

"13 AYRI HUKUK BRANŞINDA"

**HAKEMLİ DERGİ ÇIKARTAN,
ALANINDA LİDER YAYINEVİ**

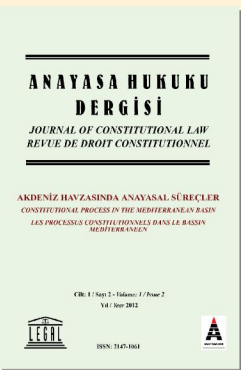
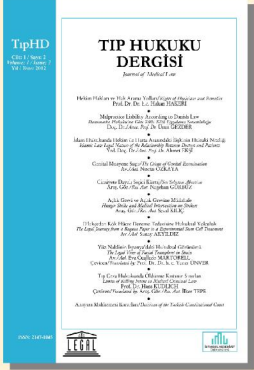
Türkiye'de Hukukun Adresi

Mayıs / May 2014
Cilt: 12 / Sayı: 137
Volume: 12 / Issue: 137

LEGAL Hukuk Dergisi

LEGAL JOURNAL OF LAW

LEGAL HUKUK DERGİSİ
LEGAL JOURNAL OF LAW



MAKALELER / ARTICLES

Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi
Horizontal Effect of Fundamental Rights in Turkish-German Private Law
Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. BELLING
Nurten İNCE

1917 Hukuk-i Aile Kararnamesinin Getirdiği Yeniliklerin Değerlendirilmesi ve Gayrimüslimler İçin Öngörülen Hükümler

Assessment of Reforms in Ottoman Law of Family Rights of 1917 and Prescribed Provisions for Non-Muslims
Doç. Dr. Haluk SONGUR
Öğr. Gör./Assoc. Member Salih KORKMAZ

Avrupa Birliği Hukukunda Yorum
Interpretation in Law of European Union
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ

Kambyo Senetlerine Dayalı Takip Hm 209 Hükümü Uyarınca İcra Takibinin Durdurulması ve İİK 72/3 ve HMK 209 Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Üzerine Öneriler

Suspension of Enforcement Proceedings for Negotiable Instruments According to the Civil Procedure Law (Article 209/1) and Suggestion of Changes on Bankruptcy and Enforcement Law (Article 72/3) & The Civil Procedure Law (Article 209/1)
Av./Atty. Ümit KARTAL

UZMAN GÖRÜŞLERİ / EXPERT OPINIONS

Haciz İsteme Hakkı (İİK, mad. 78)
Right to Demand Impoundment (Enforcement and Bankruptcy Code Article 78)

Av./Atty. Talih UYAR

Sermaye Şirketleri ile Şirketler Topluğunda Yıllık Faaliyet Raporu Düzenleme Yükümlülüğü
Obligation of Drawing Annual Activity Report in Corporations and Enterprise Systems

Soner ALTAS (Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Başmüfettişi/Ministry of Science, Industry and Technology Chief Inspector)

2013 Yılında Elde Edilen Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi
Taxation of Security Incomes Acquired in 2013
Yavuz AKBULAK (SPK Başuzmanı/Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey)

KARAR İNCELEMESİ / DECISION ANALYSIS

Engelli Filistinlinin Sınırdışı ve İdari Gözetim Altında Tutulması İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'nin 3, 5, 8 ve 13. Maddelerini İhlal Ettiğine İlişkin Olarak Asalya v. Türkiye Davasında Verilen 15 Nisan 2014 Tarihli AİHM Kararının Tercümesi

Translation of the Decision of the ECtHR in Asalya v. Turkey Case Dated 15 April 2014 Concerning Turkey's Violation of Articles 3, 5, 8 and 13 of the EHRC by Expulsion and Administrative Detention of a Paraplegic Palestinian
Çev./Translated by Prof. Dr. Nuray EKŞİ

YARGITAY KARARLARI, DANIŞTAY KARARLARI VE DİĞER YÜKSEK MAHKEME KARARLARI, HUKUK HABERLERİ, HUKUKİ MAKALELER, GÜNCEL MEVZUAT, RESMÎ GAZETE ÖZETLERİ, ÖNEMLİ BİLGİLER

**COURT OF CASSATION DECISIONS, COUNCIL STATE DECISIONS AND
OTHER SUPREME COURT DECISIONS, LEGAL NEWS, LEGAL WRITINGS,
CURRENT LEGISLATION, ABSTRACTS OF OFFICIAL GAZETTE, MAJOR
INFORMATION**



Cilt: 12 / Sayı: 137
Volume: 12 / Issue: 137
Mayıs / May 2014

ISSN 1303-9210

LEGAL HUKUK DERGİSİ

Cilt: 12/Sayı: 137

Yıl: 2014

İÇİNDEKİLER

Yüksek Mahkeme Kararları Kısa Özetleri	XXI
Hukukî Makaleler	1
Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi <i>Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. BELLING</i> <i>Nurten İNCE.....</i>	3
1917 Hukuk-i Aile Kararnamesinin Getirdiği Yeniliklerin Değerlendirilmesi ve Gayrimüslimler İçin Öngörülen Hükümler <i>Doç. Dr. Haluk SONGUR</i> <i>Öğr. Gör. Salih KORKMAZ</i>	59
Avrupa Birliği Hukukunda Yorum <i>Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ</i>	73
Kambiyo Senetlerine Dayalı Takipte Hmk 209 Hükümü Uyarınca İcra Takibinin Durudurulması ve İİK 72/3 ve HMK 209 Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Üzerine Öneriler <i>Av. Ümit KARTAL</i>	97
Uzman Görüşleri	105
Haciz İsteme Hakkı (İİK. mad. 78) <i>Av. Talih UYAR</i>	107
Sermaye Şirketleri ile Şirketler Topluluğunda Yıllık Faaliyet Raporu Düzenleme Yükümlülüğü <i>Soner ALTAŞ (Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Başmüfettişi)</i>	129
2013 Yılında Elde Edilen Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi <i>Yavuz AKBULAK (SPK Başuzmanı)</i>	139
Karar İncelemesi	155
Engelli Filistinlinin Sınırdışı ve İdari Gözetim Altında Tutulması İşlemleriyle Türkiye'nin AİHS'in 3, 5, 8 ve 13. Maddelerini İhlal Ettiğine İlişkin Olarak <i>Asalya v. Türkiye</i> Davasında Verilen 15 Nisan 2014 Tarihli AİHM Kararının Tercümesi <i>Çev. Prof. Dr. Nuray EKŞİ.....</i>	157
Hukuk Haberleri	189

Yargıtay Hukuk Kararları	285
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları.....	287
Yargıtay Hukuk Daire Kararları.....	329
Yargıtay Ceza Kararları	391
Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı	393
Yargıtay Ceza Daire Kararları.....	399
Danıştay Kararı	419
Danıştay Daire Kararı.....	421
Anayasa Mahkemesi Kararları	427
Güncel Mevzuat	441
Kanunlar	443
Resmî Gazete Özetleri.....	449
Önemli Bilgiler	463
LEGAL HUKUK DERGİLERİ SİPARİŞ FORMU	510
Yüksek Mahkeme Kararları Arama Dizinleri.....	511
Kavramlara Göre Arama Dizini	513
Kanun Maddelerine Göre Arama Dizini	517
LEGALBANK ABONELİK FORMU	519

LEGAL JOURNAL OF LAW

Volume: 12/Issue: 137

Year: 2014

CONTENTS

Plot Summary of Supreme Court Decisions.....XXI

Legal Writings 1

Horizontal Effect of Fundamental Rights in Turkish-German Private Law

Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. BELLING

Nurten İNCE..... 3

Assesment of Reforms in Ottoman Law of Family Rights of 1917 and
Prescribed Provisions for Non-Muslims

Doç. Dr. Haluk SONGUR

Assoc. Member Salih KORKMAZ 59

Interpretation in Law of European Union

Assoc. Prof. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ..... 73

Suspension of Enforcement Proceedings for Negotiable Instruments

According to the Civil Procedure Law (Artcile 209/1) and Suggestion of
Changes on Bunkruptcy and Enforcement Law (Article 72/3) & The Civil
Procedure Law (Article 209/1)

Atty. Ümit KARTAL..... 97

Expert Opinions..... 105

*Right to Demand Impoudment (Enforcement and Bankruptcy
Code Article 78)*

Atty. Talih UYAR..... 107

*Obligation of Drawing Annual Activity Report in Corporations and
Enterprise Systems*

*Soner ALTAŞ (Ministry of Science, Industry and Technology Chief
Inspector) 129*

Taxation of Security Incomes Acquired in 2013

*Yavuz AKBULAK (Chief Expert of Capital Markets Board of
Turkey) 139*

Decision Analysis	155
Translation of the Decision of the ECtHR in Asalya v. Turkey Case Dated 15 April 2014 Concerning Turkey's Violation of Articles 3, 5, 8 and 13 of the EHRC by Expulsion and Administrative Detention of a Paraplegic Palestinian <i>Translated by Prof. Dr. Nuray EKŞİ</i>	
	157
Legal News	189
Court of Cassation Civil Chamber Decisions.....	285
Court of Cassation Assembly of Civil Chambers Decisions.....	287
Court of Cassation Civil Chambers Decisions	329
Court of Cassation Criminal Chamber Decisions	391
Court of Appeal Assembly of Criminal Chambers Decision	393
Court of Appeal Criminal Chamber Decisions.....	399
Council of State Decision	419
Council of State Chamber Decision	421
Turkish Constitutional Court Decisions.....	427
Current Legislation	441
Law Codes.....	443
Abstracts of Official Gazette.....	449
Major Informations.....	463
ORDERING FORM FOR THE LEGAL LAW JOURNALS	510
Index of Supreme Court Decisions.....	511
Index of Related Legal Terms	513
Index of Related Law Code Articles	517
SUBSCRIPTION FORM FOR THE LEGALBANK LEGAL DATABASE.....	519

#TÜRK-ALMAN HUKUKUNDA TEMEL HAKLARIN ÖZEL HUKUK İLİŞKİLERİNE ETKİSİ*

(HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN TURKISH-GERMAN
PRIVATE LAW)

Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. BELLING**
Nurten İNCE LL.M.***

Özet

Anayasa, kamu erkini kullanan yüksek organlar ve bu organlara bağlı memurların yetki alanlarını saptamak yoluyla devletin ödevlerini ve iktidarını hukuki bakımdan sınırlayan kurallar bütünüdür. Her ne kadar anayasadaki temel hakların amaçları, bireyi devlete karşı korumak olsa da temel hakların sadece devlet tarafından ihlal edilmediği, özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edilebileceği bir gerçektir. Bu da özel hukuk ilişkilerine temel hakların etkisi ve özel hukuk kişilerinin temel haklarla bağlı olup olmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi (Drittwirkung der Grundrechte zwischen Privaten) başta Alman hukuku olmak üzere birçok ülke hukukunda - hatta Avrupa Birliği hukukunda da - tartışılan bir konudur. Bu çalışmada temel hakların Türk-Alman ve Avrupa Birliği hukukunda özel hukuk ilişkilerine etkisi ve bu hususta verilmiş kararlar incelenecektir. Alman hukukunda bu konuya ilişkin yapılmış olan tartışmaların diğer ülkeleri etkilemesi nedeniyle Alman hukuku daha detaylı incelenecektir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu çalışma 2014 Türk-Alman Bilim Yılı nedeniyle kaleme alınmıştır ve iki ülke arasındaki bilimsel çalışmaların, akademik alandaki dayanışmanın daha pekiştirilmesi ümit edilmektedir.

** M.C.L. (U. of Ill.), Detlev W. Belling, Potsdam Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı olup aynı zamanda Alman-Türk Ticaret ve Sanayi Odası (AHK)'nın Tahkim Divanı Başkanlığı'nı yapmaktadır.

*** Potsdam Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

Anahtar Kelimeler: Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkileri, doğrudan (mutlak) etki teorisi, dolaylı etki teorisi, koruma yükümlülüğü teorisi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları (Lüth, Kürtaç, Kefalet, Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkı, Acentenin rekabet yasağı)

ABSTRACT

Are fundamental rights, the sort of rights entrenched in written constitutions and human rights instruments, binding on individuals or other private actors? Historically fundamental rights were confined to governing the relationship between the state and the individual, and they did not affect the relationship between private actors. However, over time, this concept of fundamental rights has been changed and the horizontal effect of fundamental rights is accepted. It is still controversial whether this effect should operate directly or indirectly. This question is answered differently in many legal systems. This article will analyze whether fundamental rights are of binding nature for private parties and more generally how they may affect the relationship between private parties under private law. This paper will focus on German, Turkish and European law.

Keywords: *The horizontal effect of fundamental rights between private parties, direct horizontal effect theory, Indirect horizontal effect theory, radiating effect (Ausstrahlungswirkung), state duties of protection theory, cases of the Federal Constitutional Court: The Lüth case, cases on the rulings of abortion, case of commercial agent (Handelsvertreterentscheidung), case contract of guarantee the trade representative decision that guarantee justice, case custody of an illegitimate child*

I. Giriş

Nasyonal Sosyalizm döneminin kötü tecrübelerinden sonra Almanya'da temel haklar Federal Alman Anayasası'nın en başında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.¹ Temel haklar kataloğunun en başında insan onur ve haysiyetinin korunması (madde 1) yer almaktadır.² Bu maddeye

¹ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, I. Die Einführung.

² Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, I. Die Einführung.

göre “*insan onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki insan onur ve haysiyetine saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür*”.

Temel haklar, bireyi devlet karşısında korumayı amaçlamakta olup insan onuru ve haysiyetinin korunmasını garanti etmektedir. Anayasada yer alan temel haklar sayesinde, kamu gücünü kullanan organların, bireylerin haklarına müdahalesi engellenmektedir.³ Temel haklar bireyin devletle olan ilişkisini düzenlemek ve devlet iktidarını sınırlamak zorundadır. Temel hakların *klasik (dikey)* koruma etkisi temel hakların muhatapı olan devlete karşıdır.

Temel hakların kaleme alınışına dikkat edildiğinde akla şu soru gelmektedir: Acaba temel haklar sadece kişinin devlete karşı olan hak ve yetkilerini belirleyip devletle kişiler arasındaki ilişkileri mi düzenler, yoksa anayasada yer alan temel haklar özel kişilerin birbiriyle olan ilişkilerini de düzenleyip özel hukuk ilişkilerine de mi uygulanır?⁴

Federal Alman Anayasası’nın 1949 yılında yürürlüğe girmesinden sonra temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi (*Drittwirkung der Grundrechte zwischen Privaten*) doktrinde tekrar tartışılmaya başlanmıştır.⁵

Burada sözkonusu olan temel hakların *yatay (Drittwirkung)* yani üçüncü kişilere etkisidir. Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi; bireyin özel hukukun eşitlik düzeni içinde karşılaştığı özel kişiler karşısında temel haklara dayanıp dayanmayacağı veya ne ölçüde dayanacağı sorunu ile meşgul olmaktadır.⁶ Burada devlet ile birey arasındaki ilişkiden farklı olarak temel hakların taşıyıcısı (talepçisi) iki birey karşı karşıya gelmektedir.⁷

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi sadece Alman hukukunda değil; birçok ülkede hatta Avrupa Birliği hukukunda da tartışıl-

³ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, I. Die Einführung.

⁴ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, I. Die Einführung.

⁵ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, I. Die Einführung.

⁶ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I’ den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 4.

⁷ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, I. Die Einführung.

mıştır. Temel hakların özel hukuka etkisine ilişkin ortak bir çözüm bulmak mümkün olmasa da bu konudaki tartışmalar gün geçtikçe daha da alevlenmektedir.⁸ Örneğin Rusya’da temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi hususu yeni yeni tartışılmaya başlanmışken⁹ diğer bazı ülkelerde bu durum açık bir şekilde anayasada düzenlenmiştir.¹⁰ Örneğin Macaristan Anayasası’nda temel hakların ve anayasa maddelerinin herkesi bağladığı açık bir şekilde belirtilmektedir.¹¹

Bu makalede Türk ve Alman hukukunda temel hakların özel hukuka etkisi detaylı bir şekilde incelenecektir.

II. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi Üzerine Alman Hukukunda Ortaya Atılmış Teoriler

Birçok yabancı ülke hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi farklı şekilde ele alınmakta ve bu tartışmaların çoğu Federal Almanya’da gerçekleşen öğreti ve yargıdaki görüşlere dayanmaktadır.¹²

⁸ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, III. Die Rechtslage in anderen Staaten.

⁹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, III. Die Rechtslage in anderen Staaten; Berger, Osteuroparecht 2013, S. 326 vd.; Berger, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten – Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, Regensburg 2013 (yayınlanmamış doktora tezi).

¹⁰ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, III. Die Rechtslage in anderen Staaten.

¹¹ Magyarország Alaptörvénye R) cikk (2):Az Alaptörvény és a jogszabályok mindenkire kötelezőek. (Temel haklar ve diğer anayasa hükümleri herkes için bağlayıcıdır.) Bu hususta bkz. Lábady, Die Wirkung der Verfassung auf das konzipierende Privatgesetzbuch, Handschrift, 2000, S. 11; Vékás, Die theoretischen Vorfragen des neuen Privatgesetzbuches, Budapest, 2001, S. 156. Hemen belirtelim Macaristan hukukunda da (Türk hukukunda olduğu gibi) anayasa normlarının herkesi bağladığı belirtilmesine rağmen temel hakların özel hukuka etkisine dair farklı teoriler geliştirilmiştir. Hatta denilebilir ki Alman hukukunda yapılan tartışmaların da etkisiyle doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre temel hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı etkisi kabul edilmektedir. Macaristan hukukuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 2. Ungarn.

¹² Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I’ den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 4.

Başka bir ifadeyle Alman hukukundaki görüş ve kararlar bu konunun temelini teşkil etmektedir. Bu nedenle bu çalışmada Federal Almanya'daki görüşler ve mahkeme kararları daha detaylı bir şekilde incelenecektir.

Federal Almanya'da temel hakların kişileri de bağlayacağına ilişkin açık bir kural yoktur. Bu konuya ilişkin doktrinde zamanla farklı görüşler ileri sürülmüştür.

1. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi.

Alman hukukunda temel hakların özel hukuka etkisine dair ileri sürülmüş olan ilk teori *direk, doğrudan ya da mutlak etki teorisidir (unmittelbare Drittwirkung)*.¹³ Bu teoriye göre özel hukuk kişileri de devlet gibi temel haklara riayet etmelidir ve temel haklar özel hukuk alanındaki bütün hukuki ilişkilerde direk uygulanmalıdır.¹⁴

Bir temel hak taşıyıcısı, diğer temel hak taşıyıcısından devletin aracılığı olmadan temel haklarının dikkate alınmasını ve bu temel haklara uygun davranılmasını talep edebilmelidir. Doğrudan etki teorisine göre, temel haklar özel hukuk ilişkilerinde yasalara dayanmak zorunda kalmadan ve yorum gerektiren ara basamaklara dayanmadan uygulama alanı bulur. Bu görüşün savunucularına göre Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde devlet erkinin temel haklara bağlı olduğu belirtilmiştir. Devletin organları temel haklara bağlıysa bu durumda evleviyetle özel hukuk kişileri de bu temel haklarla bağlıdırlar.

