

**T. C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARININ
MEDENİ HUKUKTAKİ
KİŞİLİK HAKKI KAVRAMINA ETKİSİ**

DOKTORA TEZİ

Zeliha Gizem SAYIN

Tez Danışmanı: H. Murat DEVELİOĞLU

ARALIK, 2023

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın en sancılı aşamalarından biri öğretiye katkısı olabileceğine inandığımız, ilgimizi çeken bir konuda karar kılabilmekti. Öncelikle bir medeni hukukçu olarak, “hukuk için hukuk” değil de “toplum için hukuk” anlayışında kendisini hep örnek aldığım, kapısını çaldığımda derin bilgisiyle ufkumu açan ve konu başlığımı seçmemde büyük katkısı olan Prof. Dr. Rona Serozan’a olan minnetimi paylaşmak isterim.

Üretmekten, hukuka ve topluma katkı sunmaktan hiç vazgeçmeyen inancına, enerjisine hayran olduğum, çalışmalarında küçük de olsa yardımcı olabilmekten büyük gurur duyduğum, benim için çok değerli olan derin sohbetlerimiz sayesinde kendimi hep şanslı hissettiren Prof. Dr. Ergün Özsunay’a; Fribourg Üniversitesi’nde davetli araştırmacı olarak bulunduğum sırada ve sonrasında da her zaman değerli katkılarıyla varlığını ve desteğini hissettiğim Prof. Dr. Franz Werro’ya ve Kadir Has Üniversitesi ile başlayan akademik hayatımda, bana hep yol gösterici olan, her zaman bana duydukları güven ile beni onurlandıran, saygımı ve sevgimi tarifte zorlandığım çok kıymetli hocalarım Prof. Dr. Hasan Erman’a ve Doç. Dr. Özge Uzun Kazmacı’ya hayatımdaki varlıkları için teşekkür etmem yetersiz kalır.

Üniversite öğrenciliğimin ilk yıllarından beri bana her zaman hissettirdiği güven ve desteği benim için çok değerli olan tez danışmanım Prof. Dr. H. Murat Develioğlu’na, yine öğrenciliğimin ilk yıllarından beri her zaman hissettirdikleri çok değerli destekleri için Prof. Dr. Mehmet Erdem’e ve Doç. Dr. Tuba Akçura’ya ve anayasa hukuku boyutu da olan tezimde eserleri ile zaten büyük katkıları varken, bir de aklım karıştığında bana vakit ayırdıkları ve samimi sohbetlerimizle sundukları katkıları için Doç. Dr. Olgun Akbulat’a ve Doç. Dr. Oya Boyar’a da çok teşekkür ederim.

Konu seçimi aşamamda olduğu gibi, akademik çalışmalarımda danışmak istediğim bir husus olduğunda kapılarını her zaman çalabileceğimi bildiğim, beni her zaman değerli önerileri ve yorumları ile aydınlatan Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir’e, Prof. Dr. Burak Özen’e, Prof. Dr. Erdem Büyüksağış’e, Prof. Dr. İpek Sağlam’a, Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu’ya, Dr. Aysun Altunkaş’a ve Dr. Reyda Ergün’e de teşekkürlerimi sunmak isterim.

Ve tabii ki, birlikte çalışmaktan onur duyduğum, desteklerini ve yardımlarını hiç esirgemeyen Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki tüm hocalarıma, meslektaşlarıma ve özellikle çalışmamın son sürecinde her zaman yardıma hazır olduklarını hissettiren Ahmet Abut’a, Tuğçe Bilgetekin’e, Doğukan Bingöl’e, Alican Çalışkan’a, İsmail Dede’ye, Dr. Hülya Dinçer’e, Dr. Onur Görmez’e, Dr. Orkun Güner’e, Dr. Hande Heper’e, Dr. Akasya Kansu’ya, Doğan Kara’ya, Dr. Argun Karamanlıoğlu’ya, Baran Kızılırmak’a, Çağrı Mardin’e, Tevfik Can Peker’e, Dr. Cemile Turgut’a, Kaan Can Yıldırım’a ayrıca çok teşekkür ederim.

Tüm bu kıymetli hocalarımın ve meslektaşlarımın yanı sıra hayatımdaki varlıklarına ayrıca teşekkür etmek istediğim isimler de var elbette. Öncelikle beni ben yapan, ben her nasılsam her zerresinde katkısı bulunan babam Deniz Sayın'a ve annem Bikem Damcı Sayın'a.... İyi günde kötü günde hep yanımda olan canım dostlarım Kevser Suntay'a, Yiğit Tuna'ya ve Ozan Küren'e, her sıkıştığımda kapısını çalabileceğimi bildiğim dostlarım Emine Sevim'e, Turgay Sancak'a ve hayatımdaki varlığıyla beni hep şanslı hissettiren yol arkadaşım Timuçin Başgül'e teşekkür ederim.

Dostluğumuzun üniversite hazırlık sıralarında başladığı, hukuk fakültesi sıralarında pekiştiği, en zor günlerimde yanımda olduğu anları hep minnetle anacağım, daha sonra da medeni hukuk alanında birlikte yürümeye başladığımız ve bu yolda her zaman bana ilham veren değerli dostum Dr. Işıl Yelkenci'ye ve onun çok değerli ailesine de ayrıca teşekkür etmek isterim.

Son olarak akademik hayatımın başlarında, barış isteyen bir grup akademisyen olarak yollarımızın kesiştiği, başlarına gelmedik şey kalmamasına rağmen üretmeye devam etmekten vazgeçmeyen, benim “şanslı” bir azınlık olarak akademideki görevime bir vicdan sızısı ile devam ederken güçsüz hissettiğimde, başına gelenlere rağmen üretmeye devam ettiklerini gördükçe “devam etmem” gerektiğini hissettiren, yan yana olmaktan gurur duyduğum her bir Barış İçin Akademisyenler imzacısına da ayrıca teşekkür ederim. Yine bu vesileyle birbirimizi tanıdığımız, böylece akademik hayatımın başında yollarımızın kesişmesiyle disiplinlerarası sohbetlerimiz ve çalışmalarımız sayesinde bana apayrı bir zenginlik katan ve varlıkları ile her zaman huzur ve güven duyduğum Kampüssüzler paydaşları Prof. Dr. Tül Akbal'a, Dr. Filiz Arıöz'e, Dr. Meral Camcı'ya, Doç. Dr. Didem Dayı'ya, Doç. Dr. Funda Karapahlivan'a, Doç. Dr. Günizi Kartal'a, Dr. Aslı Takanay'a ve Prof. Dr. Nedim Süalp'e... Avukatlık hayatımda çok şey öğrendiğim üstadım, akademik hayata girmeme teşvik etmiş olan ve daha sonra da elini üstümden hiç çekmemiş manevi ablam Av. Aysel Tan Uzuner'e... İçinde bulunmaktan, birlikte mücadele etmekten gurur duyduğum, her zaman yanımda olduklarını hissettiren Eğitim Sen İstanbul 6. Şubesi'ne... Öğrenim hayatımda ve sonrasında sorgulama, eleştirme, okuma, öğrenme, üretme ve tüm bunlardan keyif alma yolculuğumda var olmaları nedeniyle Gölbaşı Anadolu Lisesi'nden hocalarıma ve dostlarıma, GSÜ Hukuk 2010 Mezunları'na, GSÜTT'ye ve Tiyatro Öteki Hayatlar'a hayatımdaki varlıkları için çok teşekkür ederim.

