek, Suat. Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı. Ankara: T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2011.
- Şirin, Tolga. "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler". VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu'nda Sunulan Bildiri, 2014.
- Şişli, Zeynep. "İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri: Telafi mi, Koruma mı?". İzmir Barosu Dergisi. 84-3 (2019): (s.167-208).
- Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

- Taylor, Greg. "The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, The German Model and its Applicability to Common-Law". *King's Law Journal*. 13-2 (2002): (s.187-218).
- Turabi, Selami. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. Ankara: Seçkin Hukuk, 2017.
- Turhan, Mehmet. "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*. 62-3 (2007): (s.379-404).
- Tümay, Murat. "The "Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights". *Ankara Law Review*. 5-2 (2008): (s.201-234).
- Uran, Peri. "Anayasaların Başlangıç Kısımları". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 73/1 (2015): (s.223-248).
- Uslu, Ferhat. *Anayasa Hukukun 99 Konusu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Uslu, Ferhat. *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Uz, Abdullah & Yüksel, Metin. "Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı". *Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi*. 2 (2007): (s.877-900).
- Ülkü, Muhammet Murat. *Hürriyetinden Mahrum Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Devletin Pozitif Yükümlülükleri*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2019.
- Vitzthum, Wolfgang Graf. "Anayasanın Şekli, Dili ve Uslubu". Çev., Elif Eren Koç, *Anayasa Teorisi, Der., Otto Depenheuer & Christoph Grabenwarter, Çev. Edt., İlyas Doğan, İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014: (s.385-403)*.
- Voermans, Wim. "Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What is the Legislature to do? An Intermezzo from a Constitutional Point of View". *Constitutionalisation of Private Law. Der., Tom Barkhuysen & Siewert D. Lindenbergh. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006: (s.33-43)*.
- Walkila, Sonya. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2016.
- Xenos, Dimitris. *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*. London/New York: Routledge Publishing, 2012.

- Yancı Özalp, Nihan. Türkiye'de Yargısal Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu. İstanbul: Onikilevha, 2018.
- Yayla, Atilla. Anayasa Teorisine ve Hukukuna Giriş. Ankara: Adres Yayınları, 2018.
- Yiğit, Aziz. “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu ve Yargısal Aktivizm”. Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Young, Alison L., “Horizontality and the Human Rights Act 1998”. Human Rights and Private Law : Privacy as Autonomy. Der., Katja S. Ziegler, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007: (s.35-53).
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”. Uluslararası İlişkilerde Olaylar ve Yorumlar. 6-27 (1997): (s.65-79).
- Yüzer Eltimur, Dilara. AIHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Zwart, Tom. “More Human Rights than Court: Why the Legitimacy of the European Court of Human Rights is in Need of Repair and How It can be Done”. The European Court of Human Rights and Its Discontents-Turning Criticism into Strength. Der., Spyridon Flogaitis & Tom Zwart & Julie Fraser, Cheltenham UK. Northampton MA, USA: Edward Elgar Publishing, (2013): (s.71-96).

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Ogün OKTAY

Doğum Tarihi

Yabancı Dil

Eğitim Durumu

Lisans : Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans : Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2023 (Devam Ediyor)

Çalıştığı Kurum/Kurumlar ve Yıl/Yıllar: Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(2022-Devam Ediyor)

Yayımları (SCI) :

Yayımları (Diğer) :

Uluslararası Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi 241. Sayı
(24.01.2023)

Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri Kavramı(AİHM ve
AYM'nin İçtihatlarına Eleştirel Bir Yaklaşım), Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 3.
Cilt 1. Sayı (30.04.2023)

Araştırma Alanları : Kamu Hukuku, Anayasa Hukuku, İnsan Hakları Hukuku