Temel hakların sadece devlet tarafından ihlal edileceği bir varsayımdır, çünkü temel haklar sadece devlet tarafından değil, devlet dışı güçler yani üçüncü kişiler tarafından da tehdit edilebilir. Tam da bu noktada temel hakların çoğu kez devletin erk kullanması sonucu değilde, özel kişiler-ekonomik güç odakları- tarafından tehdide uğradığını söylemek yanlış olmayacaktır. Toplumsal güçler, sendikalar, işveren birlikleri ve ekonomik topluluklar gibi, gücü elinde bulunduranlar da temel haklar için birer tehlike oluşturabildiğinden dolayı bunlara karşı da temel hakların korunması gerekir.¹⁵ Unutulmaması gerekir ki uluslararası

¹³ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Bası, 1959, S. 93, 98 vd.; Gamilscheg, AcP 184 (1984), S. 386 vd.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 285, 354 vd.; Kaufmann, AcP 161 (1962), S. 289, 295 vd.; Lücke, JZ 1999, S. 377 vd.; Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ve 365 vd.

¹⁴ Nipperdey, RdA 1950, S. 121, 124.

¹⁵ Bu hususta bkz. Klein, Der Schutz unternehmerischer Freiheit. Nationale, europäische und völkerrechtliche Aspekte, demnächst im Tagungsband der 3. Woche des Deutschen Rechts, Moskau 2013.

şirketler geliştirmekte olan ülkelerde bilhassa devlet organlarıyla hemen hemen aynı güce sahip olup devletle hemen hemen aynı görevleri yüklenmiştir. Bu durumda özellikle de uluslararası hukuk açısından temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilirliği önemlidir ve bu gelişmeler, bizleri temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği noktasına götürmektedir.¹⁶

Doğrudan etki teorisinin en büyük savunucusu *Nipperdey*'e göre temel haklar tüm hukuk sisteminde etki gösteren objektif, bağlayıcı anayasa hükümleridir.¹⁷ Bu nedenle anayasadaki temel haklar, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye de direk uygulanır ve özel hukuk kişilerini bağlar. Bu bağlayıcılık temel hakların özel hukukta sadece yorum yapılırken gözönünde bulundurulmasından çok daha ötedir. Temel haklar sadece özel hukuk ilişkilerinde yorum kuralları olarak etki doğurmazlar.¹⁸ *Nipperdey*'e göre temel haklar normatif etkiye sahip oldukları için temel haklara aykırı olan her türlü hukuki işlem yok hükmündedir.¹⁹

Doğrudan etki teorisinin savunucularından bazılarına göre anayasa normlarına aykırı hukuki işlemlerin varlığı halinde, bu hukuki işlemler Alman Medeni Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca kesin hükümsüzdür.²⁰ Böylelikle anayasaya, dolayısıyla da anayasadaki objektif değerler taşıyan temel haklara aykırı hukuki işlemlerin yapılmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir.

Doğrudan etki teorisinin savunucularından bazılarına göre ise temel haklardan subjektif bir talep hakkı doğması halinde Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiile ilişkin olan 823. maddesindeki “*diğer haklar*” kavramı zedelendiği gibi²¹ 823. maddenin 2. fıkrasındaki “*koruyucu kanuna aykırılığın*” zedelenmesi de gündeme gelecektir.²²

¹⁶ Bu hususta bkz. Klein, Der Schutz unternehmerischer Freiheit. Nationale, europa- und völkerrechtliche Aspekte, demnächst im Tagungsband der 3. Woche des Deutschen Rechts, Moskau 2013.

¹⁷ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Bası, 1959, S. 93, 98 vd.

¹⁸ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Bası, 1959, S. 93, 98 vd.; Farklı görüş (Karşıt görüş) için bkz. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, § 2 III, S. 38 vd.

¹⁹ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

²⁰ Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 134: Kanun başka türlü düzenlenmediği müddetçe bir kanuni yasaklamaya aykırı olan her hukuki işlem kesin hükümsüzdür.

²¹ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15. Hemen belirtelim ki madde 823 fıkra 1'den temel hakların özel hukuk ilişkisine doğrudan uygulanacağı sonucu çıkarılamaz. Tam tersi 823. maddenin varlığı Alman hukukunda temel hakların özel

Temel haklar, bireye sadece devlete karşı ileri sürülen savunma hakkı niteliğinde olmayıp pozitif özellik de taşımaktadır.²³ Tüm toplum yaşamı için geçerli olan yüksek değerler, temel hakların ruhunu ve yapısını belirlemektedir. Temel haklar - insanlık onuru gibi - sadece devlet için değil; herkes için dokunulmazdır.²⁴ Temel haklar bireye mümkün olduğunca güçlü bir koruma alanı garanti etmektedir. Bu garantinin layıkıyla sağlanabilmesi için temel hakların özel hukuk ilişkilerinde de etkili olması ve doğrudan uygulanması gerekir.²⁵

2. Temel Hakların Özel Hukuka Dolaylı Etkisi

Dolaylı etki (mittelbare Drittwirkung) teorisi temel hakların özel hukuk alanına doğrudan uygulanmasını reddetmektedir.²⁶ Bu görüşün savunucularına göre temel haklar, özel hukuk ilişkilerinde ancak dolaylı bir şekilde uygulanabilir. Temel hakların sadece devlet erki tarafından değil; özel hukuk bireyleri tarafında da ihlal edilebileceği temel hakların özel hukuka *yatay* etkisini desteklemektedir, ancak sırf bundan yola çı-

hukuk ilişkilerine dolaylı etkisi ve/veya koruma yükümlülüğü teorisinin kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir. Alman hukukunda kişilik hakkını düzenleyen genel bir madde olmadığı için kişilik hakkı 823. maddeki “diğer haklar” kavramından çıkarılmaktadır. (Palandt/Sprau, BGB, § 823, Rn. 19, 83 vd.) Bu da 823. maddeden yola çıkılarak temel hakların özel hukuk ilişkisine doğrudan etkisinin kabul edilmediği anlamına gelir, zira 823. maddede genel, basit bir kişilik hakkından bahsedilmekteyken Federal Alman Anayasası’nın 2. maddesinde de kişilik hakkından bahsedilmektedir. Her iki normda yer alan kişilik hakkı kavramının içerik olarak aynı olmaması ve anayasanın 2. maddesine rağmen genel kişilik hakkının 823. maddeden çıkarılması temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanmadığının ispatıdır. (Palandt/Sprau, BGB, § 823, Rn. 84; Jarass, NJW 1989, S. 857, 858).

²² Avrupa Birliği Anlaşmaları’ndan ve özellikle burada düzenlenen özgürlüklerden yola çıkılarak doktrinde bunların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilirliğini savunan bir görüş vardır. Bu da temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisi görüşünü yeniden gündeme getirmektedir. MüKo/Wagner, BGB, 2013, § 823, Rn. 391; Schroeder, Grundkurs Europarecht, 2011, § 14, Rn. 29.

²³ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

²⁴ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

²⁵ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

²⁶ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157 vd.; Dürig, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, yayıncı Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525; Mikat, Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in: FS Nipperdey, 1965, S. 581, 587; Kopp, Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in: FS Wilburg, 1975, S. 149 vd.; Reimers, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1959, S. 16 vd.; Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, S. 18, 37; Koebel, JZ 1961, S. 521, 525 vd.

kılarak temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağı sonucuna varılmamalıdır. Bu görüşe göre, temel haklar sadece devlete yönelik kamu haklarıdır ve kişi yararına özel hak değildir. Temel hakların birincil amacı, bireyi devlet ihlallerine karşı korumaktır. Kamu hukuku ve özel hukuk sistemleri hukukun iki ayrı bölümünü oluşturduğundan temel hakların özel hukuka doğrudan etkisinden değil; ancak dolaylı etkisinden bahsetmek doğru olur.²⁷ Çünkü özel hukuk, anayasa karşısında bağımsız ve kendine özgü karakteri olan bir alandır.²⁸ *Günter Dürig*'e göre temel haklar, devlete karşı ileri sürülebilen subjektif-hukuki özgürlük garantisi olup bireyler arasındaki ilişkilere kolayca yani doğrudan doğruya uygulanamaz.²⁹ Temel hakların tarihsel ve sistematik yorumu da özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasına engel teşkil eder; ancak temel haklar bireylerin birbirileriyle olan ilişkilerinde tümenden de anlamsız değildir ve bundan dolayı özel hukuk ilişkilerine dolaylı olarak uygulanır.³⁰

Dolaylı etki görüşü temel hakların objektif değere sahip olması ve bütün temel hakların tüm hukuk alanında geçerli olmasından yola çıkmaktadır. Bütün hukuk düzeni bir birlik arz etmek zorunda olduğu için özel hukuk alanındaki hiçbir madde (normun) temel haklara ve temel hakların sahip olduğu bu objektif değerlere aykırı olamaz. Bu da özel hukukun genel kuralları ve soyut (belirsiz) kavramlarının temel hakların ışığında yorumlanması ve özel hukuk boşluklarının temel hakların ışığında doldurulması ile mümkündür. Buna Alman hukukunda *Ausstrahlungswirkung* (yayılma etkisi) denilmektedir ve özel hukuktaki genel normlar temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanına girmesine yol açan “*sizma noktaları*” olarak tanımlanmıştır.³¹

Bir bireyin haklarına diğer bir bireyin saldırısını engellemek ve bireyler arasındaki ilişkiyi dengelemek için özel hukukta yeterince koruyucu maddeler vardır ve bunlar zaten yoruma açık genel maddelerdir.³² Bu maddelere örnek olarak ahlaka aykırılık, aşırı yararlanma (md.

²⁷ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 164, 173 vd.

²⁸ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 164, 173 vd.

²⁹ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 162.

³⁰ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 162.

³¹ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 176; Dürig, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, yayıncı Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525.

³² Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 176; Dürig, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, yayıncı Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525.

138³³), dürüstlük kuralı (md. 242³⁴) haksız fiil (826³⁵ ahlaka aykırı olarak birine kasten zarar verilmesi) verilebilir. Bu genel maddeler aracılığıyla temel haklar, özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.³⁶

3. Koruma Yükümlülüğü Teorisi

Federal Almanya’da temel hakların yatay etkisini açıklamak için doktrinde ileri sürülen yeni bir görüşe göre devletin temel hakları *koruma yükümlülüğü* (*Schutzpflicht*) vardır.³⁷ Bu görüşün savunucularının çıkış noktası şudur: Devlet, bireyin temel haklarını sadece kamu gücünü kullananların haksız müdahalelerine karşı değil; ayrıca diğer bireylerin haksız müdahalelerine karşı da koruma yükümlülüğü altındadır.³⁸ F. Alman Anayasası’nda bu görüşü doğrularcasına devletin koruma yü-

³³ Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 138 fıkra 1: Ahlaka ve adaba aykırı olan bir hukuki işlem batıldır.

Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 138 fıkra 2: Özellikle, başkasının müzayaka hali, tecrübesizliği, karar verme yeteneğindeki eksiklik veya önemli derece irade zayıflığını istismar ederek kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine malvarlıksal vaadler ya da faydalar temin edilmesi suretiyle yapılan açık bir dengesizlik arzeden hukuki işlem batıldır.

³⁴ Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 242: Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür.

³⁵ Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 826: Ahlaka aykırı bir davranışla birine kasten zarar veren kişi bu zararı tazminle yükümlüdür.

³⁶ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiaskey, 1956, S. 157, 176; Dürig, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, yayıncı Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525.

³⁷ Canaris, AcP 184 (1984), S. 201, 226 vd.; Belling, ZfA 1999, S. 547, 573; Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forum, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie; Howald, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2004, S. 23; Jarass/Pieroth, GG, 12. Bası, 2012, Art. 1 Rn. 50; Ruffert, Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 vd.; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71; Jarass, AöR 120 (1995), S. 345, 352 vd.; MüKo/Armbrüster, BGB, 6. Bası, 2012, § 134, Rn. 34; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 267; Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 590; Schmidt am Busch, GewArch 2011, S. 1, 2; Szczechalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 360 vd.

³⁸ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forum, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie; Jarass, AöR 120 (1995), S. 345, 352; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 267; Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 590.

kümlülüğünü vurgulayan maddeler (örneğin madde 6, 20) mevcuttur. Anayasa temel hak muhatabı olarak devleti kabul etmiştir ve devlet (yani kanun koyucu ve yargıç) bireyin haklarını üçüncü kişiler tarafından tecavüze uğramadan önce korumakla görevlidir.³⁹ Bu görüşe göre kanun koyucu, temel hakları korumada birincil derece sorumludur ve yasaları koyma aşamasında her bireyin temel haklarını dikkate alıp onları yeterince koruma yükümlülüğü altındadır.⁴⁰ Çünkü yargıç, önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle konuya ilişkin kanunu uygular. Ancak kanun koyucu tarafından tarafların temel haklarının ve menfaatlerinin dikkate alınmaması veya yanlış dikkate alınması halinde yargıç devreye girer ve anayasaya uygun yorum tekniğini kullanarak temel hakların koruma işlevini gerçekleştirir.⁴¹

III. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisine Dair Alman Mahkeme Kararları

1. Alman İş Mahkemesi'nin Eski Kararı ve Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi

Alman İş Mahkemesi temel hakların özel hukuka etkisi konusunda 1954 yılındaki kararında doğrudan uygulama teorisini kabul etmiş ve bu tutumunu yıllarca başka kararlarında da devam ettirmiştir.⁴² Alman İş Mahkemesi temel hakların sadece devlete karşı bir özgürlük ve savunma garantilemediğini bu temel hakların aynı zamanda sosyal yaşam için düzenleyici haklar olduğunu ve bireyler arasındaki hukuki ilişkilerde de doğrudan bir etkiye sahip olmaları gerektiğini savunmuştur. Alman İş Mahkemesi, kararında insan şeref ve haysiyetini hukuk düzeninin temeli olarak değerlendirip Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının sadece devlet için değil, aksine her birey tarafından dikkat edilmesi gereken ve aynı zamanda ihlal edilmesine izin verilmeyen bir norm olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Alman İş Mahkemesi diğer temel haklar - örneğin Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesinde kişiliğin geliştirilmesi- için de benzer yönde tutum sergilemiştir.

³⁹ Canaris, AcP 184 (1984), S. 201, 226 vd.

⁴⁰ Belling, ZfA 1999, S. 547, 573; Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

⁴¹ Belling, ZfA 1999, S. 547, 573; Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

⁴² Örnek olarak: BAGE 1, S. 185, 193 vd.; 3, S. 296, 301; 4, S. 274, 276 vd.; 16, S. 95, 100; 24, S. 438, 441; DB 1975, S. 551, 552.

Alman İş Mahkemesi'nin bu kararlarında hiç şüphesiz 1949⁴³ yılından beri Alman hukukunda temel hakların özel hukuk alanına doğrudan doğruya uygulanabilirliğini savunan *Hans Carl Nipperdey*'in⁴⁴, Alman İş Mahkemesi'nin ilk başkanı olmasının etkisi büyüktür.

2. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları ve Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ilk kararlarında dolaylı uygulama teorisini kabul edip temel hakların özel hukuka dolaylı etkisinin savunucusu olan *Günter Dürig*'in görüşlerini takip etmiştir.⁴⁵

a) Lüth Kararı

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1958 yılında haksız fiile ilişkin "*Lüth*"⁴⁶ kararında temel hakların özel hukuka uygulanabilirliği sorunu ile ilgilenmiştir. Söz konusu kararda özel bir basın kulübünün başkanı olan Erich Lüth 1950 yılında "*Unsterbliche Geliebte*" isimli bir filmin boykot edilmesi çağrısında bulunmuştur. Çünkü söz konusu olan filmin rejisörü Veit Haran, Nasyonal Sosyalizm zamanında "*Jud Süs*" adlı bir film de çevirmiş ve bu filmde Yahudi düşmanlığı ve saldırganlığını körüklemekte önemli bir rol oynamıştır. Film yapımcısı ve dağıtıcısı ise Erich Lüth'e karşı Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesine dayanarak "*ahlaka aykırı bir davranışla kasten*" kendilerine zarar verildiğini belirtip söz konusu bu tutumun terk edilmesini (*Unterlassung*) istemişlerdir. Hamburg Eyalet Mahkemesi görülen davada; Erich Lüth'ün açıklamalarını iyiniyete aykırı bularak boykota son verilmesi gerektiği yönünde karar vererek davacıları haklı bulmuştur.

Ancak dava daha sonra Federal Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin kararını kaldırmıştır⁴⁷, çünkü Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre 826. maddedeki "*ahlak, iyiniyet*" gibi kavramlar yoruma açık olup mahkeme tarafından bu kavramlar yorumlanırken hiç şüphesiz anayasadaki temel haklar göz önünde tutulmalıydı. Kararda

⁴³ Nipperdey, RdA 1949, S. 214, 216; Nipperdey, RdA 1950, S. 121, 124 vd.; Nipperdey, BB 1951, S. 282, 283 vd.; Nipperdey, DVBl. 1958, S. 445, 446 vd.

⁴⁴ Hans Carl Nipperdey 12.04.1954'den 31.01.1963 tarihine kadar Alman İş Mahkemesi'nin başkanlığını yapmıştır.

⁴⁵ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157 vd.

⁴⁶ BVerfGE 7, S. 198 vd.; Bu kararın tarihi açıdan değerlendirilmesi için: Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005; Di Fabio, JZ 2004, S. 1 vd.

⁴⁷ BVerfGE 7, S. 198 vd.

mahkeme Federal Alman Anayasası'nın 5. maddesindeki düşünce ve ifade özgürlüğünü de dikkate almalıyken bunu yapmamıştır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre medeni hukuk, temel hakların ışığında yorumlanmalıdır. Temel haklar, objektif değerler içeren hukukun her alanında etkili olan anayasa maddeleridir. Anayasadaki normlar; yasama, yürütme ve yargıyı direk bağlar ancak bu temel hakların özel hukukta hiç uygulama alanı bulamayacağı anlamına gelmez. Tam tersi, özel hukukta hiçbir norm, anayasada yer alan bir norma aykırı bir şekilde yorumlanıp uygulanmamalıdır. Bu kararında Federal Alman Anayasa Mahkemesi sadece temel hakların özel hukuka olan etkisine değinmemiş, ayrıca bunların doğrudan değil, dolaylı uygulanabileceğinin altını çizmiştir. Zira mahkemeye göre temel haklar, medeni hukuktaki belirsiz kavramlar ve genel maddeler - dürüstlük kuralı, ahlaka aykırılık gibi - vasıtasıyla özel hukuka taşınacaktır.⁴⁸ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre bu genel kavramlar uygulanırken sadece o dönemde toplumda geçerli olan düşünce, toplumun gelişme seviyesi değil; aynı zamanda temel hakların da (temel haklardaki değerlerin de) dikkate alınması gerekir.⁴⁹ Belirsiz kavramlar temel hakların özel hukuka geçiş noktasıdır.⁵⁰

Federal Alman Anayasa Mahkemesi daha sonraki kararlarında da yine temel hakların özel hukuk ilişkisine etkisi ve dolaylı uygulanabilirliği hususuyla ilgilenmiştir.⁵¹

b) Kürtaj Kararı

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1975⁵² yılında kürtaja ilişkin bir kararında temel hakların devlete koruma yükümlülüğü yüklediğini açık bir şekilde belirtmiştir. Buna göre devlet, bireyin temel haklarının sadece devlet organlarının saldırısına karşı değil; diğer bireylerin saldırılarına karşı da korumak zorundadır.

⁴⁸ BVerfGE 81, S. 242, 256.

⁴⁹ Benzer görüş bkz. BVerfGE 7, S. 198, 207.