Akademik hayatımın, hukukun, bilimin, gerçekliğin içinin iyice boşaltıldığı, yürüttüğümüz çalışmalarda anlam bulmakta zorlandığımız bu dünyada, yalnızca tüm bu hocalarımın, meslektaşlarımın, ailemin, dostlarımın bana olan güvenini ve inancını boşa çıkarmamak, onlara mahcup olmamak için bu tezi bitirdiğimi itiraf etmek isterim. Bu tez onların güveni, hayatımdaki varlıkları sayesinde yazılmıştır.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
1. TÜRKİYE'DE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI	6
1.1. Kişi ve Kişilik Kavramları.....	6
1.2. Kişilik Hakkının Tanımı ve Sınıflandırılması	8
1.2.1. Tanımı.....	8
1.2.2. Sınıflandırılması.....	12
1.3. Kişilik Hakkı Kapsamında Öne Çıkan Değerler ve Emsal Kararlar	16
1.3.1. Öne Çıkan Değerler	16
1.3.1.1. Vücut Bütünlüğü.....	17
1.3.1.2. Şeref ve Haysiyet.....	20
1.3.1.3. Özel Hayat.....	23
1.3.1.4. Görüntü ve Ses.....	25
1.3.1.5. Ad (İsim).....	27
1.3.1.6. Özgürlükler	28
1.3.2. Emsal Kararlar.....	32
1.3.2.1. Kadının Soyadı ile İlgili Emsal Kararlar.....	33
1.3.2.2. Kişisel Verilerin Kullanılması ile İlgili Emsal Kararlar	39
1.3.2.3. Nişanın Bozulması ile ilgili Emsal Kararlar	44
1.3.2.4. İsim Değişikliği ile ilgili Emsal Kararlar	48
1.3.2.5. Haksız Şikâyet veya Haksız İhbar ile ilgili Emsal Kararlar.....	52
1.3.2.6. Unutulma Hakkı ile ilgili Emsal Kararlar	56
1.3.2.7. Çevrenin Kirlenmesi ile İlgili Emsal Kararlar	62
1.3.2.8. Tatilden Beklenen Faydanın Elde Edilememesi ile İlgili Emsal Kararlar ..	65
1.3.2.9. Çalışma Özgürlüğünü Engellemeye dair Emsal Kararlar.....	72
2. TEMEL HAKLARIN ÖZEL HUKUKA ETKİSİ.....	75
2.1. Temel Hakların Özel Hukuka Etkisinin Teorik Alt Yapısı	77
2.1.1. Yatay Etki Kavramı.....	77
2.1.1.1. Dolaylı Yatay Etki	78
2.1.1.1.1. Genel Olarak: Almanya Örneği.....	78
2.1.1.1.2. İsviçre'nin Tutumu	82
2.1.1.2. Doğrudan Yatay Etki.....	86
2.1.1.3. İkili Ayrıma Karşı Yaklaşımlar	88
2.1.2. Devletin Pozitif Yükümlülüğü	95
2.1.3. Türkiye ve İHAS ilişkisi	100
2.2. Temel Hakların Özel Hukuka Etkisine Dair Uygulamadaki Yaklaşımlar	110
2.2.1. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.....	111
2.2.1.1. İHAM'ın Genişleyen Yetki Alanının Temeli.....	111
2.2.1.2. İHAM'ın Tutumu	114
2.2.1.3. İHAM'ın Genişleyen Alanında Karşımıza Çıkan Özel Hukuk İhtilaflarından Örnekler	118
2.2.1.3.1. <i>Young, James ve Webster/ Birleşik Krallık Kararı</i>	118
2.2.1.3.2. <i>Verein gegen Tierfabriken/ İsviçre Kararı</i>	119
2.2.1.3.3. <i>Steel ve Morris/Birleşik Krallık Kararı</i>	122
2.2.1.3.4. <i>Sovtransavto Holding-Ukrayna Kararı</i>	124
2.2.1.3.5. <i>Danilenkov ve diğerleri/Rusya Kararı</i>	125
2.2.2. Temel Hakların Özel Hukuka Etkisine İlişkin Yabancı Ülke Emsal Kararları ..	126
2.2.2.1. Genel Olarak	126
2.2.2.2. Kıta Avrupası'ndan Emsal Kararlar.....	129
2.2.2.2.1. Sözleşme Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkı.....	129

2.2.2.2.2.	Aile Hukuku	135
2.2.2.2.3.	Kişilik Hakkı.....	138
2.2.2.3.	Denizaşırı Ülkelerden Emsal Kararlar	143
3.	İHAM KARARLARINDA KİŞİLİK DEĞERLERİ.....	148
3.1.	Yaşam Hakkı ile İşkence, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele Yasağı Kapsamında 150	
3.1.1.	Yaşam Hakkı.....	150
3.1.2.	İşkence, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele Yasağı Kapsamında.....	154
3.2.	Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında.....	162
3.2.1.	Fiziksel, Psikolojik ve Ahlaki Bütünlük.....	164
3.2.1.1.	Bireyin Şiddetten Korunması.....	165
3.2.1.2.	Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı.....	167
3.2.1.3.	İtibar.....	171
3.2.2.	Mahremiyet.....	173
3.2.3.	Bireyin Kimliği ve Özerkliği	175
3.2.3.1.	Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim.....	176
3.2.3.2.	Üreme ve Ebeveynlik.....	179
3.2.3.3.	Bireyin Kökeni Hakkında Bilgi Edinme Hakkı.....	182
3.2.3.4.	Özgün Yaşam Biçimine Saygı Hakkı	184
3.3.	Ayrımcılık Yasağı Kapsamında	185
3.3.1.	İHAS'ta Ayrımcılık Yasağı ve İHAM'ın Düzenlemeye Yaklaşımı	185
3.3.2.	Ayrımcılık Yasağına Dair İHAM Emsal Kararları	189
SONUÇ		196
KAYNAKÇA		203

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
Art.	: Article
ATF	: Arrêt du Tribunal fédéral
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No.	: Başvuru No.
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
Cass. civ.	: Cassation Civil
Cass. Soc	: Cassation Social
çev.	: Çevirmen
E.	: Esas
ECLI	: European Case Law Identifier
ed.	: editör(ler)
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İsvBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
K	: Karar
KVKK	: Kişisel Verileri Koruma Kanunu
L.G.D.J	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
m.	: madde
No.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfaları arası
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

RESUME

Dans cette étude, l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH) et des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui font partie du droit de la Turquie, sur la notion du droit de la personnalité, qui est inclus dans notre droit en Turquie sans qu'il soit nécessaire de définir, d'encadrer ou d'énumérer les valeurs dans son contenu de manière restrictive, et qui sert donc de porte d'entrée dans le droit privé en ce qui concerne l'effet des droits fondamentaux sur le droit privé, est évalué. À cet égard, les valeurs qui se distinguent dans cadre de la notion de droit de la personnalité et les jurisprudences en Turquie sont tout d'abord examinées afin de fournir une compréhension approfondie de la notion et de son champ d'application. Ensuite, l'effet des droits fondamentaux, et donc des arrêts de la CEDH, sur les dispositions et jurisprudence de droit privé en général est discuté ; et les discussions théoriques, les arrêts de la CEDH et les jurisprudences des pays étrangères ont été examinés afin de montrer comment cet effet peut se manifester. Enfin, dans le troisième chapitre, il est expliqué que la notion de droit de la personnalité en Turquie, que nous avons présenté dans le premier chapitre avec ses différentes dimensions, devrait également être rencontré dans diverses jurisprudences en Turquie, conformément aux arrêts de la CEDH, avec l'acceptation de l'effet des droits fondamentaux sur le droit privé, que nous avons discuté dans le deuxième chapitre.

A cet égard, afin de mieux comprendre la notion de droit de la personnalité, que nous estimons devoir être interprété à la lumière de la ConvEDH et des arrêts de la CEDH, il a été souligné, d'une part, les valeurs qui ressortent de la doctrine de la Turquie et, d'autre part, il a été révélé que ces valeurs, qui sont considérées comme faisant partie du champ d'application du droit de la personnalité, peuvent être rencontrées dans les litiges les plus divers de la vie. L'inclusion des "libertés" parmi les valeurs incluses dans le champ du droit de la personnalité dans la doctrine et les arrêts de la Cour de Cassation de la Turquie révèle la passerelle entre la notion et les droits fondamentaux. Cependant, bien que les "libertés" soient considérées comme une valeur du droit de la personnalité dans la doctrine et les arrêts de la Cour de Cassation, on constate que la notion de droit de la personnalité n'est pas suffisamment associée aux dispositions de la ConvEDH et aux arrêts de la CEDH. En fait, Il est entendu que les juges de droit privé en Turquie ont encore une attitude hésitante à l'égard de l'effet de la ConvEDH et des arrêts de la CEDH sur le droit privé.

Cependant, considérant que l'idée selon laquelle les droits fondamentaux ne concernent que l'État et n'ont d'effet qu'en droit public ayant perdu sa validité aujourd'hui, il devient inévitable que la notion de droits de la personnalité en droit privé soit affectée par les droits fondamentaux. En outre, il faut admettre qu'aujourd'hui, la division de l'ordre juridique en droit public et en droit privé n'a plus d'autre but que celui, pratique, de compartimenter le champ d'étude de la discipline juridique et de l'enseignement du droit. L'idée que la Constitution n'est

qu'une partie du droit public et que la Constitution est un domaine politique, alors que le droit privé est un domaine non politique, et qu'il ne devrait pas être affecté par les droits fondamentaux puisqu'il devrait préserver cette autonomie, a perdu de son influence, tant dans la doctrine que dans la pratique. Par conséquent, bien qu'il soit largement admis que les droits fondamentaux ont un impact sur le droit privé, les dimensions et les formes de cet impact font l'objet de profonds débats.

A notre avis, sans même devoir recourir aux différentes théories de l'effet horizontal, la simple acceptation d'une obligation positive de l'État entraîne déjà l'effet des droits fondamentaux sur le droit privé. En effet, la CEDH a clairement reconnu que l'État ou les agents de l'État doivent assurer un juste équilibre en prenant en compte les droits fondamentaux dans les litiges relevant des relations de droit privé afin de garantir la protection effective des droits fondamentaux dans les relations de droit privé. En outre, comme nous en convenons également, la doctrine soutient que la distinction entre l'effet horizontal direct et l'effet horizontal indirect est insuffisante, voire complètement dysfonctionnelle.