⁵⁰ BVerfGE 7, S. 198, 205. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Durig'e atuf yapmıştır. Durig in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, 1954, S. 525; Federal Alman Anayasa Mahkemesi başka kararlarında da bu argümanı kullanmıştır. BVerfGE 24, S. 236, 251; 32, S. 311, 318; 34, S. 269, 280; 35, S. 202, 218 vd.; 42, S. 143, 147 vd.; 73, S. 261, 269; 81, S. 242, 254 vd.; 96, S. 375, 399; 112, S. 332, 358; GRUR 2011, S. 223, 224 Rn. 19.

⁵¹ BVerfGE 24, S. 236, 251; 32, S. 311, 318; 34, S. 269, 280; 35, S. 202, 218 vd.; 42, S. 143, 147 vd.; 73, S. 261, 269; 81, S. 242, 254 vd.; 96, S. 375, 399; 112, S. 332, 358; GRUR 2011, S. 223, 224, Rn. 19.

⁵² BVerfGE 39, S. 1 (kürtaja ilişkin ilk karar).

Bu kararın konusunu o dönemde kürtajın cezalandırılmasına ilişkin yapılmış yeni düzenlemeler oluşturmaktaydı. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre ceninin, Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesinden kaynaklanan yaşam hakkı ve madde 1'den doğan insan onur ve haysiyeti hakkı vardır.⁵³ Bu maddeler sadece devletin bireyin yaşam hakkına ve insan onuruna saldırmasını engellemekle kalmayıp, devlete bireylerin hukuka aykırı saldırılarına karşı koruma yükümlülüğü de yüklemektedir.

Doktrinde ağırlıklı görüşe⁵⁴ göre temel hak taşıyıcısı olan ceninin temel haklarının, annesinin saldırısına karşı da koruması gereklidir.⁵⁵ Ancak her kürtajı ceninin temel haklarına bir saldırı olarak görmek,⁵⁶ kürtajı her zaman hukuka aykırı olarak görmek anlamına gelir.⁵⁷ Bu nedenle her olayda annenin temel haklarının da dikkate alınması ve bu şekilde bir değerlendirme yapılması gerekir. Annenin temel hakları, kürtajın yapılıp yapılmayacağını ve kürtajın ne zaman yapılacağını sınırını da belirleyecektir. Eğer hamileliğin devam ettirilmesi annenin yaşamını tehlikeye sokacaksa, bu durumda anneden hamileliğine devam etmesi elbetteki beklenemez. Burda annenin yaşam hakkı kürtajın sınırını çizmektedir.⁵⁸ Bu durumda anneye hukuki bir yükümlülük yükleyip hamileliğe devam etmesini beklemek mümkün değildir.⁵⁹

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kanun koyucuya kürtaja ilişkin yeni düzenlemeler yapılırken hem annenin hem de ceninin temel haklarının gözönünde bulundurulması, iki tarafın temel haklarının tar-

⁵³ BVerfGE 39, S. 1, 41; 46, S. 160, 164.

⁵⁴ Alman hukukunda ceninin hak sahibi olduğunu düşünenler için bkz. Zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, 2013, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 24; auch zu Art. 1 GG: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, § 70 IV 5 e) (S. 1063); Sachs/Höfling, GG, 6. Bası, 2011, Art. 1 GG, Rn. 60. Karşıt görüş için bkz. Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 169 vd. Ceninin hak sahibi olup olmayacağı ve yaşam hakkına sahip olup olmadığı hususunu bazı kararlarında (BVerfGE 39, S. 1, 41; 88, S. 203, 251 vd.) netleştirmemiştir.

Ceninin yaşama hakkı olup olmadığı hususunda her hukuk düzeninin farklı uygulaması var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında açıkça ceninin yaşama hakkı olduğunu belirlemeyip her ülkenin farklı düzenleme yapabileceği bir alan tanımlanmaktadır.

⁵⁵ Ceninin hak sahibi olmadığı kabul edilse bile temel haklar objektif değer hükümleri taşıdıkları için burdan yine koruma yükümlülüğü ortaya çıkar. BVerfGE 39, S. 1, 41; 88, S. 203, 251 vd.

⁵⁶ Alman Federal Anayasa'sı madde 1 fıkra 1, 2 ve madde 2 fıkra 1.

⁵⁷ BVerfGE 39, S. 1, 44; 88, S. 203, 255.

⁵⁸ BVerfGE 88, S. 203, 256 vd. (kürtaja ilişkin ikinci karar).

⁵⁹ BVerfGE 88, S. 203, 256 vd. (kürtaja ilişkin ikinci karar).

tilması (dengelenmesi) çağrısında bulunmuş ve açıkça annenin de temel haklarının olduğuna vurgu yapmıştır.⁶⁰

Bu karardan sonra Alman hukukunda, herhangi bir gerekçe olmadan hamileliğin ilk aşamasında sona erdirilmesi (kürtaj yapılması) cezasız bırakılmıştır. Ancak hamileliğin ilk aşamasında sonlandırılması halinde, annenin bir uzmandan görüş alması şart koşulmuştur.⁶¹

Böylelikle kürtaj konusunda da Federal Alman Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun temel hakları koruma yükümlülüğüne dikkat çekip bu yükümlülüğün kanun koyucu tarafından gerçekleştirilmemesi durumunda, mahkemelerin temel hakları korumak zorunda olduklarını belirtmiştir.

c) Acentelerin Rekabet Etme Yasağı

Federal Alman Anayasa Mahkemesi acentelerin rekabet etme yasağına ilişkin⁶² kararında devletin koruma yükümlülüğüne yeniden değinmiştir.

Şarap üreticisi olan işletme sahibi ile acente arasında yapılan sözleşme uyarınca, sözleşme ilişkisinin, acentenin kusurlu davranışı sonucunda haklı nedenle sona ermesi halinde, acentenin sözleşmenin sona ermesinden itibaren 2 yıl rekabet etmeme yükümlülüğü vardır. Taraflar, acentenin kusuru sonucu sözleşmenin sona ermesi hali için kararlaştırılmış rekabet yasağının getirdiği kısıtlamalar nedeniyle, işletmenin tazminat ödemeyeceği konusunda mutabakata varmışlar.

Sözleşmede kararlaştırılan, acentenin rekabet etme yasağı ve acentenin kusuru sonunda sözleşmenin sona ermesinde, rekabet yasağı için bir tazminat ödenmeyeceği hususu, o dönemde yürürlükte bulunan

⁶⁰ 27.07. 1992 (BGBl. I 1992, S. 1398, 1402) yılında yapılan kanunda kürtajın cezalandırılmasına ilişkin bu karardaki düşünceler de dikkate alınarak değişiklik yapılmıştır.

Türk hukukunda kürtaja ilişkin son dönemde yapılan tartışmalarda gerek annenin gerekse de ceninin temel haklarının dikkate alınarak söz konusu tartışmaların ve düzenlemelerin yapılması gerekir.

⁶¹ Kürtaja ilişkin bkz. Alman Ceza Kanunu 218a fıkra 1 ve 219.

⁶² BVerfGE 81, S. 242. Alman Federal Anayasa Mahkemesi daha önce de babanın velayet hakkına ilişkin vermiş olduğu kararda çocuğun gelişimine vurgu yaparak anayasanın devlete koruma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Bu karar için bkz. BVerfGE 55, S. 171, Rn. 20.

Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesinin 2. fıkrasına da uygunluk teşkil etmekteydi.⁶³

Şarap üreticisi olan işletme sahibi ile acente arasındaki hukuki uyumsuzluk esnasında acente, sözleşmedeki rekabet etme yasağının ve Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesinin anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre davacı acentenin rekabet etmemeye mahkum edilmesiyle, mesleki faaliyetlerine var olma olanaklarını etkileyecek derecede sınır çekilmektedir. Rekabet etmeme yükümü mekan ve konu itibarıyla o kadar geniş tutulmuştur ki, şikayetçinin iki yıl süresince kendi dalında çalışma olanağı ortadan kaldırıldığı gibi, kendisine zararlarının giderilmesi için tazminat ödenmesi de sözkonusu değildir. Böylelikle Federal Alman Anayasası'nın 12. maddesindeki⁶⁴ temel haklardan biri olan çalışma özgürlüğü sınırlanmıştır. Bu sınırlama her ne kadar devlet tarafından değil; bireylerin özgür iradesi sonucunda vuku bulmuşsa da, irade özerkliği yalnızca, dayanaklarını temel haklarda bulan, yürürlükteki yasalar çerçevesinde mevcuttur. Her ne kadar bireylerin sözleşme özgürlüğü bulunsun da taraflar sözleşme özgürlüğünü kullanırken anayasa ile bağılırlar ve bireyler anayasadaki temel hak ve özgürlükleri dikkate almak zorundadırlar.⁶⁵

Taraflardan biri sözleşme içeriğini tek taraflı belirleyebilecek kadar kuvvetli ise artık diğer tarafın irade özerkliğinden bahsedilemez ve devlet dengeleyici düzenlemelerde bulunmakla yükümlüdür. Bu kararda Federal Alman Anayasa Mahkemesi devletin koruma yükümlülüğüne dikkat çekip sözleşme eşitliğinin farklı şekillerde bozulduğu hallerde temel hakların korunması amacıyla irade özerkliğine yasal sınırlamalar getirilebileceğini vurgulamıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre devlet erkleri, temel hakların ışığında özel hukuka müdahale edebilir. Özellikle de özel hukukta sözleşme yapılırken, taraflardan birinin temel haklarını koruyacak güçte olmadığı durumlarda, bu müdahale devlet için bir yükümlülük teşkil eder. Anayasanın temel hakları koruma ödevini, sözleşme eşitliğinin zedelenmiş olduğu durumlarda, özel hukukun araçları ile hayata geçirmeye çalışmak hakime düşmektedir.

⁶³ Alman Ticaret Kanunu (HGB) madde 90a fıkra 2 cümle 2 (değiştirilmeden önceki hali): Tacir, ticari temsilcinin kusurundan kaynaklı haklı sebeplerden dolayı sözleşmeyi feshettiğinde ticari temsilcinin zararlarının tazminini talep hakkı yoktur.

⁶⁴ Federal Alman Anayasası (GG) madde 12 fıkra 1: Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptir.

⁶⁵ BVerfGE 81, S. 242, 254.

Kişi her ne kadar kendi özgür iradesi ile sözleşme yapmış olsa da, temel haklarının zedelendiği iddiasında bulunabilir ve temel haklarının dikkate alınmasını isteyebilir.

İşletme sahibinin sözleşmeyi haklı nedenle feshi hali için, acentenin tazminat talebini kural olarak bertaraf eden Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesi fıkra 2, anayasa madde 12 ile bağdaştırılamaz. Bu konuda acentelerin büyük çoğunluğunun iktisaden bağımlı ve işletmecilerle özgürce pazarlık ederek hak ve yükümlülüklerini belirleme konusunda pazarlık gücüne sahip olmadığı yönündeki değerlendirmeden yola çıkılmalıdır. Bu durumda kanun koyucunun acentelerin sözleşme sonrası rekabet etme yasağını düzenlerken, hem işletmeler tarafında yeterli bir hareket alanı bırakmaya, hem de acenteler açısından kısıtlı pazarlık gücünü dengelemeye dikkat etmesi gerekecektir. Buna karşılık Alman Ticaret Kanunu madde 90a fıkra 2'deki istisnai hükmü birçok farklı olayda meslek seçme özgürlüğünün icaplarına cevap vermekten uzaktır. Somut olaylardan her biri için, hiçbir ayırım yapılmaksızın ve azami mahrumiyet süresinin tümünü kapsayacak şekilde tazminat yükümlüğünü bertaraf etmenin dayanağını, sözleşmenin süresinden önce ve kusurlu olarak sona erdirilmesi olgusunda bulmak mümkün değildir. Sözleşmeyi fesheden işletmenin haksız rekabet nedeniyle mağdur duruma düşmesini önlemek için bu tür bir yaptırıma ihtiyaç yoktur.⁶⁶ Olayda Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafların eşitliğinin bozulduğunu ve yapılan anlaşmanın (dolayısıyla Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesinin 2. fıkrasının) ölçülü olmadığını, bir tarafın temel haklarının fazlaca sınırlandırıldığını ifade etmiştir.

Sözkonusu tartışmalara yol açan norm, 01.07.1998'de Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın da etkisiyle ortadan kaldırılmıştır. Artık Alman Ticaret Kanunu'nda mevcut hükme göre, acente ile rekabet etme yasağı hususunda anlaşılması halinde acenteye uygun bir tazminat ödeme yükümlülüğü vardır.⁶⁷

d) Kefalet Sözleşmesi Kararı

Kanun koyucu bir bireylerin temel haklarını başka bireyin saldırısına karşı yeterince koruyamamışsa, bu durumda sözkonusu olan devletin koruma yükümlülüğünün mahkemeler aracılığıyla yerine getirilmesi

⁶⁶ BVerfGE 81, S. 242, 260 vd.

⁶⁷ BVerfGE 81, S. 242, 259.

zorunludur.⁶⁸ Dikkatler bu hususta özellikle 20 yıldan beri güncelliğini kaybetmemiş olan kefalet sözleşmelerine yönelmektedir.⁶⁹

Kredi sözleşmelerinde bankalar sıkça kredi verdikleri kişinin aile yakınlarına 100.000 Alman Mark'ı üzerinde kefalet sözleşmesi akdetmekteydiler. Kefiller çoğunlukla 21 yaşını doldurmamış mesleki bir eğitimi olmayan, genelde işsiz ya da kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihte bir fabrikada vasıfsız eleman olarak çalışan kişiler arasından seçilmekteydiler.⁷⁰ Amaç, borçlunun yakınlarına mal devrini engellemek ve tüm aileyi hukuki ilişkiye dahil etmektir.

Alman Temyiz Mahkemesi sırf kefalet sözleşmesindeki tutarın çok yüksek olmasının kefalet sözleşmesini kendiliğinden hukuka aykırı hale getirmeyeceğini vurgulamıştır.⁷¹ Mahkemeye göre kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve 18 yaşını doldurmuş, yasa önünde reşit olan biri kural olarak iş hayatında tercübe sahibi olmasa da, kefil olma beyanının sorumluluk riski doğurduğunu bilebilecek durumdadır.⁷² Kefilin kendisine başvurulmayacağı yönündeki beklentisi doğru değildir, aksine kefil, asıl borçlunun borcu ödemediği durumda sorumlu olacağını bilmektedir ve bu riski üstlenmektedir.

Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1993 yılındaki bir kararında Alman Temyiz Mahkemesi'nin bu husustaki kararını ortadan kaldırmış. Bu kararında Fedaral Almanya Anayasa Mahkemesi, anayasanın temel haklar bölümünün hukukun her alanı için geçerli olan değer yargıları içerdiğini vurgulamıştır. Bu değer yargıları, ilgili hukuk dalında varolan hükümler aracılığıyla uygulanır ve özellikle medeni hukuka ilişkin genel (çerçeve) hükümlerin yorumunda etkili olur. Alman Medeni Kanunu'nun 138 ve 242 gibi maddeleri son derece genel formüle edilmiş olup bu maddelerde ahlaka aykırılık ve dürüstlük kuralına atıf yapmakta, mahkemelerden özellikle anayasanın temel ilkeleri tarafından belirlenen değer yargıları ile bu maddelerin somutlaştırılması istenmektedir. Bu yüzden hukuk mahkemeleri, çerçeve hükümlerinin yorumlanmasında temel hakları "yönerge" olarak kullanmakla yükümlüdürler. Her ne kadar burada özel hukuk kişilerinin özgür iradeleri ile yapmış oldukları borçlar hukuku sözleşmesi olsa da, temel hakların (örneğin

⁶⁸ Bu yönde bkz. BVerfGE 96, S. 56, 64.

⁶⁹ Özellikle de aile yakınlarının ya da işçilerin işveren adına yapmış oldukları kefalet sözleşmelerinin geçerli olup olmadığına dair verilmiş tüm kararlar ve bunların değerlendirilmesi için bkz. Ince, Der Schutz des mittellosen Bürgen, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Potsdam 2010, S. 1 vd.

⁷⁰ Bu yönde BGHZ 106, S. 269; BGH NJW 1989, S. 1605.

⁷¹ BGHZ 106, S. 269; BGH NJW 1989, S. 1605.

⁷² Bu yönde BGHZ 106, S. 269, 271 vd.

anayasanın 2. maddesinin) dikkate alınması gerekir. Mahkemelerin temel hakları dikkate almadan verdikleri kararlarında taraflardan biri aleyhine hüküm verilmesi ve aleyhine hüküm verilen kişinin temel haklarının ihlal edilmesi gündeme gelebilir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre burda hukuk mahkemesi temel hakları koruma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Zira genel hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında sözleşme özgürlüğünün sınırları temel haklarla belirlenmiştir. Özel hukuk alanında menfaatleri farklı ve sık sık çelişen hedefleri olan ancak hepsi de temel hak taşıyıcısı konumunda eşit bireyler karşı karşıya gelmektedir.⁷³ Ancak bazı durumlarda irade özerkliği, kuvvetli olanın hukukunun geçerli olması tehlikesini yaratmaktadır. Taraflar eşit etki ile geçerli bir hukuki düzenleme yapmışlarsa mahkemeler tarafından derinlemesine bir içerik denetime ihtiyaç duyulmayacaktır. Buna karşılık sözleşmenin içeriği taraflardan biri için aşırı derecede mağduriyete sebep oluyorsa ve menfaatler dengesi açıkça kurulmamışsa mahkemeler *"her sözleşme, sözleşmedir"* tespiti ile yetinemez. Aksine yargıç sözleşmede yer alan düzenlemenin taraflar arasındaki pazarlık gücünün eşit olmamasına dayanıp dayanmadığını tespit edecek ve buna göre özel hukukun mevcut olan genel normları ile sözleşmeye müdahale edecektir.⁷⁴

Olayda mahkeme kefalet sözleşmesinin geçerliliğini ve içeriğini belirlerken medeni kanunun genel maddelerini ve sözleşme taraflarından birinin belirgin bir şekilde zayıf olması halinde, üstün durumda olan diğer tarafın (bankanın) nasıl davrandığını ve sözleşmenin nasıl oluştuğunu dikkate almadan karar vermiştir. Mahkeme sözkonusu olayda kefilin temel hakları ile bankanın temel haklarını dengelememiştir. Oysaki olayda kefilin anayasanın madde 1 fıkra 1 ve anayasanın madde 2 fıkra 2'den doğan hakları ile anayasanın sosyal devlet ilkesini düzenleyen 20. maddesi ihlal edilmiştir. Kefil anayasaya dayanarak haklı bir şekilde mahkemeden hayatı boyunca borçlanmasının ortadan kaldırılmasını talep edebilecektir.

e) Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velayet Hakkı

Alman Federal Anayasa Mahkemesi evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkına ilişkin bir davada yine temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisini incelemiştir.

⁷³ BGH NJW 1994, S. 2749, 2750.

⁷⁴ BVerfGE 89, S. 214, 234; ayrıca 81, S. 242, 254 vd.

Evlilik dışı doğan çocuğun velayet⁷⁵ hakkı Almanya’da 1 temmuz 1970⁷⁶ yılından itibaren anneye aitti.⁷⁷ Babanın velayet hakkı çok istisnai⁷⁸ durumlarda 1 temmuz 1998 yılından itibaren annenin kabulü (annenin babanın velayet hakkını onaylaması) ile mümkün hale gelmişti. Böyle bir durumda anne ve babanın madde 1626a fıkra 1’e göre çocuğun velayet hakkının birlikte kullanılacağına ilişkin bir açıklamada bulunması gerekmektedir.⁷⁹

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Ocak 2003 yılında 1626a maddesinin anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.⁸⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre bu madde Federal Alman Anayasası’nın 6. maddesi olan ailenin korunması maddesine aykırılık teşkil etmez; çünkü evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin sadece anneye verilmesi, kural olarak babanın velayet hakkının devri değildir.⁸¹ Ayrıca birlikte velayet hakkının kullanılmasının annenin onayına bağlanması da anayasadaki temel haklara aykırılık teşkil etmez; çünkü birlikte velayet için iki tarafın da velayet hakkını birlikte kullanacaklarına ilişkin anlaş-

⁷⁵ 1980 yılına kadar Alman Medeni Kanunun’da ”elterliche Sorge” yerine “elterliche Gewalt” kavramı kullanılmaktaydı. Alman Medeni Kanunu’nun 1626 maddesinin 1958 ve 1980 yılındaki metni için bkz. BGBI. I 1957, S. 609, 624 ve BGBI. I 1979, S. 1061.

⁷⁶ Evlilik dışı doğan çocuk üzerinde velayet hakkı kullanmamakta böyle çocuklar için vasi (gençlere kamusal yardım ile görevli makam) atanmaktaydı; annenin çocuğa bakımı ile ilgilenmesi anne açısından hem hak hem de yükümlülük teşkil etmekteydi. Bu hususta detaylı olarak bkz. Staudinger/Göppinger, BGB, 10./11. Bası, 1969, § 1707 BGB.

⁷⁷ Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkına dair hukuki düzenlemeler için bkz. 19.08.1969 tarihli NEhelG (Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Duruma Dair Kanun BGBI. I 1969, S. 1243, 1248 vd.), KindRG (Çocuk Hukuku Reform Kanunu (Nesep ilişkileri) ve 16.12.1997 tarihinde Alman Medeni Kanunu’na eklenmiş olan madde 1626a fıkra 2 (BGBI. I 1997, 2942, 2945) ile Alman Medeni Kanunu’nun madde 1705 cümle 1.

⁷⁸ Babanın velayet hakkına sahip olduğu istisnai durumlar, evlat edinme, anne ile evlilik ya da evlilik sözleşmesindeki anlaşmadan doğmaktaydı. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Staudinger/Göppinger, BGB, 12. Bası, 1992, § 1705 Rn. 27, §§ 1719, 1723 vd.

⁷⁹ Çocuk Hukuk Reform Kanunu aracılığıyla 16.12.1997 tarihinde Alman Medeni kanunu’na eklenen 1626a maddesine göre (BGBI. I 1997, 2942, 2945) çocuğun doğumu sırasında anne ve baba evli değilse, birlikte kullanacağına dair yapacakları bir bildiriyle velayeti ikisi birlikte kullanabilir. Yine Alman Medeni Kanunu’nun 1672. maddesi babaya velayet hakkı sahibi olmak için başka bir imkan vermektedir (BGBI. I 1997, 2942, 2947).

⁸⁰ Bu hususta bkz. BVerfGE 107, S. 150 vd.

⁸¹ BVerfGE 107, S. 150, 175.

maları gereklidir.⁸² 1626a maddesinin konulmasının gerekçesi, evli olmayan çiftlerde velayetin anneye verilerek anlaşmazlıkların önüne geçilmesidir. İki tarafın da velayet hakkına sahip olması durumunda, anlaşmazlıklar karşısında çocuğun esenliği tehlikeye girebilir. Bu nedenle velayeti ancak annenin onayı ile iki taraf birlikte kullanabilir. Anne bu durumda çocuğun esenliğini dikkate alarak babanın velayet hakkını kullanıp kullanmamasına karar verecektir. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2003 yılında vermiş olduğu bu kararında kesin bir sonuca varmamakla birlikte kanun koyucunun bu maddeyi yaparken dikkate aldığı gerekçelerin ilerde anayasaya aykırılık teşkil edebileceğini de vurgulamaktaydı.

Nitekim yedi yıl sonra Federal Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararını temel alarak⁸³ 1626a maddesini anayasa aykırı bulmuştur. Buna göre evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkının tanıma ya da babalık davasına rağmen anneye verilmesi anayasaya aykırılık teşkil etmese de babanın velayet hakkını kullanmasının annenin onayına bağlı olması, babanın Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesinden kaynaklanan velayet hakkına aykırılık teşkil eder.⁸⁴ Çünkü Alman Medeni Kanunu'nun 1626a fıkra 1 Nr. 1 ve 1672 fıkra 1 maddelerine göre anne, babanın velayet hakkını kullanmasına izin vermezse, babanın bu duruma karşı başvurabileceği hukuki bir yol yoktur ve baba çocuk üzerindeki velayet hakkını kullanmamaktadır.⁸⁵

Babanın velayet hakkının kullanımına anne tarafından izin verilmemesi her zaman gerekçeli ve çocuğun yararına olmayabilir.⁸⁶ Evlilik dışı çocukta velayetin ya anneye ya da babaya verilmesi yani her ikisine birlikte verilmeyişi demek, anne babadan veli olamamış olan tarafın çocuğuyla ilgili hiçbir işte ve işlemde söz sahibi olamaması, olsa olsa çocuğunu ziyaret edebilmesi demektir. Bu ise, evlilik dışı ilişki ürünü çocuğa ilgisiz kalan anne veya baba modeline uysa bile, çocuklarını benimseyen ve velayet sorumluluğunu paylaşmak isteyen anne - baba tablosuna uymaz. Böyle bir sorunun anayasal eşitlik ilkesine ve anne - baba hakkına uzanan boyutları vardır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre Alman Medeni Kanunu'nun 1626a maddesi babanın anayasanın 6. maddesinden kaynaklanan temel hakkını ihlal etmekte olup anayasaya

⁸² BVerfGE 107, S. 150, 175.

⁸³ Bu hususta bkz. NJW 2010, S. 501 vd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Alman Medeni Kanunu'nun 1626a maddesinin 1. fıkrasının 1. numarasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (EMRK) 14 maddesine aykırı bulmuştur.

⁸⁴ BVerfGE 127, S. 132, 141 vd.

⁸⁵ BVerfGE 127, S. 132, 151 vd.

⁸⁶ BVerfGE 127, S. 132, 157 vd.

aykırı olan bu maddenin değişmesi gerekir. Alman Medeni Kanunu'nda 16.04.2013⁸⁷ yılında bu hususta değişiklik yapılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda (madde 1626a fıkra 1 Nr. 3 ve fıkra 2⁸⁸) yapılan yeni düzenlemeye göre çocuğun esenliğine aykırı olmadıkça iki tarafın da (anne ve babanın) çocuk üzerinde velayet hakkı vardır. Aile mahkemeleri artık evlilik dışında doğmuş olan çocukların velayet hakkını hem anne hem de babaya vermektedir.

Bu kararda görülüyor ki hem yasama, hem de yargı organları bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına büyük önem atfetmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararında tarafların herbirinin menfaatleri ve temel haklarını dikkate alarak çözüm bulmaya çalışmıştır. Mahkeme evlilik dışı doğan çocukların da gelişimi ve eğitimi⁸⁹ için babasına ihtiyacı olduğunu belirtmiş, öte yandan babanın da anayasanın 6. maddesinden kaynaklanan kişisel velayet hakkı olduğunu vurgulamıştır.

3. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi ve Koruma Yükümlülüğü Teorisini Kullandığı Başka Kararları

Alman Federal Anayasa Mahkemesi çok sayıda ve birbirinden farklı olaylarda koruma yükümlülüğü teorisini uygulamıştır. Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir tarafın mağdur olmasına sebebiyet veren evlilik sözleşmelerini Alman Medeni Kanunu madde 138 fıkra 1 ve anayasadaki madde 1, ailenin korunmasını düzenleyen madde 6 fıkra 2 ve madde 4 ışığında içerik denetimine tabi tutmuştur.⁹⁰

⁸⁷ BGBl. I 2013, 795 vd. Bu yeni maddeler 19.05.2013'den beri yürürlüktedir.

⁸⁸ Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 1626a fıkra 1: Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkını anne ve baba aşağıdaki hallerde ortak kullanır:

1. Anne ve baba velayet hakkını birlikte kullanacaklarına dair bir açıklamada bulunmuşlarsa,
2. Birlikte evlenmişlerse ya da
3. Aile mahkemelerince velayet her iki tarafa da verilmişse

Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 1626a fıkra 2: 1626a maddesinin 1. fıkrası 3. numarası uyarınca çocuğun esenliğine aykırı olmadıkça aile mahkemeleri velayet hakkını her iki tarafa birlikte verirler. Tarafların ileri sürdüğü gerekçelerle ya da başka türlü aksi ispatlanmadıkça birlikte velayetin çocuğun yararına olduğu kabul edilir.

⁸⁹ Bkz. BVerfGE 127, S. 132, 152.

⁹⁰ BVerfGE 103, 89; Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı örnek alınarak birçok yüksek mahkeme kararlarında evlilik ve boşanma anlaşmaları içerik denetime tabi tutulmuştur. Bu hususta bkz. BGH FamRZ 2004, S. 601; 2005, S. 691; 2005, S. 1444; 2005, S. 1449; 2013, S. 195 ve Schwab, Familienrecht, Rn. 225.

Çocuğun biyolojik babasını öğrenmesinin kişilik hakkından kaynaklı bir hak olduğu⁹¹ ve yine babanın da bir çocuğun ondan olup olmadığını bilmeye hakkı olduğuna mahkeme temel hakların ışığında karar vermiştir.⁹² Böylece, soybağının iptali davasından bağımsız ve kural olarak yargılama dışında gerçekleşecek olan biyolojik babalığın tespitine ilişkin bir prosedür olan 1598a⁹³ maddesi Alman Medeni Kanunu'na girmiştir.

Ayrıca iş hukukunda da dolaylı etki teorisi ile koruma yükümlülüğü teorisi çok önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle Federal Alman Anayasası'nın din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 4. maddesi aracılığıyla işçinin iş yerinde başörtüsü takması ve dini semboller kullanması⁹⁴ ya da vicdani nedenlerden dolayı verilen işin yerine getirilmemesi gibi konularda vermiş olduğu kararlar mevcuttur.⁹⁵

4. Alman İş Mahkemesi'nin Daha Sonraki Kararları

Alman İş Mahkemesi yukarıda da açıkladığımız üzere öncelikle doğrudan (direk) etki teorisini kabul etmiş⁹⁶ ancak daha sonra - özellikle

⁹¹ BVerfGE 79, S. 256; 90, S. 263; 96, S. 56 (çocuğun annesinden biyolojik babasını öğrenme hakkı); ve ayrıca bkz. OLG Hamm NJW 2013, S. 1167 (çocuğun doktordan spermli bağışlayan kişiyi - dolayısıyla biyolojik babasını - öğrenme hakkı).

⁹² BVerfGE 117, S. 202.

⁹³ Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 1598a: Çocuğun doğal soybağının açıklığa kavuşturulması için

1. baba, anne ve çocuğun her birinden
2. anne, baba ve çocuğun her birinden
3. çocuk, anne ve babanın her birinden

genetik soybağı muayenesine rıza göstermelerini ve inceleme için gerekli genetik örneklerin alınmasına katlanmalarını isteyebilir. Genetik örnekler bilimin kabul görmüş esaslarına göre alınmalıdır.

(2) Rıza gösterilmemesi halinde, doğal soybağının açıklığa kavuşturulmasını istemeye yetkili olanlardan birinin talebi üzerine aile mahkemesi, rıza beyanı yerine geçmek üzere karar verir ve örnek alınmasına katlanmaya hükmeder.

(3) Doğal soybağının açıklığa kavuşturulması, küçüğün esenliği bakımından, talepte bulunanın menfaatleri de dikkate alındığında küçük için katlanılmaz derecede önemli bir zarara sebebiyet verecekse, bu durum devam ettiği müddetçe mahkeme prosedürü erteler.

(4) Genetik soybağı incelemesine rıza gösteren ve genetik örnek vermiş olan kişi, soybağı incelemesini talep ederek yapılmasını sağlamış kişiden, soybağı raporunu incelemeyi veya bir suretinin kendisine teslimini talep edebilir.

⁹⁴ BVerfG NJW 2003, S. 2815.

⁹⁵ BAGE 62, S. 59.

⁹⁶ Açık bırakılmış BAGE 31, S. 67, 71.

1984 yılından itibaren - bireysel iş hukukunda yavaş yavaş dolaylı etki teorisine geçmiştir;⁹⁷ yine bu tutumunu toplu iş hukukuna dair uyumsuzluklarda da devam ettirmiştir.⁹⁸

Alman İş Mahkemesi'nin açık şekilde fikir değişikliği öncelikle din ve vicdan hürriyetine ilişkin olan madde 4 fıkra 1⁹⁹ ve madde 4 fıkra 2'yi¹⁰⁰ dikkate alması gereken kararlar ile gerçekleşmiştir¹⁰¹. İşçinin dini ve vicdani sebeplerle işini yerine getirmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshinin geçerli olup olmadığı hususunda iş mahkemesinin karar vermesi gerekmiştir.¹⁰² Mahkemeye göre elbette işveren Ticari İşletme Yönetmeliği'nin 106. maddesi çerçevesinde talimat verip işçinin görevini belirleyebilir; ancak işveren emir ve talimat hakkını kullanırken elbetteki bu yetkisini hakkaniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmalıdır.¹⁰³

Böyle bir durumda mahkemenin önemli koşulları¹⁰⁴ ve iki tarafın menfaatini özellikle temel haklarını¹⁰⁵ dikkate alması gerekir.¹⁰⁶ Temel

⁹⁷ BAGE 47, S. 363, 373 a.E.; 48, S. 122, 138 vd.; 130, S. 347, 353.

⁹⁸ Alman İş Mahkemesi 2004 yılındaki kararında toplu iş sözleşmesinin taraflarının temel haklarla doğrudan bağlı olmadığını belirtmiştir. Bu karara ilişkin kritikler ve farklı görüşler için bkz. Belling, ZfA 1999, S. 547, 558 ve 575 vd.; Löwisch, RdA 2000, S. 312, 313 vd.; Alman İş Mahkemesi'nin bundan önce farklı görüşü için bkz. BAGE 1, S. 258, 262; 95, S. 277, 283.

⁹⁹ Federal Alman Anayasası (GG) madde 4 fıkra 1: Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz.

¹⁰⁰ Federal Alman Anayasası (GG) madde 4 fıkra 2: Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.

¹⁰¹ BAGE 47, S. 363 vd.; görüşlerini tekrar vurgulayıp aynı yönde verdiği kararlar BAGE 62, S. 59 vd.; 137, S. 164 vd.

¹⁰² BAGE 47, S. 363 vd.; bu görüşünü onayladığı kararı için bkz. BAGE 62, S. 59 vd.; 137, S. 164 vd.

¹⁰³ BAGE 47, S. 363, 375; bu görüşünü onayladığı bir başka kararları için bkz. BAGE 62, S. 59, 67; 137, S. 164, 168.

¹⁰⁴ BAGE 137, S. 164, 168.

¹⁰⁵ İşçinin anayasada korunan kişilik hakkı, din vicdan hürriyeti gibi temel haklarının yanısıra işverenin Federal Alman Anayasası'nın 12. maddesinden doğan meslek özgürlüğü hakkı vardır ve bu da bir temel haktır.

Alman Federal Anayasası (GG) madde 12 fıkrası 1: Mesleğin icrası bir yasayla ya da bir yasaya dayanarak düzenlenebilir.

12. maddeden işverenin işçi ile yapılan anlaşma çerçevesince talimat ve iş verebileceği belirtilmiştir. Bu hususta bkz. BAGE 62, S. 59, 67; 137, S. 164, 170. Ayrıca bu durumlarda Federal Alman Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrası ve 2. maddesindeki temel haklar gündeme gelmektedir.

¹⁰⁶ BAGE 62, S. 59, 67 vd.; 137, S. 164, 168, 170 vd.

hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı uygulanması nedeniyle işveren, işçinin din ve vicdan özgürlüğünü dikkate almak zorunda olup işçinin din ve vicdan özgürlüğüne ters düşen, onunla bağdaşmayan işlerin yapılmasını talep etmemelidir.¹⁰⁷ İşçinin din ve vicdan hürriyeti ile bağdaşmayan işleri yerine getirmemesi iş sözleşmesinin ihlali sayılmaz. İşçi, işverenle anlaştığı ya da değiştirilmiş iş koşullarında çalışmayı reddettiği durumlarda¹⁰⁸ işçinin davranışı nedeniyle değil¹⁰⁹ ancak işçinin kişiliği¹¹⁰ nedeni ile iş sözleşmesinin feshi gündeme gelebilir¹¹¹.

IV. Alman Hukuku'nda İleri Sürülen Teorilerin Değerlendirilmesi Ve Görüşümüz

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması başlangıçtan itibaren gerek mahkeme kararlarında¹¹² gerekse doktrinde¹¹³ az taraftar bulmuştur.¹¹⁴ Günümüzde¹¹⁵ olduğu gibi eskiden¹¹⁶ de çoğun-

¹⁰⁷ Doktrinde işçinin din ve vicdan özgürlüğü nedeniyle işten kaçınmasının sebebi Ticari İşletme Yönetmeliği'nin 106. maddesi değil; Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 3. fıkrası olarak görülmüştür. Bu hususta bkz. Richardi, SAE 2012, S. 7, 9 vd.; Scholl, BB 2012, S. 53, 55. Ancak işçinin işten kaçınma sebebi olarak 275. maddenin 3. fıkrasının görülmesi durumda işçi de Alman Medeni Kanunu'nun 326 maddesinin 1. fıkrası uyarınca karşı edimi (yani ücreti) talep etme hakkını kaybetmektedir.

Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 275 fıkra 3: Borçlu, borcunu şahsen yerine getirmek zorunda, ancak gerçekleşen bir ifa engeli sonrasında alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında borçludan şahsi edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, edimin ifasından kaçınabilir.

¹⁰⁸ BAGE 62, 59, 66, 70, 73; 137, 164, 174 vd.

¹⁰⁹ BAGE 137, S. 164, 167.

¹¹⁰ Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) madde 1 fıkra 1 ve 2. İşçinin, feshin yapıldığı esnada, işyeri veya işletmede iş ilişkisi kesintisiz altı ay devam etmişse sosyal olarak haklı olmayan fesihler geçersizdir. Fesih, prensip olarak ancak, eğer işçinin kişiliğinde (personenbedingte) veya davranışında (verhaltensbedingte) yatan ya da işçinin söz konusu işletmede gelecekte çalışmasına engel teşkil edecek acil işletme gereklerinden (betriebsbedingte) kaynaklanan bir nedenden dolayı yapılmışsa, sosyal olarak haklı sayılır.

¹¹¹ BAGE 137, S. 164, 167.

¹¹² BVerwG DÖV 1971, S. 861.

¹¹³ Bu hususta bkz. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 285 vd., 354 vd.; Kaufmann, AcP 161 (1962), S. 289, 295 vd.

¹¹⁴ Bkz. Lücke, JZ 1999, S. 377 vd; Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ve 365 vd.

¹¹⁵ BVerfGE 103, S. 89, 100; 114, S. 1, 33; 121, S. 317, 356; Howald, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2004, S. 23; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 12. Bası, 2012,

lukla doktrin ve mahkeme kararlarında temel hakların özel hukuka dayalı etkisi ve koruma yükümlülüğü teorisi kabul edilmiştir.