Cependant, aujourd'hui, on observe que les discussions sur l'effet des droits fondamentaux sur le droit privé sont généralement menées en Turquie dans le cadre du concept d'effet horizontal sous l'influence du droit de l'Allemagne. En droit de la Suisse, comme en droit de l'Allemagne, qui est au centre des discussions sur l'effet horizontal, on constate que les constitutions des pays qui réglementent les droits fondamentaux sont réglementées dans un langage contraignant pour les organes législatifs, exécutifs et judiciaires, et on comprend que ces réglementations justifient le rejet de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux sur le droit privé dans les pays concernés. Cependant, la Constitution de la République de Turquie inclut clairement les individus comme destinataires des droits et devoirs fondamentaux en vertu des articles 11 et 12. Notre Constitution, qui reconnaît directement les individus comme les destinataires des droits fondamentaux en Turquie, souligne aussi clairement que non seulement les dispositions de la Constitution mais aussi celles de la ConvEDH font partie de notre droit avec l'article 90 de la Constitution. Avec l'acceptation du fait que la ConvEDH fait partie de notre droit tel qu'il est compris à travers les interprétations de la CEDH, la nécessité pour le juge de droit privé de prendre en compte les évaluations des arrêts de la CEDH dans les litiges de droit privé émerge même en tant que résultat de nos réglementations constitutionnelles.

Quelles que soient les différences entre les systèmes juridiques des pays d'Europe continentale et des pays d'outre-mer et quelles que soient les raisons de prendre en compte les droits fondamentaux ou les explications théoriques de l'effet des droits fondamentaux sur le droit privé, la mesure dans laquelle les droits fondamentaux peuvent affecter le droit privé dans de nombreux litiges de droit privé allant des droits de propriété aux droits de la personnalité, du droit des contrats au droit de la famille est clairement visible dans notre étude grâce à de nombreuses décisions rendues dans des pays étrangers. A cet égard, il apparaît que nous pouvons assister à des décisions très différentes dans la juridiction de droit privé de la Turquie avec la prise en compte des décisions des pays étrangers et des décisions de la CEDH, qui ont créé un précédent pour l'effet des droits fondamentaux sur le droit de la personnalité, par les juges de droit privé.

Ainsi, le juge de droit privé est maintenant obligé de considérer le concept du droit à la personnalité dans le cadre des interprétations dynamiques de la CEDH qui

suivent les développements d'aujourd'hui ; d'accepter de nouvelles valeurs dans le cadre de ce concept et d'enrichir les valeurs existantes avec différentes décisions antérieures. À cet égard, en raison de la relation directe entre la notion de droit de la personnalité en droit civil et les dispositions de la ConvEDH sur le droit à la vie, l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants, le droit au respect de la vie privée et l'interdiction de la discrimination, il est entendu que les juges de droit privé en Turquie devraient rendre des jugements en tenant compte des interprétations de la CEDH.

Par exemple, il serait inacceptable qu'un juge de droit privé excuse la violence physique ou psychologique à l'égard d'un enfant en invoquant la tradition ou la discipline ou parce qu'il s'agit d'un acte de violence isolé. Là encore, même les enfants qui ne sont pas directement soumis à la violence au sein de la famille devront être acceptés pour bénéficier des dispositions protégeant le droit de la personnalité uniquement en raison de la violence dont ils ont été témoins. L'arrêt de la CEDH, qui évalue l'accès non autorisé d'une personne à l'ordinateur de son conjoint et l'accès à ses données non seulement comme une violation du droit à la vie privée, mais aussi comme une cyberviolence relevant de la violence domestique, devrait avoir pour effet d'enrichir le point de vue du juge de droit privé sur la violence domestique. En outre, l'arrêt de la CEDH selon laquelle, outre les dommages résultant d'informations incorrectes ou incomplètes sur sa propre santé ou la santé d'un parent, même la détresse subie en raison du retard de cette information peut constituer le tort moral devrait également être prise en considération par le juge de droit privé.

D'autre part, la notion de vie privée, qui est la valeur la plus complète du droit à la personnalité, est interprétée de manière large par la CEDH en fonction des développements sociaux et technologiques, et est également considéré comme protégeant les droits de deuxième ou troisième génération. Bien que la doctrine et les jurisprudences de la Turquie mettent principalement l'accent sur l'aspect sur le droit à la confidentialité, il devient nécessaire pour le juge de droit privé d'aborder la notion de la vie privée d'une manière très différente, conformément aux arrêts de la CEDH. Ainsi, le droit au respect de la vie privée doit être considéré non seulement comme une protection dans l'espace non public que l'individu veut garder pour lui ou son entourage proche, mais aussi comme la protection d'un espace où l'individu est protégé de toutes sortes d'interventions qui l'empêcheraient de vivre sa vie personnelle comme il l'entend, de développer et de réaliser sa personnalité, et où il peut poursuivre sa vie comme il l'entend avec un minimum d'ingérence, et dans ce sens, le juge de droit privé devra suivre les arrêts de la CEDH qui se diversifient de jour en jour. Par exemple, le juge de droit privé devra évaluer le droit de vivre dans un environnement sain dans le cadre du respect de la vie privée dans le cadre du droit à la personnalité, et il peut être possible de conclure que la vie privée est violée en raison de toutes sortes de pollutions environnementales. Ainsi, en cas d'allégation de pollution empêchant de vivre dans un environnement sain, il sera possible de bénéficier de poursuites protégeant le droit de la personnalité, et dans ces cas, les évaluations des arrêts de la CEDH et les critères de protection du juste équilibre entre les intérêts devront être pris en compte.

Dans le cadre du respect de la vie privée, il est important pour le juge de droit privé en Turquie d'évaluer méticuleusement les arrêts de la CEDH sur l'identité et l'orientation sexuelles, qui sont très diversifiées, afin de respecter le mode de vie unique de l'individu et un espace où l'individu peut librement réaliser et développer

sa personnalité. À ce stade, le juge de droit privé en Turquie devra prendre note des arrêts de la CEDH selon lesquels les opinions acceptées par la majorité de la société ou un critère tel que les valeurs familiales traditionnelles ne devraient pas jouer un rôle dans ces débats au XXI^e siècle. D'autre part, les arrêts de la CEDH selon lesquelles les unions homosexuelles avec une relation stable, les relations avec des personnes transgenres ou les unions extraconjugales entre sexes différents devraient être acceptées comme une famille en fonction des circonstances du cas concret ont un impact direct sur les décisions des juges de droit privé. Ainsi, comme nous le constatons dans les jurisprudences des pays étrangers, le fait de ne pas reconnaître ces couples comme une famille, par exemple dans les relations de location ou d'assurance, peut être considéré comme une violation des droits de la personnalité, car il s'agit d'une violation de leur identité et de leur préférence sexuelle, qui constituent une partie importante de leur personnalité.

Outre la nécessité d'inclure des valeurs autres que la vie privée dans le concept de vie privée conformément aux arrêts de la CEDH, les critères et les précédents de la CEDH devraient également guider les décisions de droit privé dans la protection du droit à la vie privée, qui est déjà largement accepté en Turquie. Les critères de la CEDH, qui évalue méticuleusement l'établissement d'un juste équilibre dans les cas où la vie privée de l'individu et l'intérêt public, la liberté de la presse ou la liberté d'expression sont en conflit, devraient sans aucun doute être suivis par les juges de droit privé en Turquie. Par exemple, à notre avis, l'article 90 de la Constitution de la République de Turquie exige que le juge de droit privé soit guidé par les évaluations des arrêts de la CEDH sur ce qui peut et ne peut pas être considéré comme des données personnelles à la lumière des développements actuels, et les critères déterminés lorsque la liberté d'expression d'une personne entre en conflit avec le "droit à l'oubli" d'une autre personne ou la "présomption d'innocence" dans les affaires concernant le droit à la personnalité.

D'autre part, bien que le problème d'être soumis à un traitement discriminatoire sur la base de valeurs telles que l'identité sexuelle, l'orientation sexuelle, la race, l'âge, l'état civil, le poids, etc., qui peuvent être considérées comme faisant partie des valeurs de la personnalité, le fait que les décisions de violation basées sur la discrimination ne soient pas fréquentes dans les procédures de droit privé en Turquie, à l'exception du droit du travail, est basé sur la raison que le concept des droits de la personnalité n'est pas interprété de la manière qu'il le mérite. À la lumière des décisions de la CEDH en faveur de la violation de l'interdiction de la discrimination, le juge de droit privé devra accepter toutes sortes d'actes et de transactions juridiques qui font que la personne est soumise à un traitement différent qui ne peut être raisonnablement justifié sur la base d'une valeur qui fait partie de la personnalité de la personne en tant que base de la violation du droit de la personnalité pour la protection effective de l'interdiction de la discrimination. L'acceptation d'une discrimination dans les relations de droit privé en tant que violation des droits de la personnalité affectera directement de nombreux domaines du droit privé, de l'exercice du droit de propriété à la suprématie de la volonté de l'héritier ; de la liberté de choisir la partie au contrat à la liberté de déterminer le contenu du contrat. En effet, la décision d'un juge de droit privé qui ignore la discrimination dans l'exercice du droit de propriété, dans la détermination du testament ou dans la détermination de la partie et du contenu du contrat, et qui ne se prononce donc pas sur la violation du droit de la personnalité, et donc sur la nullité de la disposition pertinente du contrat ou sur l'allocation de l'indemnité à la

personne, amènera la CEDH à constater une violation conformément à l'article 14 de la ConvEDH.