Alman hukukunda temel hakların doğrudan özel hukuk ilişkilerine uygulanması mümkün değildir;¹¹⁷ çünkü Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 3. fıkrasına¹¹⁸ göre temel haklar, sadece devlet ve birey arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan uygulanır.¹¹⁹ Temel hakların ne Alman Medeni Kanunu'nun 134 maddesindeki "*yasak kanun*", ne de madde 823 fıkra 2 anlamında "*koruyucu kanun*" ne de 823 fıkra 1 anlamında "*diğer haklar*" kavramı ile özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması söz konusudur. Bu genel ifadelerin varlığı, temel hakların doğrudan değil ancak dolaylı uygulanmasının kanıtıdır.¹²⁰

Anayasada ilgili temel hakkın özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağı belirtilmedikçe o maddenin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması söz konusu olamaz. Federal Alman Anayasası'nın bazı maddelerinde (örneğin madde 9 fıkra 3) özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağı belirtilmiş¹²¹ olup bu durum genelde istisnadır. Bu istisnalar da açıkça temel hakların özel hukuk ilişkilerine her zaman doğrudan uygulanmayacağını göstermektedir.¹²² Yine Federal Alman Anaya-

Art. 1 Rn. 50; Ruffert, *Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 252 vd.; Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 71.

¹¹⁶ Dolaylı etki teorisi için bkz. Reimers, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht*, 1959, S. 16 vd.; Geiger, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, 1960, S. 18, 37; Koebel, *JZ* 1961, S. 521, 525 vd.; zur Schutzpflichttheorie: Canaris, *AcP* 184 (1984), S. 201, 225 vd.; Belling/Herold/Kneis, *Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten*, *Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica*, yayınlanma aşamasında, V. Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien.

¹¹⁷ Belling/Herold/Kneis, *Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten*, *Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica*, yayınlanma aşamasında, V. Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien.

¹¹⁸ Federal Alman Anayasası (GG) madde 1 fıkra 3: Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.

¹¹⁹ Bu konuda aynı yönde bkz. Canaris, *JuS* 1989, S. 161.

¹²⁰ Belling/Herold/Kneis, *Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten*, *Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica*, yayınlanma aşamasında, V. Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien.

¹²¹ Federal Alman Anayasası (GG) madde 9 fıkra 3 cümle 2: Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır.

¹²² Aynı yönde bkz. Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, S. 29, 35 (dn. 66); Belling/Herold/Kneis, *Die Wirkung der Grundrechte zwischen*

sası'nın 1. maddesinin kaleme alınışına bakıldığında bu maddede insanlık onur ve haysiyetinin dokunulmaz olduğu ve tüm devlet erkinin ona saygı gösterip onu korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Özellikle bu maddede sadece devlete insanlık onuru ve haysiyetinin dikkate alınması için bir yükümlülük yüklenildiğini ve temel hakların muhatabı olarak devletin görüldüğünü belirtmek mümkündür.¹²³ Temel haklar yasama, yargı ve idare için direktif ve motivasyon içerir. Kanun koyucu, temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanması için özel hukukta ahlaka aykırılık, dürüstlük kuralı gibi genel maddeler düzenleyerek bu maddeler aracılığıyla temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını amaçlamıştır.¹²⁴ Bu genel maddeler temel hakların özel hukuka sızma yerleridir. Bu genel maddelerin varlığı kanun koyucunun temel hakların özel hukuk ilişkilerine direk uygulanmasına karşı olduğunu ve bu maddeler aracılığıyla temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını amaçladığını göstermektedir.¹²⁵ Her ne kadar Federal Alman Anayasası, Alman Medeni Kanunu'ndan yaklaşık 50 yıl sonra düzenlenip yürürlüğe girmişse de dürüstlük kuralı vs. gibi genel maddelere olan ihtiyaç ortadan kalkmamıştır. Temel hakların düzenlediği objektif hukuk düzeni bu maddeler aracılığıyla özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır.¹²⁶

Özel hukukta her iki taraf da temel hakların taşıyıcısı olduğu için bu kişileri temel hakların direk uygulanmasıyla sorumlu tutmak mümkün değildir.¹²⁷ Devletle birey arasındaki ilişki hiç şüphesiz iki birey arasındaki ilişkiden daha farklıdır; zira devlet daha güçlü olduğu için burada

Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹²³ Aynı görüşte bkz. Canaris, AcP 184 (1984), S. 201, 203 vd.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 477 vd. Farklı görüşler için bkz. Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1, Rn. 74; v. Münch/Kunig, GG, 6. Bası, Art. 1, Rn. 27; BeckOK/Hillgruber, Art. 1, Rn. 8; Guckelberger, JuS 2003, S. 1151, 1152; BAG NJW 1957, S. 1688, 1690; BAGE 38, S. 69, 80 vd.

¹²⁴ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹²⁵ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹²⁶ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹²⁷ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

iki eşit taraftan bahsedilmesi sözkonusu değildir.¹²⁸ Buna karşın iki birey arasındaki ilişkide kural olarak iki birey de eşittir. Taraflardan birinin daha güçlü konumda olması da sonucu değiştirmez.¹²⁹ İki taraf da temel hak taşıyıcısıdır. Bireyler temel hakların taşıyıcısı olup temel haklardan sorumlu olan sadece devlettir ve bu Federal Alman Anayasası'nın 3. maddesinin kaleme alınış biçiminden de açıkça ortaya çıkmaktadır; zira 3. maddede sadece kanun önünde eşitlikten bahsedilmektedir.¹³⁰ Kanunlar, kanun koyucu tarafından yapıldığı için temel haklardan sorumlu olan (temel hakların direk uygulanacağı) kanun koyucudur.¹³¹

Özel hukuk uyumsuzluklarının çözümünde mahkemenin temel hakları dikkate alıp bu temel hakları uygulayacağı, bu nedenle de temel hakların özel hukuk ilişkilerine direk uygulanmasının savunulması, eleştirilmesi gereken bir durumdur. Çünkü yargı devletin erklerinden biridir¹³² ve mahkemeler yargılama yaparken anayasa ve kanunlara bağlı kalmak zorundadır.¹³³ Bunun sonucu olarak mahkemeler bir temel hakkın düzenlenişinden o temel hakkın özel hukuk kişileri arasında direk uygulanacağı belirtilmemişse ilgili temel hakkı direk uygulama yetkisine sahip değildir. Zaten Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 3. fıkrası temel hakların özel hukuk ilişkilerine direk uygulanmasını engeller niteliktedir. Mahkemeler özel hukuk uyumsuzluklarını özel hukuktaki maddeler aracılığıyla çözmek zorundadır.¹³⁴

Temel hakları düzenleyen maddeler dikkate alındığında bu maddelerin kısa ve emredici nitelikte oldukları ve devletin gücünü sınırlamak amacıyla ortaya çıktıkları görülecektir. Bu emredici maddelerin özel hukuk ilişkilerinde direk uygulanması durumunda irade özerkliği ve

¹²⁸ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹²⁹ Karşıt görüş için bkz. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385, 406 vd.; Nipperdey, RdA 1950, S. 121, 125.

¹³⁰ Federal Alman Anayasası (GG) madde 3 fıkra 1: Bütün insanlar yasa önünde eşittirler.

¹³¹ Aynı yönde bkz. Canaris, AcP 184 (1984), S. 201, 203 vd.; Canaris, JuS 1989, S. 161, 162; Canaris, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, S. 29, 35 (dn. 66).

¹³² Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹³³ Aynı eleştiri için bkz. Petz, JA 1987, S. 634 vd.

¹³⁴ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

sözleşme özgürlüğü önemli bir şekilde kısıtlanmaktadır.¹³⁵ Ayrıca önüne gelen bir uyuşmazlıkta mahkemelerin direk temel hakları uygulaması normlar hiyerarşisine de aykırılık teşkil eder. Zaten kanunlar anayasaya uygun olmak zorunda olduğu için temel haklar bu yasalar ve bu yasalarda yer alan genel hükümler aracılığıyla özel hukukta uygulama alanı bulacaktır.¹³⁶ Kaldı ki temel hakların direk uygulanması görüşünü savunanlar bile temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisiyle devlet-birey arasındaki ilişkiye etkisinin aynı olmadığını belirtmektedirler.¹³⁷

Anayasada tanınmış olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin dikkate alınması ve bunun da zedelenmemesi gerekir.¹³⁸ Bazı hukuki uyuşmazlıklarda temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması ile dolaylı uygulanması arasında bir fark yoktur. Örneğin aile yakınlarının kefil olmaları durumunda temel hakların doğrudan uygulanmasını kabul eden görüşe göre Alman Medeni Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Dolaylı etki teorisine göre ise Federal Alman Anayasası'nın 2 maddesi ışığında medeni hukukun temel kavramlarının yorumlanması gerekir. Bu durumda 138. maddedeki "*ahılaka aykırılık*" kavramının yorumunda anayasanın 2. maddesi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılır ve bu değerlendirmenin sonunda ahlaka aykırılık nedeniyle kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılır.¹³⁹

Ancak temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının kabul edilmesi bazı durumlarda irade özerkliğinin ve sözleşme özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandırılmasına neden olacaktır. Bu nedenle temel hakların özel hukuka doğrudan etkisi Alman hukukunda kabul edilemez. Söz konusu durum örneklerle daha çarpıcı bir hale gelmekte-

¹³⁵ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung; Canaris, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, S. 29, 36 (dn 66); Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 59; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 28. Basi, 2012, Rn. 191.

¹³⁶ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹³⁷ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹³⁸ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18 vd.

¹³⁹ Bu hususta detaylı bkz. Kefalet Sözleşmesi kararı BVerfG NJW 1994, S. 2749.

dir. Federal Alman Anayasası'nın 4. maddesi açıkça, dinin rahatsız edilmeden uygulanmasını garanti altına almıştır. Bu durumda hristiyan bir işçi ile yapılan iş sözleşmesinde işçiye pazar günleri çalışma yükümlülüğü yüklenirse temel hakların özel hukuka doğrudan uygulama teorisine göre (işçinin menfaati dikkate alınmaksızın) bu sözleşme kesin hükümsüzdür.¹⁴⁰ Anayasadaki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yapılmaması ilkesinin kişileri de devlet gibi bağladığı kabul edilecek olursa bireylerin her türlü hukuki işlemlerde nesnel davranması gibi ilginç sonuçlar ortaya çıkacaktır. 18.08.2006 yılında yürürlüğe girmiş olan Eşit Davranma Kanunu sadece belirli durumlarda ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır (örneğin madde 19 AGG¹⁴¹ konut kiralarda bu yasanın uygulanmayacağı belirtilmiştir); ancak temel haklar Eşit Davranma Kanunu'ndan çok daha serttir. Örneğin Eşit Davranma Kanunu müşterilere uygulanmaz.¹⁴² Buna göre bir müşteri sözleşme yapacağı kişiyi dinine vs. göre seçebilir. Almanya'daki bir Türk müşterinin, Türk ve müslüman olmasından dolayı bir kasaptan alışveriş yapması, bu yasanın uygulama alanına girmez. Burada Eşit Davranma Kanunu'nun ihlali sözkonusu değildir. Oysaki temel hakların özel hukuk ilişkisine doğrudan etkisi kabul edilirse bu durumda müşteri dini inancıdan dolayı hukuki işlem yapacağı kişiyi seçemez. Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasının kabul edilmesi durumunda müşteri, Federal Alman Anayasası'nın 3. maddesinin 3 fıkrasını¹⁴³ ihlal edeceğinden dolayı medeni kanunun 823. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Bu örnek de göstermektedir ki temel hakların özel hukuka direk uygulanmasının kabul edilmesi durumunda sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği önemli derece kısıtlanmaktadır. Müşteri eğer birini dünya görüşü, dini inancı gereği seçmişse bu durumda davranışı ne ahlaka aykırılık ne de haksız fiil teşkil eder. Burada müşteriye tanınmış bir özgürlük alanı vardır, müşteri hukuki bir yaptırıma tabi olmaksızın istediği

¹⁴⁰ Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201, 204.

¹⁴¹ Eşit Davranma Kanunu (AGG) madde 19 fıkra 3: Sosyal istikrarlı konut yapıları ile dengeli yerleşim yapılarının yaratılması, dengeli ekonomik, sosyal ve kültürel koşulların sağlanması için konut kiralarda farklı bir uygulamaya izin verilir.

Eşit Davranma Kanunu (AGG) madde 19 fıkra 5: Bu bölüm hükümleri tarafların özel bir yakınlık veya güven ilişkisi gerektiren ya da aile yakınlarıyla yaptıkları özel hukuk uyumsuzluklarında uygulanmayacaktır.

¹⁴² MüKo/Thüsing, § 19 AGG, Rn. 124; Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, § 19, Rn. 9; İnce, Annales XLIV, N.61, S. 405, 411 vd.

¹⁴³ Federal Alman Anayasası (GG) madde 3 fıkra 3: Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşü dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınmaz. Hiç kimse özürü ve sakatlığından dolayı mağdur edilemez.

kişi ile sözleşme yapabilme hakkına sahiptir.¹⁴⁴ Özel hukukta; Eşit Davranma Kanunu, genel işlem koşulları gibi düzenlemelerle güçsüz olan taraflara (tüketici, işçi gibi) eşit imkanlar verilerek irade özerkliği korunmaya çalışılırken temel hakların doğrudan uygulanmasının kabulü tersi yönde bir etki yaratacaktır.¹⁴⁵

Sayılan bu nedenlerden dolayı temel hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı uygulanması teorisi Alman hukukunda doğrudan uygulama teorisine kıyasen daha kabul edilebilir niteliktedir.¹⁴⁶ Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 3. fıkrası dikkate alındığında yargı ve yasa erkinin temel haklarla direk bağlı olduğu ortadadır. Mahkemeler sadece idari yargılama yaparken değil; adli yargılama yaparken de temel haklarla doğrudan bağlıdır ve mahkeme hiç kimsenin temel hakkını aktif olarak zedeleyemez.¹⁴⁷ Burda kişilere savunma hakkı doğmaktadır. Mahkeme tarafından temel hakkı zedelenen kişi direk Federal Alman Anayasası'nın 93. maddesinin 1 fıkrasında numara. 4a'ya¹⁴⁸ dayanarak anayasa mahkemesine başvurabilir.

Dolaylı etki teorisi böylelikle sadece özel hukuk kişinin hukuki fiilleri sonucunda (örneğin sözleşme, yenilik doğan bir hakkın kullanılması, haksız fiil vs.) gündeme gelir. Böyle durumlarda da özel hukuk ilişkilerine temel haklar özel hukuktaki (genel) çerçeve normlar sayesinde uygulanır.¹⁴⁹ Temel hakların özel hukuka dolaylı etkisini kabul etmiş olanlar bu durumu somutlaştırmak için *Ausstrahlungswirkung*'dan

¹⁴⁴ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung.

¹⁴⁵ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung .

¹⁴⁶ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, 2. Zur mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre.

¹⁴⁷ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, a) Die Theori der mittelbaren Drittwirkung; bu hususta bkz. BVerfG NJW 2013, 290 vd.

¹⁴⁸ Federal Alman Anayasası (GG) madde 93 fıkra 1 Nr 4a: Federal Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki konularda karar verir: Kamu makamlarınca kendi temel haklarından birinin veya 20. maddenin 4. fıkrasında, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerde temin edilmiş haklarından birisinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin yaptığı Anayasa şikayeti konusunda.

¹⁴⁹ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, a) Die Theori der mittelbaren Drittwirkung, S. 1, 29.

(*yayılma etkisinden*) bahsetmektedirler. Yayılma etkisi ile temel hakların özel hukuka direk değil; özel hukukun genel normları ile dolaylı uygulanacağını belirtmeye çalışırlar. Ancak yine de bu görüş temel hakların özel hukuka nasıl ve neden uygulanması gerektiğini dogmatik açıdan tam olarak açıklayamamaktadır.¹⁵⁰

Koruma yükümlülüğü teorisi ise hem temel hakların özel hukuka dolaylı uygulanmasını belirten görüş ile aynı sonuçlara varmakta hem de konuyu dogmatik açıdan açıklayabilmektedir.¹⁵¹ Koruma yükümlülüğü görüşüne göre devlet, bir bireyin temel hakkının diğer bireyler tarafından ihlal edilmesine karşı bireyi korumalıdır.¹⁵² Bu koruma teorisi devletin varoluşunun ruhunu da oluşturur.¹⁵³ Toplumda barış ve hukuki huzurun sağlanması devletin ödevidir.¹⁵⁴ Bireyin ilhak-ı haktan vazgeçmesi, devletin haklarını koruyacağından emin olmasıyla gerçekleşir.¹⁵⁵ Böylelikle devlet erkini kullanan yasama, yargı ve yürütme Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesi uyarınca temel haklarla doğrudan bağlıdır. Ancak devletin sadece devlet erkini kullananlara karşı vatandaşının temel hakkını koruması yeterli bir güvence sağlamamaktadır.¹⁵⁶

Her ne kadar her temel hakkın kaleme alınışından¹⁵⁷ (metninden) temel hakların devlete koruma yükümlülüğü yüklediği açıkça anlaşıl-

¹⁵⁰ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, a) Die Theori der mittelbaren Drittwirkung.

¹⁵¹ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie. Buna benzer argüman için bkz. Jarass, AöR 120 (1995), S. 345, 352 vd.; MünchKomm/Armbrüster, BGB, 6. Bası, 2012, § 134, Rn. 34; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 vd.

¹⁵² Belling, ZfA 1999, S. 547, 572 vd.

¹⁵³ Oldiges, Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: FS für Friauf, Heidelberg 1996, S. 281, 299.

¹⁵⁴ Hager, JZ 1994, S. 373, 378; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191 Rn. 181 vd.

¹⁵⁵ Klein, NJW 1989, S. 1633, 1636.

¹⁵⁶ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

¹⁵⁷ Federal Alman Anayasası (GG) madde 6 fıkra 1: Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır.

Federal Alman Anayasası (GG) madde 6 fıkra 2: Çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet, onların bu görevi yerine getirmelerini gözetir.

masa da¹⁵⁸ doktrinde ağırlıklı olarak¹⁵⁹ kabul edildiği gibi temel hakların savunma hakkını en üst düzeyde gerçekleştirmesini¹⁶⁰ sağlamak için her temel hakkın objektif - hukuki açıdan devlete koruma yükümlülüğü yüklediğini kabul etmek gerekir.¹⁶¹

Koruma yükümlülüğü teorisi Alman hukukunda ileri sürülmüş görüşlerden en mantıklısıdır;¹⁶² zira bu teori kanunları uygulayan ve yorumlayan mahkemeler dışında,¹⁶³ birinci derecede¹⁶⁴ kanun koyucunun sorumlu davranmasını ve kanunların yapımında bireylerin temel haklarını¹⁶⁵ dikkate almasını sağlar.¹⁶⁶

Temel hakların koruma yükümlülüğünün özel hukuk alanında gerçekleştirilmesi kanun koyucunun temel haklara uygun yasaları koymasıyla yerine getirilmiş olur. Özel hukuk düzeninde temel hakların koruma yükümlülüğünün gerçekleştirilmesinde kural olarak özel hukuk

¹⁵⁸ Bleckmann, DVBl. 1988, S. 938, 941 vd. Federel Alman Anayasası'nın bazı maddelerindeki ifadelerden açık bir şekilde devlete koruma yükümlülüğü yüklenildiği anlaşılmaktadır. Örneğin; dokunulmazdır (madde 1 fıkra 1), zedelenemez (madde 4 fıkra 1, Madde 10 fıkra 1; Madde 13 fıkra 1). Bu da gösteriyor ki temel haklar objektif değerler sistemi olup kimse tarafından ihlal edilemez.