À cet égard, lorsque l'affaire soumise à la décision de l'Institution des Droits de l'Homme et de l'Égalité de la Turquie sur la discrimination d'un propriétaire qui ne voulait pas louer sa maison à une personne parce qu'elle était célibataire, sera portée devant un juge de droit privé, il sera nécessaire de statuer sur la violation de la droit de la personnalité; de même les intérêts des personnes qui sont empêchées d'entrer dans un lieu parce qu'elles sont homosexuelles ou transgenres ou en raison de leur race, ou qui sont traitées différemment dans un contrat d'assurance ou un contrat d'abonnement en raison de leur âge ou de leur sexe sans justification raisonnable, devront également être protégés par le juge de droit privé dans le cadre du droit de la personnalité. Dans les arrêts de la CEDH, on constate que l'interdiction de la discrimination apparaît non seulement dans l'existence d'une violation du droit de la personnalité, mais aussi dans le calcul de l'indemnisation dans les procédures de droit privé. Par conséquent, lors de la détermination de la violation ou du calcul de l'indemnisation, les valeurs de la personne, telles que le sexe et l'âge, devraient être prises en compte méticuleusement et, à cet égard, les décisions de la CEDH devraient servir de guide au juge de droit privé. En effet, un traitement discriminatoire dans la prise en compte de valeurs telles que le sexe et l'âge dans la détermination de la violation ou de l'indemnisation constituera une violation du droit de la personnalité.

En conclusion, cette étude a démontré que l'effet des droits fondamentaux sur le droit privé est inévitable, que cet effet soit dû à l'obligation positive de l'État, à la théorie de l'effet horizontal ou uniquement à la nature contraignante des dispositions de la Constitution de la République de Turquie et des dispositions sur les droits et devoirs fondamentaux qui s'adressent à tous, et il a été expliqué que les droits fondamentaux qui affecteront le droit privé en vertu de l'article 90 de la Constitution de la Turquie comprennent également les règlements de la ConvEDH et les arrêts de la CEDH. À notre avis, la réglementation de la Constitution sur les droits et devoirs fondamentaux, qui s'adresse à tous, et l'inclusion des libertés de la personne dans le champ des valeurs du droit de la personnalité, conduisent à la conclusion que les individus peuvent directement faire valoir l'allégation que leurs droits fondamentaux ont été violés devant un juge de droit privé. Le fait que la notion de droit de la personnalité en Turquie, qui fait l'objet de notre étude, soit un concept large qui protège l'intégrité corporelle, la réputation, la vie privée et même les libertés de la personne, et que les valeurs comprises dans le champ d'application du concept ne soient pas énumérées de manière limitée afin d'aborder le concept à la lumière des développements actuels, fait de cette notion une notion la plus ouverte dans le domaine du droit privé à être directement affecté par les droits fondamentaux et donc par les décisions de la CEDH. Ainsi, les juges de droit privé en Turquie devraient prendre en compte les décisions de la CEDH pour déterminer les valeurs qui relèvent du droit de la personnalité, la nécessité de l'ingérence utilisée pour déterminer l'atteinte au droit de la personnalité pour une société démocratique, si elle est légitimée, si un juste équilibre est établi entre les intérêts de la société ou d'un tiers et les intérêts de la personne dont le droit de la personnalité est lésé, et même les critères utilisés dans le calcul des dommages dans l'affaire en question.

ABSTRACT

In this study, the effect of the European Convention on Human Rights (ECHR) which form part of law of Turkey and the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the concept of the personality right, which is included in our law in Turkey without the need to define, frame or list the values in its content in a restrictive manner, and which therefore serves as a gateway into private law with regard to the effect of fundamental rights on private law, is assessed. In this respect, the values that are distinguished within the concept of personality right and the case law in Turkey are first examined in order to provide an in-depth understanding of the concept and its scope. Next, the effect of fundamental rights, and thus of ECtHR judgments, on private law provisions and case law in general is discussed; and theoretical discussions, ECtHR judgments and case law from foreign countries are examined to show how this effect may manifest itself. Finally, in the third chapter, it is explained that the notion of personality right in Turkey, which we have presented in the first chapter with its different dimensions, should also be encountered in various jurisprudences in Turkey, in accordance with the judgments of the ECtHR, with the acceptance of the effect of fundamental rights on private law, which we have discussed in the second chapter.

In this respect, in order to better understand the concept of the right to personality, which we believe should be interpreted in the light of the ECHR regulations and the decisions of the ECtHR, first of all, the values that stand out in the Turkish doctrine are emphasized, and on the other hand, it is revealed that these values, which are considered within the scope of the right to personality, may appear in many different disputes in life. The inclusion of "freedoms" among the values included within the scope of personality right in the doctrine and rulings of the Court of Cassation in Turkey reveals the bridge between the concept and fundamental rights. However, although "freedoms" are considered to be a value of the right of personality in the doctrine and judgments of the Court of Cassation, it can be seen that the concept of the right of personality is not sufficiently associated with the provisions of the ECHR and the judgments of the ECtHR. In fact, it is understood that private law judges in Turkey still have a hesitant attitude towards the effect of the ECHR and the judgments of the ECtHR on private law.

However, given that the idea that fundamental rights only concern the State and only have effect in public law has lost its validity today, it is inevitable that the concept of personality right in private law will be affected by fundamental rights. Furthermore, it must be admitted that today the division of the legal system into public and private law serves no other purpose than the practical one of compartmentalizing the field of study of the legal discipline and the teaching of law. The idea that the Constitution is a part of only public law, and that the Constitution is a political domain, whereas private law is a non-political domain, and that it should not be affected by fundamental rights since it should preserve this autonomy, has lost its influence, both in doctrine and in practice. Consequently, although it is widely

accepted that fundamental rights have an effect on private law, the dimensions and forms of this effect are the subject of profound debate.

In our view, without even having to resort to the various theories of horizontal effect, the mere acceptance of a positive obligation on the part of the State already entails the effect of fundamental rights on private law. Indeed, the ECtHR has clearly recognized that the State or agents of the State must ensure a fair balance by taking fundamental rights into account in disputes arising in private law relationships in order to guarantee the effective protection of fundamental rights in private law relationships. Moreover, as we agree, it is argued in the doctrine that the distinction between direct horizontal impact and indirect horizontal impact is inadequate and even completely dysfunctional.

Today, however, discussions on the effect of fundamental rights on private law are generally conducted in Turkey within the framework of the concept of horizontal effect, under the influence of Germany law. In the law of Switzerland, as in the law of Germany, which is at the center of discussions on horizontal effect, it can be seen that the constitutions of countries that regulate fundamental rights are regulated in language that is binding on legislative, executive and judicial bodies, and it is understandable that these regulations justify the rejection of the direct horizontal effect of fundamental rights on private law in the countries concerned. However, the Constitution of the Republic of Turkey clearly includes individuals as recipients of fundamental rights and duties under Articles 11 and 12. Our Constitution, which directly recognizes individuals as the addressees of fundamental rights in Turkey, also clearly emphasizes that not only the provisions of the Constitution but also those of the Convention are part of our law with Article 90 of the Constitution. With the acceptance of the fact that the ECHR, as understood through the interpretations of the ECtHR, is part of our law, the need for the private law judge to consider the assessments of the judgments of the ECtHR in private law disputes emerges even as a result of our constitutional regulations.

Whatever the differences between the legal systems of continental European countries and overseas countries and whatever the reasons for taking fundamental rights into account or the theoretical explanations of the effect of fundamental rights on private law, the extent to which fundamental rights can affect private law in many private law disputes ranging from property right to personality right, from contract law to family law is clearly visible in our study through numerous decisions handed down in foreign countries. In this respect, it appears that we may witness very different decisions in the private law jurisdiction of Turkey with the considering of jurisprudences from foreign countries and judgments of the ECtHR, which have set a precedent for the effect of fundamental rights on personality right, by private law judges.

As a result, private law judges are now obliged to consider the concept of the personality right in the context of dynamic interpretations of the ECtHR that follow current developments; to accept new values within the framework of this concept and to enrich existing values with various decisions. In this respect, due to the direct relationship between the concept of personality right in civil law and the provisions of the ECHR on the right to life, the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment, the right to privacy and the prohibition of discrimination, it is understood

that private law judges in Turkey should render judgments considering the interpretations of the ECtHR.

For example, it would be unacceptable for a private law judge to excuse physical or psychological violence against a child by invoking tradition or discipline or because it was an isolated act of violence. Here again, even children who are not directly subjected to violence within the family will have to be accepted in order to benefit from the provisions protecting personality right solely because of the violence they have witnessed. The ECtHR ruling, which assesses a person's unauthorized access to his or her spouse's computer and access to his or her data not only as a violation of the right to privacy, but also as cyber-violence falling within the scope of domestic violence, should have the effect of enriching the private law judge's view of domestic violence. Furthermore, the ECtHR ruling that, in addition to the damage resulting from incorrect or incomplete information about one's own health or the health of a relative, even the distress suffered as a result of the delay in providing this information may constitute non-material damage should also be taken into account by the private law judge.

On the other hand, the notion of private life, which is the most comprehensive value of the personality right, is interpreted broadly by the ECtHR in the light of social and technological developments, and is also considered to protect second or third generation rights. Although doctrine and case law in Turkey focus mainly on the aspect of the right to privacy, it is becoming necessary for the private law judge to approach the concept of private life in a very different way, in accordance with the judgments of the ECtHR. Thus, the right to respect for private life must be seen not only as protection in the non-public space that the individual wishes to keep to himself or his close circle, but also as protection of a space in which the individual is protected from all kinds of interference that would prevent him from living his personal life as he wishes, to develop and realize his personality, and where he can pursue his life as he wishes with a minimum of interference, and in this sense, the private law judge will have to follow the judgments of the ECtHR, which are becoming more varied by the day. For example, the private law judge will have to assess the right to live in a healthy environment in the context of respect for private life in the context of the personality right, and it may be possible to conclude that private life is being violated as a result of all kinds of environmental pollution. Thus, in the event of an allegation of pollution preventing people from living in a healthy environment, it will be possible to benefit from proceedings protecting the private life, and in these cases, the judgments and the criteria of the ECtHR for protecting the fair balance of interests will have to be taken into account.

In the context of respect for privacy, it is important for the private law judge in Turkey to meticulously assess the judgments of the ECtHR on sexual identity and sexual orientation, which are very diverse, in order to respect the unique lifestyle of the individual and a space where the individual can freely realize and develop his or her personality. At this stage, the private law judge in Turkey will have to take note of the ECtHR rulings according to which the opinions accepted by the majority of society or a criterion such as traditional family values should not play a role in these debates in the 21st century. On the other hand, ECtHR rulings that homosexual unions with a stable relationship, relationships with transgender people or extramarital unions between different sexes should be accepted as a family depending on the circumstances of the specific case have a direct effect on the

decisions of private law judges. Thus, as we see in the case law of foreign countries, failure to recognize these couples as a family, for example in rental or insurance relationships, may be considered a violation of personality right, as it is a violation of their identity and sexual preference, which are an important part of their personality.

In addition to the necessity to include values other than privacy within the scope of the concept of private life in line with the ECtHR judgments, the ECtHR criteria and precedents should also guide private law decisions in protecting the right to privacy, which is already widely accepted in Turkey. The criteria of the ECtHR, which meticulously assesses the striking of a fair balance in cases where the individual's privacy and the public interest, freedom of the press or freedom of expression are in conflict, should undoubtedly be followed by private law judges in Turkey. For example, in our opinion, it is a requirement of Article 90 of the Constitution of the Republic of Turkey that the private law judge should be guided by the evaluations in the decisions of the ECtHR on what can and cannot be considered as personal data in the light of today's developments, and the criteria determined when one person's freedom of expression conflicts with the "right to be forgotten" or "presumption of innocence" of other individuals in cases regarding the right to personality.

On the other hand, although the problem of being subjected to discriminatory treatment on the basis of values such as sexual identity, sexual orientation, race, age, marital status, weight, etc., which may be considered part of personality values, the fact that violation decisions based on discrimination are not frequent in private law proceedings in Turkey, with the exception of labor law, is based on the reason that the concept of personality right is not interpreted in the way it deserves to be. In the light of the judgments of the ECtHR in favor of the violation of the prohibition of discrimination, the private law judge will have to accept all kinds of legal acts and transactions that result in a person being subjected to different treatment that cannot be reasonably justified on the basis of a value that is part of the of individual's personality as the basis for the violation of personality right for the effective protection of the prohibition of discrimination. The acceptance of discrimination in private law relationships as a violation of personality right will directly affect many areas of private law, from the exercise of property right to the supremacy of the will of the heir; from the freedom to choose the party to the contract to the freedom to determine the content of the contract. In fact, a decision by a private law judge who ignores discrimination in the exercise of the right to property, in the determination of the will or in the determination of the party and content of the contract, and who therefore does not rule on the violation of the personality right, and therefore on the nullity of the relevant provision of the contract or on the allocation of compensation to the person, will lead the ECtHR to find a violation in accordance with Article 14 of the ECHR.

Accordingly, when the case subject to the decision of the Human Rights and Equality Institution of Turkey that a property owner who does not want to rent his/her house to a person because he/she is single is discriminating against that person comes before a private law judge, it will be necessary to decide on the violation of personality right. Similarly, the interests of people who are prevented from entering a place because they are homosexual or transgender or because of their race, or who are treated differently in an insurance or subscription contract because of their age or sex without reasonable justification, will also have to be protected by

the private law judge in the context of the right of personality. The ECtHR rulings show that the prohibition of discrimination applies not only to the existence of a violation of personality right, but also to the calculation of compensation in private law proceedings. Consequently, when determining whether there has been an infringement or when calculating compensation, personal values such as gender and age should be carefully taken into account and, in this respect, the judgments of the ECtHR should serve as a guide for private law judges. Indeed, discriminatory treatment in considering values such as sex and age in determining the violation or compensation will constitute a violation of the right of personality.

In conclusion, this study has shown that the effect of fundamental rights on private law is unavoidable, whether this effect is due to the positive obligation of the State, to the theory of horizontal effect or solely to the binding nature of the provisions of the Constitution of the Republic of Turkey and the provisions on fundamental rights and duties which are addressed to everyone, and it has been explained that the fundamental rights which will affect private law under Article 90 of the Constitution of Turkey also include the regulations of the ECHR and the judgments of the ECtHR. In our opinion, the facts that the Constitution's regulation on fundamental rights and duties, which addresses everyone, and the freedoms of the person are also included within the scope of the values of the right to personality, lead to the conclusion that individuals can directly assert the claim that their fundamental rights have been violated before a private law judge. As the concept of the right of personality, which is the subject of our study, is a comprehensive concept that protects the bodily integrity, reputation, private life and even the freedoms of the person in Turkey, and the fact that the values within the scope of the concept are not enumerated in an exhaustive manner in order to address the concept in the light of today's developments, makes this concept the most open concept to be directly affected by fundamental rights in the field of private law and therefore by the judgments of the ECtHR. Thus, it should be accepted that private law judges in Turkey should take into account the judgments of the ECtHR in determining the values that fall within the scope of the right of personality, the necessity of the interference in a democratic society, whether it is legitimate, whether a fair balance is established between the interests of society or a third party and the interests of the person whose right of personality is damaged, and even the criteria used in the calculation of damages in the relevant case.

ÖZET

Çalışmamızda; Türkiye’de tanımlama, çerçevesini çizme veya sınırlayıcı şekilde içeriğindeki değerleri sayma ihtiyacı olmaksızın hukukumuzda yer alan ve böylece temel hakların özel hukuka etkisine dair özel hukuktaki bir kapı vazifesi taşıyan kişilik hakkı kavramına, Türkiye hukukunun bir parçası olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) düzenlemelerinin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının etkisi değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda öncelikle kişilik hakkı kavramı kapsamında öne çıkan değerler ve emsal kararlar ele alınarak, kavramın ve kapsamının derinlemesine anlaşılmasının sağlanması amaçlanmıştır. Daha sonra, temel hakların ve dolayısıyla İHAM kararlarının genel olarak özel hukuk düzenlemelerine ve kararlarına etkisi üzerinde durulmuş, bu etkinin nasıl olabileceği teorik tartışmalar, İHAM kararları ve yabancı ülke emsal kararları ile ortaya konulmaya çalışılmıştır. Böylece son olarak üçüncü bölümde, ilk bölümde farklı boyutlarıyla ortaya koyduğumuz Türkiye’deki kişilik hakkı kavramının, ikinci başlıkta ele aldığımız temel hakların özel hukuka etkisinin kabulü ile, İHAM kararları doğrultusunda Türkiye’de çok çeşitli emsal kararlarda da karşımıza çıkması gerektiği açıklanmıştır.