¹⁵⁹ Bu hususta özellikle bkz. BVerfGE 7, S. 198, 206 vd.; 39, S. 1, 41 vd.; 81, S. 242, 256.

¹⁶⁰ BVerfGE 7, 198, S. 205; 35, S. 79, 113; Jarass, AöR 120 (1995), S. 345, 347.

¹⁶¹ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie. Aynı yönde bkz. Dreier/Dreier, GG, 3. Bası, Vorb. Rn. 104; Klein, DVBl. 1994, S. 489, 491; Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 149 vd., 335; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 75 ve 78; Ancak doktrinde Ruffert Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasından çıkarılan devletin temel hakları koruma yükümlülüğünü diğer haklara da uygulanacak şekilde genişletmenin oldukça zor olduğunu savunmaktadır. (Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 160 vd.; farklı görüş için ise bkz. Tian, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 76 vd.

¹⁶² Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

¹⁶³ Bu hususta bkz. BVerfGE 103, S. 89, 100; BAG NZA 2010, S. 824, 827 vd.

¹⁶⁴ Bu hususta bkz. BVerfGE 39, S. 1, 51; 96, S. 56, 64; 114, S. 1, 34 vd.; 121, S. 317, 356; aynı yönde Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 202 vd.

¹⁶⁵ BVerfG NJW 2005, S. 2376, 2378; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 203 vd.

¹⁶⁶ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

uyuşmazlığına katılan özel hukuk sujelerinin aynı zamanda temel hak sahipleri oldukları unutulmamalıdır. Kanun koyucu iki tarafın da hak sahibi ve korunması gereken iki alan olduğundan hareket etmelidir.¹⁶⁷ Kanun koyucu temel haklarla korunan hak alanları arasında sınır çizerken bu sınırlamayı kesinlikle temel hakları sınırlayıcı bir biçimde yapmamalıdır. Birbiriyle çatışan temel hak pozisyonlarını dikkate almak suretiyle temel hak alanını sınırlamak, özel hukuk normlarını koyan kanun koyucunun temel görevidir. Kanun koyucu, sözkonusu bu görevini yerine getirirken geniş bir taktir yetkisine sahiptir. Ancak bu taktir yetkisini kullanılırken nesnel davranılmalı, iki tarafın menfaatleri ve temel hakları dikkate alınarak bir denkleştirme yapılmalıdır. Kanun koyucu temel hakları bir başkasının tecavüzünden korurken hakkı ihlal eden kişinin de temel hakları olduğunu göz önünde bulundurarak hareket etmeli ve haklı bir gerekçe olmadan kanun koyucu, kimsenin hak alanına tecavüz etmemelidir. Cezalandırma en son çare (*ultima ratio*) olmak zorundadır.¹⁶⁸

Sonuç olarak Alman hukukunda eskiden olduğu gibi günümüzde de hala sadece devlet erkleri temel haklarla doğrudan bağlıdır.¹⁶⁹ Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisini koruma yükümlülüğü çerçevesinde ele almak gerekir.

V. Alman Hukukunda Dolaylı Etki Teorisi İle Koruma Yükümlülüğü Teorisinin Birbiriyle İlişkisi

Diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Alman hukukunda koruma yükümlülüğü görüşü özellikle son zamanlarda giderek önem kazanmıştır. Alman hukukunda koruma yükümlülüğü görüşü ile dolaylı etki teorisinin birbiriyle ilişkisini saptamak önem taşımaktadır. Doktrinde bu iki teori arasında bir etkileşim olduğu çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.¹⁷⁰ Doktrindeki bir görüş koruma yükümlülüğü teorisini

¹⁶⁷ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

¹⁶⁸ BverfGE 96, S. 245, 249.

¹⁶⁹ Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica, yayınlanma aşamasında, b) Schutzpflichttheorie.

¹⁷⁰ Canaris, AcP 184 (1984), S. 201, 227 vd.; Hermes, NJW 1990, S. 1764, 1765 vd.; Klein, NJW 1989, S. 1633, 1639 vd.; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 285; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 252 vd.; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71 vd.

dolaylı etki teorisinin bir parçası olarak görürken,¹⁷¹ diğer bir görüş ise koruma yükümlülüğü teorisinin daha geniş olduğunu ve böylelikle dolaylı etki teorisini de kapsadığını ileri sürmüştür.¹⁷²

Kanımızca bu iki teorinin birbiriyle ilişkisini şu şekilde açıklamak mümkündür: Gerek dolaylı etki teorisi gerekse de koruma yükümlülüğü teorisi birbirini tamamlayıp birbirini mükemmelleştirmektedir. Dolaylı etki teorisi aslında devletin koruma yükümlülüğü olduğunun açık bir ispatıdır. Çünkü bu teoriye göre bir hukuk sisteminde mevcut ya da gelecekteki her türlü hukuki uyumsuzluğun ayrı ayrı kesin, açık ve somut bir normla düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu her hukuk sisteminde temel hakların taşıdığı değerler ışığında değerlendirip olaya uygulanacak genel maddelere ve kavramlara ihtiyaç duyacaktır. Bu görüş kanun koyucunun genel normlarla temel hakların özel hukuk uyumsuzluklarında uygulanmasını hedef alır. Öte yandan koruma yükümlülüğü teorisi de bunu kabul eder ve bir adım daha öteye giderek dolaylı etki teorisinin sınırını çizer. Koruma yükümlülüğü teorisine göre kanun koyucu normlar yaparken ve uygularken temel hakları dikkate almalı ve bireylerin hak ihlallerini engellemelidir.¹⁷³ Burada taktir yetkisini kullanıp yeni düzenlemeler yaparken tamamen sınırsız değildir. Kanun koyucu irade özerkliğini ve sözleşme özgürlüğünü de dikkate almalıdır. Sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ile hak ihlalleri arasında denge kurmak zorunda olan kanun koyucu her olayda uyumsuzluk taraflarından herbirinin menfaatini dikkate almalıdır. Bunu da gerçekleştirmek için dolaylı etki teorisini savunanların da ileri sürdüğü gibi genel, gelecekteki uyumsuzluklara da uygulanacak ama iki tarafın temel haklarının da dikkate alınmasını sağlayacak normlara ihtiyacı vardır.

¹⁷¹ Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 335; Howald, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2004, S. 34.

¹⁷² Augsberg/Viellechner, JuS 2008, S. 406, 412; Canaris, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, yayıncı Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 29, 32; Gersdorf, AöR 199 (1994), S. 400, 421; Klein, NJW 1989, S. 1633, 1640; Groß, JZ 1999, S. 326, 331; Hermes, NJW 1990, S. 1764, 1768; Gurlit, NZG 2012, S. 249, 251; Hermes, NJW 1990, 1764, 1767 vd.; Jarass, AöR 120 (1995), S. 345, 352 vd.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Bası, 2012, Rn. 198; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 253; Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 254 vd.; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 67; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1990, S. 1560, 1572; Tian, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 176; Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 72 vd.

¹⁷³ Bu hususta bkz: BVerfGE 96, S. 56, 64 .

Kanun koyucunun tüm bireylerin anayasadan doğan haklarını asgari derece (Untermaßverbot) ¹⁷⁴ koruma yükümlülüğü vardır. ¹⁷⁵ Bireyle devlet arasındaki ilişkide elbetteki temel haklar direk uygulanır ve bunların birey - devlet ilişkisine direk uygulanmasının sonucu olarak birey özgürlük ve haklarını en üst derecede yaşarken devlet organları temel haklara müdahale etmeksizin erklerini kullanmak zorundadır.

Ancak devletin iki kişi arasındaki hukuki uyumsuzluklara müdahalesi bu kadar sert olmamalıdır. Devlet iki tarafın da temel hak taşıyıcısı olduğundan yola çıkmalıdır. Bu nedenle burda her iki tarafın da temel haklarını dikkate alarak asgari bir koruma sağlanmalıdır.

VI. Türk Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi

1. Türk Anayasaları'nda Durum

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi Türk hukukunda, Alman hukukuna nazaran daha geç tartışılmaya başlamıştır. Her ne kadar 1924 Anayasası'nda madde 103'te anayasa maddelerinin bağlayıcılığına ve anayasaya aykırı kanun yapılamayacağına vurgu yapılmış olunsada o dönemde temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi hususunda Türk hukukunda bir tartışma yapılmamıştır. ¹⁷⁶ Gerek o dönemde Anayasa Mahkemesi'nin bulunmaması gerekse 103. maddede anayasa maddelerin özel hukuk ilişkilerine etkisi hususuna açık bir şekilde değinilmemiş olması nedeniyle konuya ilişkin tartışmaların Türk hukukunda 1961 yılında başladığını söylemek doğru olur. ¹⁷⁷

1961 Anayasası yapılırken anayasanın özgürlükçü olmasına özen gösterilmiş ve 1961 Anayasası yapılırken Almanya, İtalya gibi diktatör rejimlerden kurtulup insan hak ve özgürlüklerine büyük önem veren ülkelerdeki gelişmeler 1961 Anayasası'nın yapımında dikkate alınmıştır. ¹⁷⁸ Doktrinde Hirsch'e göre temel hakların Türk hukukuna etkisi

¹⁷⁴ Aynı şekilde: Isensee/Kirchhof/Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191 Rn. 149 Untermaßverbot dair bkz. Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, 2005, S. 43 vd.

¹⁷⁵ BVerfGE 88, S. 203, 254; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, S. 411, 412; Untermaßverbot hakkında detaylı bilgi için bkz. Klein, JuS 2006, S. 960 vd.

¹⁷⁶ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 182.

¹⁷⁷ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 182.

¹⁷⁸ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 183; Gözler, Kemal "1961 Anayasası", www.anayasa.gen.tr/1961anayasasi.htm (04.03.2014).

hususunda yapılan tartışmalarda, o dönemde Almanya'daki görüşlerin ve Alman mahkeme kararlarının etkisi büyüktür.¹⁷⁹

1961 Anayasası ile bir yandan Anayasa Mahkemesi kurulmuş olup diğer yandan da anayasanın 8. maddesinin ilk taslağında temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi düzenlenmiştir.¹⁸⁰ 1961 Anayasası'nın 8. maddesine göre: *"Kanunlar anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan ve doğrudan uygulanan temel hukuk kurallarıdır"*.

1961 Anayasası'ndaki 8. maddenin ilk haline bakıldığında Temsilciler Meclisi açık bir şekilde temel hakların özel hukuka etkisini düşünp temel hakların, özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasını benimsedikleri ortaya çıkmaktadır.¹⁸¹ Her ne kadar daha sonra 1961 Anayasası'nın 8. maddesinde *"doğrudan uygulanır"* ibaresi çıkarılmış olursa da¹⁸² 1961 Anayasası'nı yapan Temsilciler Meclisi, Alman hukukundan farklı olarak açık bir şekilde temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisi üzerine tartışmış olup verdiği örneklerle anayasanın özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanırılığını kabul etmiştir.¹⁸³ 1961 Anayasası'nın 8. maddesinin gerekçesinde¹⁸⁴ *"bu suretle anayasa kaidelerinin sadece yasama organına hitap ettiği gibi yersiz iddialar önlenmekte, anayasa hükümlerinin kurallar hiyerarşisindeki mevkiine işaret edilmekte"* olduğu vurgulanmaktadır.

1982 Anayasası, komisyon tarafından yapılırken temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisine dair bir değerlendirme yapılmamış olursa da 1961 Anayasası'nın 8. maddesi değiştirilmeden yalnızca bir ekleme yapılarak 1982 Anayasası'nın 11. maddesine alınmıştır.¹⁸⁵ 1982 Anayasası'nın 11. maddesine göre *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar anayasaya aykırı olamaz"*.

¹⁷⁹ Hirsch, Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Türkiye Barolar Birliği'nin 1. Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğ, 1972, S. 7 vd.

¹⁸⁰ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 183 vd.

¹⁸¹ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 184.

¹⁸² Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 27.

¹⁸³ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 184.

¹⁸⁴ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 183; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 23.

¹⁸⁵ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 23.

2. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi Üzerine Türk Hukukunda Ortaya Atılmış Teoriler

Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda temel hakların özel hukuka etkisi çok fazla tartışılmamıştır. Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisini konu alan bir mahkeme kararına rastlamak da mümkün değildir.¹⁸⁶ Bu nedenle aşağıda doktrinde ileri sürülmüş olan görüşler açıklanacaktır.

a) Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi

Türk hukukunda ağırlıklı görüş temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisini savunmaktadır.¹⁸⁷ Bu görüşün temsilcilerine göre, anayasa devletin hükümet rejimini ve bu rejimin gerektirdiği hukuksal temellere uygun olarak kamu özgürlüklerini belirleyen, kamu erkini kullanan yüksek organlar ve bu organlara bağlı memurların yetki alanlarını saptamak yoluyla devletin ödevlerini ve iktidarını hukuki bakımdan sınırlayan kurallar bütünüdür. Her ne kadar anayasadaki temel hakların amaçları, bireyi devlete karşı korumak olsa da temel hakların sadece devlet tarafından ihlal edilmediği, özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edildiği bir gerçek olup temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin kabul edilmesi bir zorunluluktur.¹⁸⁸ Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin kabul edilmesi Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda problemli değildir; zira 1982 Anayasası'nın 11.

¹⁸⁶ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 23.

¹⁸⁷ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31; Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186; Dural/Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 vd.; Sabuncu, ZfTS 1989, S. 35, 53; Okur, Kamu-İş, C. 10, Sayı 3 (2009), S. 1, 11; Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88; Kaneti, İÜHFM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 210; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 vd.

¹⁸⁸ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181; Dural/Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 vd.; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4.

maddeinde bu husus açıkça düzenlenmiştir.¹⁸⁹ 1982 Anayasası'nın 11. maddesinde anayasanın kişiler için bağlayıcılığının belirtilmesi rastlantı değildir. 1982 Anayasası'nın 11. maddesi yapılırken 1961 Anayasası'nın 8. maddesi değiştirilme imkanı olmasına rağmen değiştirilmeyip aynen alınması 1961 Anayasası'nda ve ön tasarılarındaki gibi temel hakların bağlayıcılığının ve doğrudan uygulanabilirliğinin kabul edilmiş olduğunu gösterir.¹⁹⁰

Doğrudan etki görüşünün savunucularına göre, anayasa kuralları ve bunlar arasında temel haklar, emredici hukuk kuralları olup herkesi bağlar ve bütün mevzuattan üstündür.¹⁹¹ Bu üstünlük sonucu anayasanın belli bir kural ve kural niteliğindeki temel ilkesi ile sözü ve ruhuyla bağdaşmayan hiçbir hukuki işlem yapılamaz.¹⁹² Anayasanın sözü ve özü ile bağdaşmayan her hukuki işlem batıldır,¹⁹³ bu husus Türk Borçlar Kanunu'nda da belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine göre kanunun emredici hükümlerine aykırı olan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür.¹⁹⁴ Anayasa normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer aldığına göre anayasaya aykırı hukuki işlemler yapılamaz.

¹⁸⁹ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186 ve 200; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 22, 30; Kaneti, İÜHFM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 200.

¹⁹⁰ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186 ve 200; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 22, 30; Kaneti, İÜHFM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 200.

¹⁹¹ Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31.

¹⁹² Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31.

¹⁹³ Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31.

¹⁹⁴ Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 89; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31.

Doğrudan etki teorisinin savunucularına göre günümüzde hukukun her alanı anayasallaşmıştır.¹⁹⁵ Kanun koyucu anayasaya aykırı bir kanun yapamayıp kanunların yapımı aşamasında bireylerin anayasadaki temel haklarıyla bağliysa özel hukuk kişileri de yaptıkları tüm hukuki işlemlerde temel haklarla bağli olmalıdırlar.¹⁹⁶

Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisini savunan görüş 1982 Anayasası'nın sadece 11. maddesine değil, aynı zamanda 1982 Anayasası'nın 12, 138 ve 177'e gibi maddelerine de dayanmaktadır.¹⁹⁷

12. maddede de açıkça özel hukuk kişilerinin sadece temel hak taşıyıcıları olmadığı ve devlet gibi diğer bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin sorumlulukları olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁸ Alman hukukunda bireyler sadece temel hak taşıyıcısıyken Türk hukukunda bireye, başka bireylerin temel haklarının korunması hususunda bir ödev de yüklenmiştir.

Yine Türk hukukunda Gören'e göre 1982 Anayasası'nın 138 maddesinde hakimlerin anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verebileceği belirtilmiştir. 138. madde ile 11. madde birlikte değerlendirildiğinde anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanacağı ve yargıç tarafından gözönüne alınacağı aşikardır.¹⁹⁹ Mahkeme kararları bütün kurum ve kişileri bağlayıp bu kararların verilmesinde anayasa gözönünde tutulacağı için Türk huku-

¹⁹⁵ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 22; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010, S. 33.

¹⁹⁶ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 22; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010, S. 32 vd.

¹⁹⁷ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186 vd.; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 28 vd.; Rumpf, Das türkische Verfassungssystem, Wiesbaden 1996, S. 240. Rumpf daha sonraki çalışmasında türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisine dair bir açıklık olmadığını belirterek doğrudan uygulanabilirlik görüşünden vazgeçmiştir. Rumpf, Einführung in das türkische Recht, 2004, S. 68.

¹⁹⁸ Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186; Rumpf, Das türkische Verfassungssystem, Wiesbaden 1996, S. 240.

¹⁹⁹ Özcan, AÜEHFD C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 186; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 33.

kunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin kabul edilmesi gerekir.²⁰⁰ Buna göre bireyler mahkemeler önünde doğrudan temel haklara dayanıp temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürebilirler.²⁰¹

Ayrıca doktrinde 1982 Anayasası'nın 177'e maddesine dayanılarak da temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağı savunulmaktadır. 1982 Anayasası'nın 177'e maddesine göre "Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan anayasa hükümleri, anayasanın 11. maddesi gereğince uygulanır". Gören'e göre bu maddeye bakıldığında mevcut kanunların anayasaya aykırı hükümleri anayasa mahkemesinin kararı olmaksızın zımnen ilga edilmektedir.²⁰² Zımnen ilga, bir kanunun ya da kanun maddesinin anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalinden daha farklıdır. Zımnen ilgayı saptama yetkisi bu madde gereğince sadece anayasa mahkemesine değil, diğer tüm mahkemelere verilmiştir. Bu da göstermektedir ki anayasaya aykırı hiçbir kanun ve hukuki işlem yapılmadığı gibi anayasa aykırılık bazen zımnen ilga ile anayasa normlarının doğrudan uygulanmasını sonucunu doğurur.²⁰³ Madde 177'e'nin varlığı Türk hukukunda anayasa normlarının özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin açık kanıtıdır.²⁰⁴

Hemen belirtelim ki Gören madde 11 uyarınca sadece temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinden bahsetmemekte ayrıca tüm anayasa normlarının, anayasanın başlangıç kurallarındaki temel ilkeler ve bundan doğan hukuksal sonuçların da özel hukuk alanını etkileyeceğini savunmaktadır.²⁰⁵

²⁰⁰ Özcan, AÜEHFD C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 185.

²⁰¹ Özcan, AÜEHFD C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 185.

²⁰² Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 28 vd.

²⁰³ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 29.

²⁰⁴ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 29.

²⁰⁵ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 23.

Türk hukukunda doğrudan etkiyi savunanlara göre çoğu kez temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasına gerek kalmaksızın temel haklar özel hukuk ilişkilerine uygulanırlar. Bu nedenle temel hakların özel hukuka doğrudan etkisine temel hakların kanun koyucu tarafından bir yasada somutlaştırılmamış olması durumunda gündeme gelmektedir.²⁰⁶ Öğretide temel hakların doğrudan özel hukuk ilişkilerine uygulanmasına istisnaen de olsa ihtiyaç duyulabileceği örneklerle açıklanmaya çalışılmaktadır. Verilen ilk örneğe göre işçinin grev hakkı 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önce anayasada düzenlenmiş bir hak değildi ve işçinin greve katılması durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeplerle feshedilmesi mümkündü. Ancak 1961 Anayasası'nın 47. maddesinde grev hakkı anayasal bir hak olarak düzenlendikten sonra grev hakkına dair kanunlarda bir düzenleme yapılmamış dahi olsa işverenin grev nedeniyle iş sözleşmesini fesih etme hakkı ortadan kalkmıştı.²⁰⁷ Çünkü Türk hukukunda temel hakların madde 11 ve diğer maddeler uyarınca doğrudan uygulanması sözkonusudur. Verilen başka bir örneğe göre kişilik hakları özel hukuk alanındaki düzenlemelerle korunmuş olmasaydı, temel hak ve ödevlerle ilgili kuralların doğrudan doğruya özel hukuk alanına uygulanıp özel hukuk alanındaki kişiliğin korunması gerekirdi.²⁰⁸ Anayasal ilkeler hem özel hukukun alt dokusunu oluşturmakta hem de özel hukukun temel felsefesini belirleyip özel hukuka yön veren ve özel hukuk uyuşmazlıklara doğrudan uygulanan maddelerdir. Ancak Türk hukukunda doğrudan etkiyi savunanlar bile kanun koyucu tarafından özel hukukun genellikle anayasal ilkeleri yansıtabilecek biçimde düzenlenmiş bulunmasından ötürü anayasa kurallarının doğrudan özel hukuk alanına uygulanması sorununu teorik ve çok istisnai bulmaktadırlar.²⁰⁹

²⁰⁶ Kaneti, İÜHFİM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 210 vd.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 vd.

²⁰⁷ Kaneti, İÜHFİM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 210 vd. Grev hakkı önce 1961 Anayasası'nda düzenlemiştir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nu daha yürürlüğe girmemiş olduğu için grev hakkına ilişkin kanunun düzenlenmesine kadar olan süreçte anayasadaki grev hakkı iş sözleşmelerinin feshinde doğrudan uygulanmıştır.

²⁰⁸ Kaneti, İÜHFİM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 211.

²⁰⁹ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 33; Kaneti, İÜHFİM, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 199, 211.

b) Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etki Teorisi

Türk hukukunda azınlıkta kalan bir görüş ise temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması görüşünü kabul etmemektedir. Bu görüşe göre temel haklar özel hukuka doğrudan uygulanmaya gerek olmaksızın dolaylı bir şekilde uygulanabilir. Yasama ve yargı organları zaten temel haklarla doğrudan bağlıdır, anayasaya aykırı bir kanun yapılamaz ve yasamanın anayasa aykırı olarak yaptığı kanun anayasa mahkemesi tarafından iptal edilir. Bunun yanında özel hukukta genel kavramlar (Türk Medeni Kanunu'nun 2. ve 23. maddeleri gibi) anayasaya uygun olarak yorumlanmalı ve mahkemeler özel hukuktaki boşlukları anayasaya uygun bir şekilde doldurmalıdır.²¹⁰ Zaten Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi açıkça boşlukların anayasaya uygun bir şekilde doldurulacağını belirtmektedir.

Hemen belirtelim ki Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, koruma yükümlülüğü teorisini savunanlara rastlamak mümkün değildir. Koruma yükümlülüğü teorisi Alman hukukunda en fazla tartışılan görüş olup Türk hukukunda açıkça savunulmamaktadır. Doktrinde Ünsal Alman hukukundan esinlenerek Almanya'da yazdığı eserinde özellikle 1982 Anayasası'nın 5. maddesinden yola çıkarak Türk hukukunda da koruma yükümlülüğünün savunulmasının doğru olacağını savunmaktadır.²¹¹ Ünsal'a göre 1982 Anayasası'nın 5. maddesi "*devlete 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 maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*" gibi bir yükümlülük yüklemiştir ve bu yükümlülük temel hakların başkalarının saldırılarına karşı koruma yükümlülüğünü içermektedir.²¹² Ünsal'a göre 5. maddenin varlığı, koruma yükümlülüğü teorisinin türk hukukunun yapısına da uygun olduğunu açıkça göstermektedir.²¹³

VII. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşlerin Değerlendirilmesi

Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda birçok maddede özellikle de madde 11'de anayasa maddelerinin kişileri bağladığı belirtilmiştir. Bu açıdan Türk hukuku Alman hukukuna nazaran farklılık arz etmekte olup Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine

²¹⁰ Sungurtekin-Özkan, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, S. 553, 554.

²¹¹ Ünsal, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 470-472.

²¹² Ünsal, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 470-472.

²¹³ Ünsal, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 470-472.

doğrudan uygulanmasının kabulü daha da kolaylaşmaktadır. Ancak doktrinde doğrudan etki görüşünün de savunduğu gibi temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması son derece istisnai bir durum teşkil etmektedir. Devlet organlarının anayasa ile bağlı oldukları iki hukuk sistemi için de tartışmasızdır. O halde öncelikle kanun koyucunun özel hukuka ilişkin kanunları koyarken bireylerin temel haklarını dikkate alıp bunları dengelemesi durumunda temel haklar yeterince korunmuş olacaktır. Yine kanun koyucunun temel haklara aykırı olarak yaptığı kanunlar anayasa mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir. Zira yargı erkini kullananlar da her iki hukuk sisteminde temel haklarla doğrudan bağlıdırlar. Nitekim Türk hukukunda anayasa mahkemesi özel hukukta birçok maddeyi (örneğin evlilik dışı doğan çocuğun miras payını daha az düzenleyen maddeyi²¹⁴) anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun dışında mahkemeler özel hukuk uyuşmazlıklarında yorum yaparken ve/veya boşluk doldururken de anayasa ve temel haklardaki objektif değerlerden yararlanmak zorundadır. Bu işlemler layıkıyla yapıldığında temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmasına ihtiyaç kalmamaktadır. Gerek özel hukuk uyuşmazlıklarını kanun ile düzenleyen kanun koyucu gerekse de bu uyuşmazlıkları çözmekle yetkili olan yargıcın uyuşmazlığa taraf olan bireylerin sahip oldukları temel hakları başka bireylerin saldırılarından da koruması gerekir. Özellikle yargıçların özel hukuk uyuşmazlıklarında hukuki işlem taraflarının güçlerini ve temel haklarını dikkate alarak özel hukuk bireyleri tarafından da temel hakların ihlal edilmesini önlemeleri gerekir. Kanun koyucunun kanun yaparken yargıcın ise karar verirken dikkate alması gereken, her bireyin temel hakları olduğu ve bu temel hakların korunması gerektiğidir.

VIII. Temel Hakların Avrupa Hukukunda Özel Hukuk İlişkilerine Etkileri

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde temel haklar ve benzeri haklar düzenlenmiştir. Ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne de Avrupa Birliği Bildirgesi'nde temel hakların doğrudan özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir.²¹⁵

²¹⁴ 11.09. 1987 tarihli 1/8 sayılı karar RG= 29. 03. 1988.

²¹⁵ Rebhahn, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), S. 489, 499; Rengeling/Szczekalla, § 4, Rn. 339; für die Grundrechtscharta: Callies/Ruffert/Kingreen, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 18; Krois, Der Betrieb, 2010, S. 1704, 1705; Magiera, DöV 2000, 1017, S. 1021; Callies/Ruffert, EU-GRCharta, Art. 1, Rn. 6 vd.; Jarass, GRCh, Art. 8, Rn. 3; Streinz/Michl, EuZW 2011, S. 384,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, sözleşmeye taraf olan devletlere sözleşmedeki hakların özel hukuk kişileri tarafından kısıtlanmasını engelleme ve bu hakları koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı şekilde Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde²¹⁶ de devlete bireyin temel haklarının diğer bireyler tarafından ihlal edilmesine karşı koruma yükümlülüğü yüklenmiştir.²¹⁷

Devlet, özel hukuk kişinin başkalarının temel haklarını zedelemesinden de sorumludur. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde bulunan temel haklar, metinden ve amaçlarından anlaşıldığı sürece -örneğin insan ticaretinin yasaklanması,²¹⁸ çocuk çalıştırılmasının yasaklanması - *yatay* (özel hukuk ilişkilerine) uygulama alanı bulur.²¹⁹ Pozitif davranma yükümlülüğü ise sadece Avrupa Birliği'ne üye olan devletleri bağlar.²²⁰

2. Temel Özgürlükler

a) Genel

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'da (AEUV) temel özgürlükler yer almaktadır. Bunlar iç pazarın gerçekleşmesine hizmet edip Avrupa Birliği ekonomisinin temel yapı taşlarını oluşturur.²²¹ Burda

385; Rengeling/Szczekalla, Grundrechte, § 11, Rn. 575; farklı görüş için bkz. Groeben/Schwarze/Beutler, 6. Bası, 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

²¹⁶ Callies/Ruffert/Kingreen, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 18; Krois, Der Betrieb, 2010, S. 1704, 1705; Magiera, DöV 2000, S. 1017, 1021; Callies/Ruffert, EU-GRCharta, Art. 1, Rn. 6 vd.; Jarass, GRCh, Art. 8, Rn. 3; Streinz/Michl, EuZW 2011, S. 384, 385; Rengeling/Szczekalla, Grundrechte, § 11, Rn. 575; farklı görüş bkz. Groeben/Schwarze/Beutler, 6. Bası, 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

²¹⁷ Bu hususta 8. maddeye ilişkin bkz. Jarass, GRCh, Art. 8, Rn. 10; Callies/Ruffert/Kingreen, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 18.

²¹⁸ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 5 (Kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı):

1. Hiç kimse, kul ya da köle olarak tutulamaz.
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. İnsan kaçakçılığı yasaklanmıştır.

²¹⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 32 (Çocuk işçi çalıştırmanın yasaklanması ve çalışan gençlerin korunması): Çocuk işçi çalıştırılması yasaktır. Gençler için daha elverişli olabilecek kurallar saklı kalmak üzere ve sınırlı istisnalar dışında istihdam etmek için asgari yaş sınırı, zorunlu eğitimin tamamlanması için belirlenen asgari yaştan daha düşük olamaz. İşe alınan gençler, yaşlarına uygun çalışma koşullarında çalıştırılmalı ve ekonomik sömürüye ve emniyetlerine, sağlıklarına veya fiziksel, ruhsal, ahlaki veya sosyal gelişimlerine zarar verme olasılığı bulunan veya eğitimlerini engelleyebilecek her türlü işe karşı korunmalıdır.

²²⁰ Seifert, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, S. 696, 700 vd.

²²¹ Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 1.

klasik anlamda düzenlenmiş haklardan bahsedilemez; zira burda düzenlenenler daha çok sınırlararası ticari ilişkilere dairedir.²²² Bu nedenle eşitlik ve özgürlük bileşenleri içeren temel hak benzeri haklardan bahsedilmektedir.²²³

Temel özgürlükler üye devletlere direkt uygulanır ve bireyler iç hukukta mahkemeler önünde bu temel özgürlüklere dayanabilirler.²²⁴ Temel özgürlüklerin birçoğunda üye devletler, bireylerin talepleri karşısında bir yapma yükümlülüğü üstlenmiştir.²²⁵ Devletlere bireylerin temel haklarına dair bir yapma yükümlülüğü yüklenilmesinden devletlerin koruma yükümlülüğü olduğu çıkarılmaktadır ve buna göre her üye devlet bu temel özgürlükleri üçüncü kişilerin haksız saldırısından da korumak zorundadır.²²⁶

b) Avrupa Adalet Divanı'nın Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisine Dair Kararları

Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarına göre temel özgürlüklerin birçoğu özel hukuku kişileri arasında sadece yorum yoluyla değil; aynı zamanda doğrudan uygulanır ve bireyler kendi ülke mahkemelerinde de bunların direkt uygulanmasını isteyebilirler. Birlik hukukunun açık, kesin ve şartsız hükümleriyle bireylere tanınan hakların, bireyler tarafından ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilmelerine imkan verilmiştir.

Avrupa Adalet Divanı'nın 1974 yılında verdiği karara göre üye devletler serbest dolaşım hakkı ile doğrudan bağlı oldukları gibi bu hakkın kullanılması için gerekli olan tedbirleri almakla yükümlüdür. Ancak serbest dolaşım hakkı sadece bireylerin bir sınırlama olmaksızın bir ülkeye gidebilmelerini değil, aynı zamanda ikamet etmeleri, çalışma ve mesleğini icra edebilmelerini içermektedir.²²⁷ Bu nedenle özel hukuk

²²² Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 7 vd.

²²³ Seifert, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, S. 696, 400; Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 2.

²²⁴ Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 20.

²²⁵ Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 22 vd.; örneğin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 45. maddesinin 2. fıkrası: İşçilerin serbest dolaşımı, üye devletlerin işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir.

²²⁶ Aynı yönde karar için bkz. EuGH NJW 2003, S. 3185, Rn. 59, 62, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 10. maddesinde üye devletlere birliğin amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli tedbirleri alması hususunda bir yükümlülük uygulanmıştır.

²²⁷ EuGH NJW 1975, S. 1093, 1094 (Walrave, Koch).

kişileri (işverenler şirketler gibi) de bunlarla doğrudan doğruya bağlıdır.²²⁸ Kaldı ki bu hakların gerçek anlamda kullanılmasında özel hukuk kişilerinin (örneğin işverenin) büyük yetkilere sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır.²²⁹

Angonese davasında Avrupa Adalet Divanı işçinin çalışma özgürlüğünün korunabilmesi için bu özgürlüğün özel hukuk ilişkilerine direkt uygulanması gerektiğini belirtmiştir.²³⁰ Adalet Divanı daha sonraki kararlarında²³¹ da Angonese davasındaki görüşünü devam ettirmiştir.²³²

Avrupa Adalet Divanı malların serbest dolaşımının özel hukuk ilişkilerine direkt uygulanabilirliğini 1981 yılındaki bir kararında (asıl konu olamamakla²³³) kabul etmiş ancak daha sonraki bir kararında ise malların serbest dolaşımının özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye direkt uygulanmasını reddetmiştir.²³⁴

Doktrinde çoğunluk tarafından uzun bir süre malların serbest dolaşımının özel hukuk kişileri arasında doğrudan uygulanmayacağı belirtilmiştir, çünkü malların serbest dolaşımını engelleyen hareketler rekabet yasağı çerçevesinde madde 101'de²³⁵ detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.²³⁶

²²⁸ İkamet özgürlüğüne ilişkin bkz. EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking); Schmal/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 608.

²²⁹ Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 25. Aksi halde özel hukuk kişileri sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği çerçevesinde yaptıkları hukuki işlemlerde devletin alacağı tedbirleri tehlikeye düşürebilirler. EuGH NJW 1975, S. 1093, 1094 (Walrave, Koch). Avrupa Adalet Divanı'nın işçinin çalışma özgürlüğüne dair aynı görüşü savunduğu başka bir kararı: EuGH NJW 1996, S. 505 (Bosman); ikamet özgürlüğüne dair kararı: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking) ve hizmetlerin serbest dolaşıma ilişkin verdiği karar: EuGH NJW 2000, S. 2011 (Deliège).

²³⁰ EuGH Slg 2000, I-4139 (Angonese).

²³¹ EuGH Slg 2008, I-5939 (Raccanelli); NZA 2012, S. 863 (Erny).

²³² Schmah/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 608; Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 28; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 168.

²³³ EuGH NJW 1981, S. 1893, 1894 (Dansk Supermarked) (Rn. 17); bu hususta doktrinde henüz bir görüş birliği bulunmamaktadır. Malların serbest dolaşıma ilişkin doğrudan ve dolaylı etki hakkında detaylı bilgi için bkz. Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459, 460.

²³⁴ In van Vlaamse Reisebueros (VersR 1989, 349) Bu kararda 34. madde sadece devletin alması gereken tedbirler açısından değerlendirilmiş olup ticari işletmelerin davranışı açısından bir değerlendirme yapılmamıştır. Schmah/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 608.

²³⁵ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 101: Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.

Burada malların serbest dolaşımının özel hukuk ilişkilerine doğrudan değil, dolaylı bir şekilde uygulanması mümkün olabilir. Devletlerin koruma yükümlülüğünün sonucu olarak özel hukuk bireylerinin malların serbest dolaşımına uygun davranmaları istenebilir.²³⁷

Avrupa Adalet Divanı, Gaz ve Su Bilimleri Derneği'nin²³⁸ açtığı bir davada temel hakların en azından belli koşullar altında özel hukuk kişileri arasında doğrudan uygulanmasına karar vermiştir. Madde 34'e göre, üye devletler arasında, ithalata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler yasaktır. Madde 34 üye devletlere bir yükümlülük yüklemiştir ve üye devletler kendi davranışı veya düzenlemeleri ile serbest dolaşım hakkını engellemişler madde 34 ihlal edilmiştir. Özel hukuk kişilerine bir mülki yetki verilmişse ve özel hukuk kişileri bu yetkiye dayanarak şirketlerin pazara girmesine, ithalata ilişkin kararlar verebiliyorsa²³⁹ bu durumda 34. madde Avrupa Adalet Divanı'na göre özel hukuk ilişkilerine de doğrudan uygulanabilir.²⁴⁰

Avrupa Adalet Divanı tarafından sermayenin serbest dolaşımına (Art. 63 Abs. 1 AEUV²⁴¹) ilişkin bir karar verilmemiş olursa da malların serbest dolaşımına ilişkin karar bu konuya da uygulanabilir, çünkü ikisi de aynı amaç ve yapıya sahiptirler.²⁴²

c) Avrupa Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisinin Değerlendirilmesi

İşgücünün ve malların serbest dolaşımının özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin kabul edilmesi özellikle Alman hukukunda çelişkilere yol açacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi Alman hukukunda temel hakların özel hukuka doğrudan etkisi anayasada düzenlenmemiş olup

²³⁶ Schroeder, Grundkurs, § 14, Rn. 28; Schwarze/Becker, Artikel 34 AEUV, Rn. 89; Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 608 vd.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 170. 34. maddenin ticari işletmelere de uygulanıp uygulanmaması hususunda şüpheler için bkz. Birkenmeyer, EuR 2010, S. 662, 674 vd.

²³⁷ Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 609.

²³⁸ Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.

²³⁹ EuGH EuZW 2012, 797 (DVGW); Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 609 vd.

²⁴⁰ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 34: Üye devletler arasında, ithalata ilişkin miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler yasaktır.

²⁴¹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 63 fıkra 1: Bu Bölümde yer alan hükümler çerçevesinde, üye devletler arasındaki ve üye devletlerle üçüncü ülkeler arasındaki sermaye hareketlerine uygulanan tüm kısıtlamalar yasaktır.

²⁴² Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 610.

doktrinde ve özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu teori kabul görmemiştir.²⁴³

Avrupa Adalet Divanı malların ve işgücünün serbest dolaşımına ilişkin verdiği kararlarda anlaşma maddelerinin özel hukuk kişileri arasında da direk uygulanmasını şu gerekçelere dayandırmaktadır:

- Anlaşma maddelerinin genel bir şekilde formüle edilmesi, sadece üye devletler arasında uygulanacak (yönelik) şekilde kaleme alınmaması.²⁴⁴

- Maddelerin sözleşmenin amacına en çok hizmet edecek şekilde yorumlanması (*effet utile*).²⁴⁵ Bu da maddelerin özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin kabul edilmesi anlamına gelir aksi halde özel hukuk kişileri kendi aralarında yaptığı hukuki işlemlerle devletin temel hakları korumaya yönelik alacağı tedbirleri tehlikeye sokulabilir.