Bu doğrultuda, İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ışığında yorumlanması gerektiğini düşündüğümüz kişilik hakkı kavramının daha iyi anlaşılması için öncelikle Türkiye öğretisinde öne çıkan değerlerin üzerinde durulmuş, diğer yandan kişilik hakkı kapsamında sayılan bu değerlerin hayatın içinde çok farklı ihtilaflarda karşımıza çıkabildiği ortaya konulmuştur. Öğretide ve Yargıtay kararlarında, kişilik hakkı kapsamına giren değerler arasına “özgürlükler”in de dahil edilmesi bu kavramın temel haklar ile arasındaki köprüyü tek başına ortaya koymaktadır. Ancak “özgürlükler” öğretide ve Yargıtay kararlarında kişilik hakkı değeri olarak sayılmaktaysa da, bu yönüyle kişilik hakkı kavramının İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ile yeterince ilişkilendirilmediği görülmektedir. Zira Türkiye’deki özel hukuk yargıçlarının, İHAS düzenlemelerinin ve İHAM kararlarının özel hukuka etkisine dair hala çekinik bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır.

Halbuki temel hakların yalnızca devleti ilgilendirdiği, yalnızca kamu hukukunda etkisi olduğu görüşünün günümüzde geçerliliğini yitirdiği kabulü ile, özel hukuktaki kişilik hakkı kavramının temel haklardan etkilenmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Kaldı ki günümüzde hukuk düzenini kamu hukuku-özel hukuk olarak ayırmanın artık hukuk disiplininin çalışma alanını ve hukuk eğitimi bölümlendirmek pratik amacı dışında bir amaca hizmet etmediğinin kabulü gerekir. Anayasa’yı yalnızca kamu hukukunun bir parçası gören ve anayasanın siyasi, özel hukukun ise siyasi olmayan bir alan olduğunu, bu özerkliğini koruması gerektiği için temel haklardan etkilenmemesi gerektiğini savunan görüşün gerek öğretide gerekse uygulamada etkisinin azaldığı görülmektedir. Bu doğrultuda temel hakların özel hukuk üzerinde etkili olduğu yaygın şekilde kabul edilse de, bu etkinin boyutları ve biçimleri konusunda derin tartışmalar yürütülmektedir.

Kanaatimizce, temel hakların özel hukuka etkisine dair çok çeşitlenen yatay etki teorilerine başvurmaya dahi gerek olmaksızın, yalnızca devletin pozitif yükümlülüğü olduğunun kabulü dahi zaten temel hakların özel hukuka etkisi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim devletin veya devlet görevlilerinin özel hukuk ilişkilerindeki temel hakların etkin şekilde korunmasını sağlamak adına bu ilişkilerdeki ihtilaflarda da temel hakları dikkate alarak adil dengeyi sağlaması gerektiği İHAM tarafından da açıkça kabul edilmektedir. Kaldı ki, bizim de katıldığımız şekilde, doğrudan yatay etki ve dolaylı yatay etki ayrımının yetersiz hatta tamamen işlevsiz olduğu dahi öğretilde savunulmaktadır.

Ancak günümüzde genel olarak temel hakların özel hukuka etkisine dair tartışmaların Türkiye’de, Almanya hukukunun etkisi ile yatay etki kavramı çerçevesinde yürütüldüğü görülmektedir. Yatay etki tartışmalarının merkezi olan Almanya hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da temel hakları düzenleyen ülke anayasalarının yasama, yürütme, yargı organlarını bağlayıcı bir dille düzenlendiği görülmekte, bu düzenlemelerin de ilgili ülkelerde temel hakların özel hukuka etkisine dair doğrudan yatay etkinin reddi için bir gerekçe yarattığı anlaşılmaktadır. Halbuki T.C. Anayasası’nda açıkça temel hak ve ödevlerin muhatabı olarak bireylerin de yer aldığı açıkça görülmektedir. Türkiye’de doğrudan bireyleri de temel hakların muhatabı olarak gören Anayasamız, ayrıca AY m. 90 düzenlemesi ile temel haklara dair yalnızca Anayasa’da yer alan düzenlemelerin değil İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemelerin de hukukumuzun bir parçası olduğunu açıkça vurgulamaktadır. İHAS’ın, İHAM yorumları sayesinde anlaşıldığı şekliyle hukukumuzun bir parçası olduğunun kabulü ile, özel hukuk ihtilaflarında İHAM kararlarındaki değerlendirmelerin özel hukuk yargıcı tarafından da dikkate alınması gereği yalnızca anayasal düzenlemelerimizin sonucu olarak dahi ortaya çıkmaktadır.

Kıta Avrupası ülkelerinden denizaşırı ülkelere kadar hukuk sistemleri ne kadar farklı olursa olsun ve temel hakları dikkate alma nedenleri veya temel hakların özel hukuka etkisine dair teorik açıklamaları ne olursa olsun, mülkiyet hakkından kişilik hakkına, sözleşmeler hukukundan aile hukukuna kadar çok farklı özel hukuk ihtilaflarında temel hakların özel hukuka ne denli etki edebildiği çalışmamızda birçok yabancı ülke kararı sayesinde açıkça görülmektedir. Bu doğrultuda konumuz özelinde, temel hakların kişilik hakkına etkisine emsal teşkil eden yabancı ülke kararlarının ve İHAM kararlarının; özel hukuk yargıcı tarafından dikkate alınması ile Türkiye özel hukuk yargısında da çok farklı kararlara tanık olabileceğimiz görülmektedir.

Böylece özel hukuk yargıcının artık kişilik hakkı kavramını, İHAM’ın günümüz gelişmelerine ayak uyduran dinamik yorumları çerçevesinde ele alması; yeni değerleri bu kavram kapsamında kabul etmesi ve mevcut değerleri de farklı emsal kararlar ile zenginleştirmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bu doğrultuda İHAS’ın yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel hayata saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı düzenlemelerinin medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramı ile doğrudan ilişkisi nedeniyle, Türkiye’deki özel hukuk yargıçlarının İHAM’ın bu düzenlemelere dair yorumları ve emsal kararlarını dikkate alarak hüküm kurması gerektiği anlaşılmaktadır.

Örneğin, çocuğa karşı fiziksel veya psikolojik şiddetin gelenek veya disiplin gerekçeleriyle veya münferit bir şiddet eylemi olması nedeniyle özel hukuk yargıcı tarafından mazur görülmesi kabul edilemeyecektir. Yine aile içinde doğrudan bir

şiddete maruz kalmayan çocukların dahi, yalnızca tanık oldukları şiddet nedeniyle kişilik hakkını koruyucu davalardan yararlanmalarının kabulü gerekecektir. İHAM'ın bir kişinin, eşinin bilgisayarına izinsiz giriş yapması ve verilerine ulaşmasının yalnızca mahremiyet hakkının ihlali olarak değil, ayrıca aile içi şiddet kapsamında siber şiddet olarak değerlendirdiği kararı da özel hukuk yargıcının aile içi şiddete yönelik bakış açısını zenginleştirmesi sonucunu doğurmalıdır. Ayrıca kişinin kendi sağlığı veya yakınının sağlığı hakkında yanlış veya eksik bilgilendirilmesi nedeniyle doğan zararlar dışında, yalnızca bu bilgilendirmenin geciktirilmesi nedeniyle çektiği sıkıntıların dahi manevi zarar teşkil edebileceği yönündeki İHAM'ın emsal kararının da özel hukuk yargıcı açısından dikkate alınması gerekecektir.

Diğer yandan, kişilik hakkının en kapsayıcı değeri olarak karşımıza çıkan özel hayat, İHAM tarafından da sosyal ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda geniş yorumlanmakta, ikinci veya üçüncü kuşak hakları da koruyucu şekilde ele alınmaktadır. Türkiye öğretisinde ve yargı kararlarında daha çok özel hayatın mahremiyet yönü ön plana çıkarılsa da, bu kavramın İHAM kararları doğrultusunda özel hukuk yargıcı tarafından çok daha farklı yönleriyle ele alınması zarureti ortaya çıkmaktadır. Böylece, özel hayata saygı hakkının yalnızca kişinin kendisine veya yakın çevresine saklamak istediği, kamuya açık olmayan alandaki bir koruma olarak değil; bireyin kendi kişisel hayatını istediği gibi yaşayabilmesine, kişiliğini geliştirip gerçekleştirmesine engel olacak her türlü müdahaleden korunduğu ve minimum müdahaleyle hayatını uygun gördüğü şekilde sürdürebileceği bir alanın korunması olarak ele alınması ve bu doğrultuda her gün çeşitlenen İHAM kararlarının özel hukuk yargıcı tarafından takip edilmesi gerekecektir. Örneğin özel hukuk yargıcının, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını kişilik hakkı kapsamında özel hayata saygı çerçevesinde değerlendirmesi gerekecek, her türlü çevre kirliliği nedeniyle özel hayatın ihlal edildiği sonucuna varması söz konusu olabilecektir. Böylece sağlıklı bir çevrede yaşamı engelleyen kirlilik iddiası söz konusu olduğunda, kişilik hakkını koruyucu davalarda yararlanabilecek ve bu davalarda İHAM kararlarındaki değerlendirmelerin ve menfaatler arasındaki adil dengenin korunmasına dair ölçütlerin dikkate alınması gerekecektir.