- Temel hakların üye devletler tarafından uyum içinde aynı şekilde uygulanmasının sağlanması.²⁴⁶

- Vatandaşlıktan dolayı ayrımcılık yapmama (Art. 18 AEUV²⁴⁷), kadın ve erkek işçilere eşit ücret ilkesinin uygulanması (Art. 157 AEUV²⁴⁸) gibi açıkça özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacak maddelerin varlığı.

Bu gerekçelerin yanında Avrupa Adalet Divanı temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisini başlangıçta dogmatik olarak ayrıca madde 34'e dayandırsa da zamanla bundan vazgeçmiştir.²⁴⁹ Bu kararların dayanak noktasında farklılıklar meydana getireceği için 34. maddeden vazgeçilmemesi daha uygun olurdu.²⁵⁰ Verilen dilekçelerde etkili,

²⁴³ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459; Birkenmeyer, EuR 2010, 662; Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607; Repasi, EuZW 2008, S. 529.

²⁴⁴ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 30 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 42 f. (Raccanelli).

²⁴⁵ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 32 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 44 (Raccanelli).

²⁴⁶ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 33 (Angonese).

²⁴⁷ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 18: Bu anlaşmaların uygulama alanı çerçevesinde ve anlaşmalarda öngörülen belirli hükümlere hâlel gelmeksinin, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılık yasaktır. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek, böyle bir ayrımcılığı yasaklamaya yönelik kuralları kabul edebilir.

²⁴⁸ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 157 fıkra 1: Her üye devlet, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlar.

²⁴⁹ Bkz. yukarıda Alman Su ve Gaz Birimleri Derneği davasında.

²⁵⁰ Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 610.

gerçek ve üyelerin uyumlu davrandığı malların serbest dolaşımı düşüncesinden hareket edildiği anlaşılmaktadır.²⁵¹

Kanımızca Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği kararlarda maddenin formüle edilişinden yola çıkması yanlış değildir, çünkü anlaşmanın bazı maddeleri (md. 45²⁵²) sadece üye devletler için kaleme alınmıştır. Yine madde 34'te her ne kadar “*üye devletler arasında*” ibaresi kullanılsa da bu maddenin yer bakımından uygulama alanına vurgu yapmaktadır.²⁵³ Anlaşmadaki 49, 56, 63 gibi maddelerin objektif şekilde kaleme alındığı ve sadece üye devletlere yönelik düzenlenmedikleri de göze çarpar. İşgücünün serbest dolaşımına dair diğer maddelerden ve özellikle 46.²⁵⁴

²⁵¹ EuGH, Schlussanträge vom 28.03.2012, C-171/11, Celex-Nr. 62011CC0171 (Rn. 46 vd. und 48; Schmahl/Jung NVwZ 2013, S. 607 nehmen aber auch zu den anderen Argumenten aus Angonese und Raccanelli Stellung.

²⁵² Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 45:

1. Birlik içinde işçilerin serbest dolaşımı sağlanır.
2. İşçilerin serbest dolaşımı, üye devletlerin işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir.
3. İşçilerin serbest dolaşımı, kamu düzeni, kamu güvenliği ve halk sağlığı gerekçeyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, aşağıdaki hakları içerir:
 - a) yapılmış iş tekliflerini kabul etme,
 - b) bu amaçla üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşma,
 - c) bir üye devlette, o devlet uyruklarının istihdamını düzenleyen kanun, ikincil düzenleme ve idari kurallara uygun olarak çalışmak amacıyla ikamet etme,
 - d) Komisyon tarafından hazırlanacak uygulama tüzüklerindeki koşullara uygun olarak, bir üye devlette istihdam edildikten sonra o üye devlet topraklarında kalma.
4. Bu madde hükümleri, kamudaki istihdama uygulanmaz.

²⁵³ Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 611.

²⁵⁴ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma madde 46: Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, 45. maddede tanımlanan işçilerin serbest dolaşımını gerçekleştirmek için, özellikle aşağıdakiler vasıtasıyla gerekli tedbirleri içeren direktifler veya tüzükler çıkarır.

- a) ulusal iş bulma kurumları arasında sıkı işbirliği sağlayarak,
- b) üye devletlerin ulusal mevzuatından veya üye devletler arasında daha önce akdedilmiş anlaşmalardan kaynaklanan ve yürürlükte kalmaları işçilerin dolaşımının serbestleştirilmesine engel teşkil edebilecek idari usul ve uygulamaları ve açık işlere alınma bakımından tamamlanması zorunlu süreleri kaldırarak,
- c) üye devletlerin ulusal mevzuatından veya üye devletler arasında daha önce akdedilmiş anlaşmalarda öngörülen ve serbestçe iş seçme hakkına ilişkin olarak, ilgili üye devletin diğer üye devlet işçilerine kendi işçilerine uyguladığından farklı şartlar getiren tamamlanması zorunlu tüm süreleri ve diğer kısıtlamaları kaldırarak,

maddeden anlaşılan üye devletlerin her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırma yükümlülükleri vardır ve bu da ancak özel hukuk kişilerinin de ayrımcılık yapmaması ile sağlanır.

Angonese kararında Avrupa Adalet Divanı maddelerin özel hukuk kişilerini bağladığını belirttiikten sonra özel hukuk kişileri için hukuka uygunluk sebebine değinmiştir. Mahkemeye göre özel hukuk kişilerinin ölçülü ve ayrımcılık yaratmayan bir tavır içinde bulunmaları yeterlidir.²⁵⁵

Avrupa Adalet Divanı'nın maddeleri sözleşmenin amacına en çok hizmet edecek şekilde yorumlaması ve temel haklara öncelik vermesi elbette çok önemlidir. Ancak bu yapılırken Avrupa Adalet Divanı'nın amaca hizmet edecek olan en bağlantılı maddeyi seçip özel hukuk ilişkilerinde onu uygulaması gerekir.²⁵⁶ Örneğin malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında rekabet etme yasağına ilişkin maddenin (106 vs.) uygulanmasıyla sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesine hizmet edilebilir.²⁵⁷ Avrupa Adalet Divanı'nın işgücünün serbest dolaşımına ilişkin verdiği kararda da 18 ve 157 gibi maddeleri doğrudan uygulanması ikna edici değildir; zira bu maddelere bakıldığında bu iki madde de eşit davranma ve genel bir ayrımcılık yasağından bahsedilmemektedir. Madde 157 de özel bir madde olup sadece kadın ve erkeklerin eşit ücretler alımını düzenlemektedir. Madde 18 ise vatandaşlıkla bağlantılı bir ayrımcılık yasağından bahsetmektedir, bu maddede de genel anlamda bir ayrımcılık yasağından bahsedilmemektedir. Görüldüğü gibi gerek 18, 157 gerekse de 34 ve 45 gibi maddeler özel maddeler olup belli bir konu dikkate alınarak o konuya özgü düzenlenmiştir.²⁵⁸ Dolayısıyla bu maddelerden yola çıkılarak bu anlaşmanın hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanacağını savunulması kabul edilemez. Madde 157'ye bakıldığında Avrupa Birliği vatandaşı olan herkesin bu maddeye başvurabileceği görülmektedir.²⁵⁹ Bu maddelerden yola çıkılarak bu maddelerin özel hukuk ilişkilerinde direk uygulanacağını savunulması problemli görünmektedir.²⁶⁰

d) iş teklifleri ile iş başvurularını buluşturmak ve çeşitli bölge ve sanayi dallarındaki istihdam düzeyi ile yaşam standardına yönelik ciddi tehditlerden kaçınacak şekilde, iş piyasasındaki arz ve talep arasındaki dengenin sağlanmasını kolaylaştırmak amacıyla uygun bir mekanizma kurarak.

²⁵⁵ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 42 (Angonese); Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoﬀ (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 181.

²⁵⁶ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459, 462; Birkenmeyer, EuR 2010, S. 662, 668.

²⁵⁷ Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 612.

²⁵⁸ Repasi, EuZW 2008, S. 527, 532; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoﬀ (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 169.

²⁵⁹ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459, 462; Birkenmeyer, EuR 2010, S. 662, 670.

²⁶⁰ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459, 462; Birkenmeyer, EuR 2010, S. 662, 670.

Ayrıca üye devletler arasında temel hakların aynı şekilde uyum içinde uygulanmasını sağlamak da her zaman mümkün olmamaktadır. Bir üye devletin kendi anayasasında temel hakların doğrudan uygulanmasını düzenlemesi ve diğer ülkelerin bunu düzenlememeleri halinde durum ne olacaktır? Üye devletler arasında uyum sağlanılabilmesi için bu düzenlemenin diğer ülke sistemlerinde aynen uygulanması elbette düşünülemez.²⁶¹ Genel olarak temel hakların özel hukuk ilişkilerine direk uygulanmasının kabul edilmesi üye devletlerin anayasalarının Avrupa Birliği kuralları sonucunda değiştirilmesi anlamına gelebilir.²⁶²

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisine dair üye devlet tarafından geliştirilmiş olan koruma yükümlülüğü böylelikle kullanılmaz hale gelmektedir. Çünkü üye devletlerin birliğin amacına hizmet edecek olan düzenlenmeleri iç hukuk sistemine aktarma yükümlülüğü vardır.²⁶³

Zaten Alman hukukuna ilişkin açıklamalar yaptığımız kısımda da belirtildiği gibi Alman hukuku sistemine en uygun olan ve iki tarafın menfaatini en fazla dikkate alan koruma yükümlülüğü teorisidir.²⁶⁴ Koruma yükümlülüğü teorisi ile irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü yeterince korunmaktadır.²⁶⁵ Bir tarafta fiil ehliyetine sahip bireylerin yaptığı hukuki işlemlere saygı duymak ve onları geçerli kılmak; diğer taraftan onların birbiri ile yaptığı hukuki işlemlerde temel hak ihlallini engellemek için en uygun çözüm devletin koruma yükümlülüğü teorisinin kabul edilmesidir. Bunun yanı sıra zaten Avrupa Birliği'nin Çalışma Biçimine Dair Anlaşma'nın 5. maddesinde açık bir şekilde Avrupa Birliği'nin ikincil olduğu ve ölçülülük ilkesine hizmet edildiği belirtilmektedir.²⁶⁶

Ayrıca belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği'nin amacı pazarı dengelemek değildir. Pazarın kendini dengeleyen bir özelliği olup pazara girip kazanç elde etmek isteyen özel hukuk kişileri de bu kurallara uymak zorundadırlar.²⁶⁷ Özel kişilerin ayrımcılık yapmamaları ve temel hakları ihlal etmemeleri koruma yükümlülüğü teorisi ile sağlanabilir.

²⁶¹ Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 611 vd.; Löwisch, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009, S. 216.

²⁶² Streinz/Leible, EuZW 2000, 459, 462; Birkenmeyer, EuR 2010, S. 662, 670.

²⁶³ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 172 vd.

²⁶⁴ Birkenmeyer, EuR 2010, S. 662, 669.

²⁶⁵ Bu yönde bkz. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 166.

²⁶⁶ Schmahl/Jung, NVwZ 2013, S. 607, 612.

²⁶⁷ Fabis, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG – Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, Diss 1995, 122-124; Forsthoff, EWS 2000, S. 289, 392; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 166.

Genel Değerlendirme

Her ne kadar anayasadaki temel hakların amaçları, bireyi devlete karşı korumak olsa da temel haklar, objektif değerler içeren hukukun her alanında etkili olan anayasa maddeleridir. Anayasadaki normlar; yasama, yürütme ve yargıyı direk bağlar ancak bu, temel hakların özel hukukta hiç uygulama alanı bulamayacağı anlamına gelmez. Temel hakların özel kişiler tarafından ihlal edilebileceği için devletin temel hakları sadece kendi organlarına karşı koruması yetmemektedir. Devlet garanti altına alınan temel hakların toplumsal güçler tarafından serbestçe kullanılması ile yetinmemelidir. Garanti altına alınan temel haklara üçüncü kişiler tarafından saldırıda bulunuluyorsa bu durumda devletin özel hukuk kişilerine karşı da temel hakları koruma yükümlülüğü vardır. Devlet, özellikle özel hukuk kişilerinin sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği sonucunda gerçekleştirmiş oldukları hukuki işlemlerle, zayıf olan tarafın temel haklarının ihlal edilmesine karşı kayıtsız kalmamalıdır. Devlet, koruma yükümlülüğü nedeniyle sözleşme eşitliğinin farklı şekillerde bozulduğu hallerde, temel hakların korunması amacıyla irade özerkliğine yasal sınırlamalar getirilebilmelidir.

Kanun koyucu özel hukuka dair kanunlar yaparken özel hukuk ilişkilerine katılan her bir bireyin temel haklarını dikkate almak zorundadır, zira yargıç, önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle konuya ilişkin kanunu uygular. Ancak kanun koyucu tarafından tarafların temel haklarının ve menfaatlerinin dikkate alınmaması veya yanlış dikkate alınması halinde yargıç devreye girer ve anayasaya uygun yorum tekniğini kullanarak temel hakların koruma fonksiyonunu gerçekleştirir. Yargıç temel hakların taşıdığı objektif değerleri özel hukuktaki genel maddeler aracılığıyla özel hukuk ilişkilerine uygulamalıdır.

KAYNAKÇA

Augsberg, Ino/Viellechner, Lars: Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem, JuS 2008, S. 406

Belling, Detlev W./Herold, Antje/Kneis, Marek: Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, Acta Universitatis Szegediensis, Forvm, Acta Juridica et Politica.

Belling, Detlev W.: Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreue und Legalitätskontrolle von Tarifnormen, ZfA 1999, S. 547.

Berger, Anastasia: Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten – Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, Regensburg 2013 (yayınlanmamış doktora tezi).

Biernacht, Annett: Die Meinungs- und Pressefreiheit in der Türkei im Spiegel der EMRK, Berlin 2013.

Birkemeyer, Claas: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2010, S. 662.

Bleckmann, Albert: Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S. 938.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV / AEUV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta 4. Auflage München 2011

Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff, 1969.

Canaris, Claus-Wilhelm: Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 29.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, 1999.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), S. 201.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, S. 161.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.

Christensen Ralp /Fischer-Lescano, Andreas: Das Ganze des Rechts.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

Dürig, Günter: Freizügigkeit, in: Neumann / Nipperdey / Scheuner, Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954 S. 507.

Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: von Bonner Grundgesetz gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S. 157.

Enders, Christoph: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen, 1997.

Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband 15. Auflage, 1959.

Fabis, Henrich: Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG – Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, Dissertation. 1995.

Forsthoff, Ulric: Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese, EWS 2000, S. 389.

Gamillscheg, Franz: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385.

Geiger, Willi: Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, Stuttgart 1960.

Gersdorf, Hubertus: Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Licht des Solange II-Beschlusses des BVerfG, AöR 199 (1994), S. 400.

Gören, Zafer: Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1.

Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010.

Groß, Thomas: Die Schutzwirkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post, JZ 1999, 326.

Guckelberger, Annette: Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, S. 1151.

Gurlit, Elke: Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2012, S. 249.

Hager, Johannes: Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373.

Hermes, Georg: Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, S. 1764.

Hirsch, Ernst E: Die Verfassung der Türkischen Republik Band 7, 1966 Alfred Metzner Verlag Frankfurt am Main.Berlin.

Howald, Bert: Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, Diss. 2004, Berlin.

İnce, Nurten: Der Schutz des mittellosen Bürgen, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Potsdam 2010.

İnce, Nurten: Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz auf Kündigungen Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul XLIV, N.61, S. 405.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Auflage, Heidelberg 2011.

Jarass Hans D./Pieroth,Bodo: Grundgesetz Kommentar, 12. Auflage, 2012.

Jarass, Hans D.: Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345.

Jarass, Hans D.: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857.

Jarass, Hans D.: Der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2010.

Kaneti, Selim: Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), Cilt. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), S. 19.

Kaufmann, Horst: Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht: AcP 161 (1962), S. 289.

Klein, Eckart: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: NJW 1989, S. 1633.

Klein, Hans Hugo: Der Schutz unternehmerischer Freiheit. Nationale, europa- und völkerrechtliche Aspekte, demnächst im Tagungsband der 3. Woche des Deutschen Rechts, Moskau 2013.

Klein, Hans Hugo: Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994, S. 489.

Koebel, Ulrich: Grundrechte und Privatrecht. Eine Rezensionsabhandlung. JZ 1961, S. 521.

Kopp, Ferdinand: Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in: FS Wilburg, 1975, S. 149.

Krois, Christopher: Inhalt und Grenzen des unionsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, DB 2010, S. 1704.

Lábady, Tamas: Die Wirkung der Verfassung auf das konzipierende Privatrechtsgesetzbuch, Handschrift, 2000.

Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl., München 1967.

Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München und Berlin 1960.

Löwisch, Manfred: Anmerkung zu BAG 5.10. 1999, RdA 2000, S. 312.

Lücke, Jörg: Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S. 377.

Magiera, Siegfried: Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, S. 1017.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter: Grundgesetz Kommentar, 2013.

Mikat, Paul: Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Rolf Dietz und Heinz Hübner, Bd. I, S. 581.

Nipperdey, Hans Carl: Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, S. 445.

Nipperdey, Hans Carl: Das Arbeitsrecht im Grundgesetz, RdA 1949, S. 214.

Nipperdey, Hans Carl: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121.

Nipperdey, Hans Carl: Gleicher Lohn für gleiche Leistung, BB 1951, S. 282.

Nipperdey, Hans Carl: Grundrechte und Privatrecht, Bielefeld 1961.

Okur, Zeki: İş Hukuku'nda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü Ve Sınırları, Kamu-İş Dergisi, Cilt. 10, Sayı 3 (2009) S. 1.

Oldiges, Martin: Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, FS für Karl Heinrich Friauf, Heidelberg 1996, S. 281.

Özcan, Hüseyin: Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, (AÜEHFD) Cilt. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181.

Petz, Helmut: Verfassungsrecht-Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, JA 1987, S. 634.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 28. Aufl., 2012.

Poscher, Ralf: Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.

Rebhahn, Robert: Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), S. 489.

Reimers, Walter: Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, Hamburg 1959.

Rengeling, Hans-Werner / Szczekalla, Peter: Grundrechte in der EU, 2004.

Ruffert, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001.

Rumpf, Christian: Das türkische Verfassungssystem, Wiesbaden 1996.

Sabuncu, Yavuz: Grundrechte und -freiheiten in der türkischen Verfassung, Zeitschrift für Türkeistudien (ZfTS) 1989, S. 35.

Schmahl, Stephanie/Jung, Florian: Horizontale Drittwirkung der Grundfreiheiten, NVwZ 2013, S. 607.

Schmidt am Busch, Birgit: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Arbeitsschutzes GewArch 2011, S. 1.

Scholl, Bernard: Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers aus Glaubens- und Gewissensgründen, BB 2012, S. 53,

Schroeder, Werner: Grundkurs Europarecht, 2011, § 14, Rn. 29.

Schwab, Dieter: Familienrecht.

Seifert, Achim: Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, S. 696,

Sevimli, Kamil Ahmet: İçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.

Starck, Christian: Praxis der Verfassungsauslegung, 1994.

Sungurtekin-Özkan, Meral: Anayasinin Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEUHFD), Cilt 11. Özel Sayı 2009, S. 553.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.