Özel hayata saygı kapsamında kişinin özgün yaşam biçimine, bireyin kişiliğini özgürce gerçekleştireceği ve geliştireceği bir alana saygı duyulması gereğince İHAM kararlarının, cinsel kimlik ve cinsel yönelim üzerine çok çeşitlenen kararlarının da Türkiye'deki özel hukuk yargıcı tarafından titizlikle değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu noktada toplumun çoğunluğu tarafından kabul gören görüşlerin veya geleneksel aile değerleri gibi bir ölçütün yirmi birinci yüz yılda bu tartışmalarda bir rolü olmaması gerektiği yönündeki İHAM kararlarının özel hukuk yargıcı tarafından özellikle dikkate alınması gerekecektir. Diğer yandan İHAM'ın, istikrarlı bir ilişkisi olan eşcinsel birlikteliklerin, trans bireylerle olan ilişkilerin veya farklı cinsler arasındaki evlilik dışı birlikteliklerin somut olayın koşullarına göre aile olarak kabul edilmesi yönündeki kararları da özel hukuk yargıçlarının kararlarını doğrudan etkiler niteliktedir. Böylece yabancı ülke emsal kararlarında da karşımıza çıktığı üzere, örneğin kira ilişkilerinde, sigorta ilişkilerinde bu çiftlerin aile olarak tanınmaması, kişiliğinin önemli bir parçası olan cinsel kimliğine ve cinsel tercihinine aykırılık teşkil edeceği için kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi gerekebilecektir.

İHAM kararları doğrultusunda özel hayat kavramı kapsamına mahremiyet dışında farklı değerlerin de dahil etmesi gerekliliğinin yanı sıra, zaten Türkiye'de

yaygın şekilde kabul edilen mahremiyet hakkının korunmasında da İHAM ölçütlerinin ve emsallerinin de özel hukuk kararlarında yol gösterici olması gerekmektedir. Kişinin mahremiyeti ile kamunun menfaatinin, basın özgürlüğünün veya ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda adil bir dengenin kurulması yönünde titizlikle bir değerlendirme yapan İHAM'ın bu konudaki ölçütleri şüphesiz ki Türkiye'deki özel hukuk yargıcı tarafından da izlenmelidir. Örneğin özel hukuk yargıcının; İHAM kararlarındaki, günümüz gelişmeleri ışığında neyin kişisel veri olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair değerlendirmeleri, bir kişinin ifade özgürlüğü ile başka bir kişinin "unutulma hakkının" veya "masumiyet karinesi"nin çatıştığında belirlediği ölçütleri kişilik hakkına ilişkin davalarda kendisine rehber edinmesi kanaatimizce T.C. Anayasası m. 90'ın gereğidir.

Diğer yandan, günümüzde cinsel yönelim, cinsel tercih, cinsiyet, ırk, yaş, medeni durum, kilo vb. kişilik değerleri kapsamında kabul edilecek değerler nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalınması sorunuyla yaygın şekilde karşılaşıyor olunmasına rağmen, iş hukuku dışında Türkiye'deki özel hukuk yargılanmasında ayrımcılık esasına dayalı ihlal kararlarına sık rastlanmaması kanaatimizce kişilik hakkı kavramının hak ettiği şekilde yorumlanmaması nedenine dayanmaktadır. İHAM kararlarının ayrımcılık yasağının ihlali yönünde verdiği kararlar ışığında, özel hukuk yargıcının kişinin kişiliğinin parçası olan bir değer üzerinden makul şekilde gerekçelendirilemeyen bir farklı muameleye maruz kalmasına neden olan her türlü fiil ve hukuki işlemi ayrımcılık yasağının etkin şekilde korunması için kişilik hakkının ihlaline dayanak kabul etmesi gerekecektir. Özel hukuk ilişkilerinde karşımıza çıkan bir ayrımcılığın kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilmesi; mülkiyet hakkının kullanılmasından, mirasçının iradesinin üstün tutulmasına; sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünden, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne kadar birçok özel hukuk alanını doğrudan etkileyecektir. Nitekim mülkiyet hakkının kullanılmasında, vasiyetin belirlenmesinde veya sözleşme tarafını ve içeriğini belirlemede ayrımcılığı göz ardı ederek kişilik hakkı ihlaline, dolayısıyla sözleşmenin ilgili hükmünün hükümsüzlüğüne veya kişiye manevi tazminat verilmesine hükmetmeyen özel hukuk yargıcının kararı İHAM'ın, İHAS m. 14 uyarınca ihlal kararı vermesine neden olacaktır.

Bu doğrultuda, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun bir kişinin bekar olması nedeniyle evini bu kişiye kiralamak istemeyen mülk sahibinin ayrımcılık yaptığına dair kararına konu olay, özel hukuk yargıcı önüne geldiğinde, kişilik hakkı ihlaline karar verilmesi gerekecek; eşcinsel veya trans oldukları için veya ırkları nedeniyle bir mekâna girmeleri engellenen veya bir sigorta sözleşmesinde, bir abonelik sözleşmesinde makul bir gerekçe olmaksızın yaşı veya cinsiyeti nedeniyle farklı muamele gören kişilerin menfaatlerinin de kişilik hakkı çerçevesinde özel hukuk yargıcı tarafından korunması gerekecektir. İHAM kararlarında, ayrımcılık yasağının, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin varlığında değil, özel hukuk yargısında yapılan tazminat hesaplanmasında da karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu doğrultuda ihlalin tespitinde veya tazminatın hesaplanmasında kişinin cinsiyeti, yaşı gibi değerleri titizlikle hesaba katılmalı, bu yönden de İHAM kararları özel hukuk yargıcına rehber olarak hizmet etmelidir. Nitekim ihlalin veya tazminatın tespitinde cinsiyet, yaş gibi değerlerin hesaba katılmasında ayrımcı muamelede bulunulması kişilik hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak, çalışmamızda temel hakların -özel hukuka etkisinin ister devletin pozitif yükümlüğü nedeniyle, ister yatay etki teorisi sayesinde, istersek de

yalnızca T.C. Anayasası'nın bağlayıcılığına dair ve temel hak ve ödevlere dair hükümlerinin herkesi muhatap alması nedeniyle olsun- özel hukuk üzerindeki etkisinin kaçınılmaz olduğu ortaya konulmuş, AY m. 90 uyarınca da özel hukuka etki edecek temel hakların İHAS düzenlemelerini ve İHAM kararlarını da kapsadığı izah edilmiştir. Anayasamızın temel haklar ve ödevlere dair herkesi muhatap alan düzenlemesi ve kişilik hakkı değerleri kapsamında kişinin özgürlüklerinin de yer alması ise, kanaatimizce, kişilerin temel haklarının ihlal edildiği iddiasını özel hukuk yargıcı önünde doğrudan ileri sürebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Çalışmamızın konusu olan kişilik hakkı kavramının Türkiye'de kişinin vücut bütünlüğünü, itibarını, özel hayatını ve hatta kişinin özgürlüklerini koruyan geniş kapsamlı bir kavram olması ve kavramın günümüz gelişmeleri ışığında ele alınması amacı ile kapsamına giren değerlerin tahdidi şekilde sayılmaması bu kavramın özel hukuk alanında temel haklardan ve dolayısıyla İHAM kararlarından doğrudan etkilenmeye en açık kavram haline getirmektedir. Böylece Türkiye'deki özel hukuk yargıçlarının, kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin belirlenmesinde, kişilik hakkına saldırının tespitinde kullanılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekliliği, meşru olup olmadığı, toplumun veya üçüncü kişinin menfaati ile kişilik hakkı zarar görenin menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı ölçütlerinde ve hatta ilgili davada tazminatın hesaplanmasında kullanılan ölçütlerde dahi İHAM kararlarını dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir.

GİRİŞ

*“Unutulmasın ki tarih boyunca ve günümüzde, kimlerin kişiliğinin kimlere karşı, hangi uğurda ve hangi biçimde korunduğu sorunsalı üzerine düşünmeyen hukukçunun gelecek kuşaklar önündeki sorumluluğu ağır olacaktır.”*¹ görüşü bu çalışma konusunun seçiliş sebebini ve çalışmamızın temelinde yer alan kişilik hakkı kavramına verdiğimiz önemi ortaya koymak için açıklayıcıdır. Nitekim Türkiye hukuku, temel aldığı İsviçre hukukunda olduğu gibi, genel ve özel hükümlerle tüm kişilik değerlerini korumaya çalışması bakımından Kıta Avrupası içinde özgün bir yere sahip olsa da², kanaatimizce bu kavramın kapsamı ve varlık amacı gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında hak ettiği değeri bulamamaktadır³ ve bu kavram ancak İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ile birlikte ele alınması halinde hak ettiği anlamı kazanacaktır. Bu doğrultuda çalışmamız, İHAM kararlarının medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramına nasıl etki edebileceği sorusuna cevap ararken, bu husustaki teorik tartışmalar ve uygulamadaki farklı emsallerden yararlanılacaktır. İHAM kararlarının medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramına ne denli etki edilebileceği sorusu ise İHAM’ın kişilik hakkını ilgilendirebilecek kararlar havuzundan seçilen emsaller ışığında ortaya konmaya çalışılacaktır. Ancak kişilik hakkı kavramının, İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ile yakın ilişkisinin anlaşılması için, öncelikle elbette bu kavramın anlamının ve kapsamının anlaşılması gerekmektedir.

Kişilik hakkı kavramı denilince; kişi kavramı, kişiliğin ne zaman başladığı ve ne zaman sona erdiği sorularına dair önemli tartışmalar da akla gelmektedir. Bu kapsamda, kişiliğin ne zaman başladığı ve sona erdiğine dair hukuki tartışmalar

¹ Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 11, S. 14, 1977, s. 112. (Bazı Düşünceler)

² Karayalçın, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, C. 19, S. 1, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1962, s.272.

³ Benzer yönde bkz. Serozan, Bazı Düşünceler, s. 99: “*Kişilik hakkı, yazık ki uygulamada kendisine bağlanan umutları boşa çıkarmış, alabiliğine yozlaştırılarak, gerçekte ve eylemde, seçkin ve ayrıcalıklı bir azınlıklar zümresi yararına çarpıcı bir ‘sınıfsal hukuk uygulamasına’ yol açmıştır. Korunacak kişilik değerlerinin, özellikle onurun ve saygınlığın ve bu değerlin bedelinin toplum egemen çevrelerinin ‘eliter’ değer yargıları ile belirlenmesi, kişilik haklarının ağırlığının, Yargıtay yargıçlarının deyişiyle ‘işgal edilen mevki ve şöhret ile’ düz orantılı bir biçimde artırılması, bu uygulamanın göze batan başlıca tersliklerindendir.*”

ceninin durumu ve ölüm sonrası haklar üzerinden güncelliğini ve sıcaklığını devam ettirirken, bir özne olarak “kişi” kavramı ile kimi/neyi kastettiğimiz, var olan gerçek kişiler ve tüzel kişiler klasik ayrımını aşan bir şekilde sürmektedir. Örneğin, Yeni Zelanda’da bir nehir havzası hukuken bir kişi olarak tanınırken, hayvanların hukuki statüsüne dair görüşler halen bir fikir birliğine varmaktan çok uzaktır. Bir taraftan da yapay zekalı robotların sorumluluğuna dair güncel tartışmalar, sonuçta robotların da bir gün hukuken hak ve sorumluluk sahibi olacak bir hukuk öznesi olarak tanınabileceği bir dünyada yaşama ihtimalimizi düşündürmektedir.

Tüm bu tartışmaların önemi, güncelliği ve çalışma konumuzun temelini oluşturan “kişilik” kavramı ile ilişkisi ortadadır. Fakat bu çalışmada kişi kavramına neyin/kimin gireceğine dair hukuki özne tartışmaları bir yana bırakılırken, yine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“İHAM”) kararlarının kişiliğin ne zaman başlayacağı ve ne zaman biteceğini etkileyen tartışmaları da ele alınmayacaktır.

Bu çalışma, bir hukuk düzeninde kişi olarak kabul edilen öznenin, kişilik hakkına sahip olduğu varsayıldığı zaman diliminde, kişilik hakkı kapsamında korunan değerleriyle sınırlandırılmıştır. Zira kişilik hakkı kavramı, hukuk düzenimizde değişen koşullara uyum sağlaması için tanımsız bırakılmış olduğundan, kişilik hakkı kapsamında sayılan değerler de yaşanan topraklara ve çağa göre değişim göstermiş ve göstermeye de devam etmektedir.

Ancak günümüz hukuk düzeninde bu değişimin belirleyicisi, yalnızca yaşanan coğrafyanın ve çağın değişkenleri değildir. Evrensel kabul edilen hukuk kuralları ve bağlı olduğumuz uluslararası sözleşmeler de şüphesiz ki günün koşullarına ve ihtiyacına göre gelişmesi için genel ve soyut olarak hukuk düzeninde yer alan kavramlara etki etmektedir. Bu çalışmanın konusu tam da bu noktaya yoğunlaşmaktadır. Yürütülen çalışmada, Türkiye hukuku açısından bağlayıcı uluslararası insan hakları sözleşmesi denildiğinde ilk akla gelen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (“İHAS”) ve dolayısıyla bu soyut ve genel sözleşmenin nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koyan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının, Türkiye hukukunda Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m. 23 vd. düzenlemeleri ve Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 27 düzenlemesi gibi özel hukukun temel düzenlemelerinde karşımıza çıkan “kişilik hakkı” kavramı kapsamında sayılan değerlere etkisi üzerinde durulacaktır.

İHAM kararlarının medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramına etkisi, temel hakların özel hukuka etkisinin yalnızca bir görünümüdür. Ancak kişilik hakkı kavramı, temel haklar ile özel hukukun, başlıca kesişme noktalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. Bu noktada temel haklar kavramı kullanımına dair hukuk kişisi olarak kabul edilen bireylerin haklarını adlandırma konusunda çeşitli yaklaşımların karşımıza çıktığını belirtmek gerekir. İnsan hakları kavramsallaştırmasından farklı olarak temel haklar ifadesi, hakları temel ve ikincil olarak belirli bir hiyerarşiye tuttuğundan dar kapsamlı bulunabilirse de, Türkiye Hukukunda Anayasamız bu kavramı, anayasal güvenceye bağlanmış haklarla sınırlı olmak üzere kullanmaktadır. İnsan hakları kavramının ise, liberal insan hakları söylemine göre herhangi bir siyasi yapılanmayı, örneğin ulus-devleti önceleyen ve ontolojik zemini itibariyle sınırlandırılmaz hakları ifade ettiğinden, daha geniş bir çerçeveyi işaret ettiği düşünülmektedir⁵. Fakat öğretilerde bu ayrımın göz ardı edilerek her iki kavramın birbiri yerine kullanıldığına rastlanmaktadır⁶, bizim çalışmamızda da Anayasanın terminolojisine de uygun biçimde "insan hakları" ve "temel haklar" terimleri birbirinin yerine kullanılacaktır.

Temel hakların özel hukuka etkisine dair karşı çıkışların temelinde, özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı ve temel hakların yalnızca kamu hukukunu ilgilendirdiği görüşü yatmakta; bunun da temelinde özel hukukun siyasi olmadığı, bu siyasi alana karşı özerkliğini koruması gerektiği iddiası yer almaktadır⁷. Bu savı ayrıntılı şekilde eleştirmek çalışmamızın alanını aşacağından, bu noktada çalışmamızın özel hukuk-kamu hukuku ayrımının hukuk eğitimi bölümlendirmek amacı dışında ortadan kalktığı yaklaşımında olduğumuz yeri geldikçe çalışmamıza yansıtacaktır. Nitekim bizim de katıldığımız üzere, *“yasanın her kuralı, öğretinin her kuramı, yargıcın her kararı, üstü kapalı bir biçimde de olsa zorunlu olarak siyasal bir ideolojiye dayanmaktadır”*⁸, dolayısıyla özel hukukun siyasi alandan uzak

⁴ Serozan, Bazı Düşünceler, s. 95. Benzer yönde bkz. Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri-Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s. 159.

⁵ Bkz. Rona Aybay / Demirhan Burak Çelik, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 2022, s. 3 vd.; Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, İstanbul, 2000, ss. 13-44, s. 16.

⁶ Samantha Besson, “Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme”, Franz Werro (ed.), **Droit civil et Convention Européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonventionen**, Schulthess, 2006, s. 2.

⁷ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Oya Boyar, **Anayasa ve Özel Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 1-6; Mattias Kumm, Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law?, **German Law Journal**, C. 7, S. 4, 2006, s. 341-342.

⁸ Serozan, Bazı Düşünceler, s. 105.

kalarak özerkliğini koruması gerektiği görüşüne katılmak mümkün olmadığı gibi, bu ideolojik etkinin en açık şekilde görüldüğü kavramlardan birinin de kişilik hakkı kavramı olduğunu belirtmek gerekir.

Kişilik hakkının kapsamına hangi değerlerin gireceği, bu değerlerden hangileri için özel bir düzenleme yapılacağı, hangilerinin genel düzenlemenin korumasına bırakılacağı, günümüzde özel hukuk davalarında ve öğretide bu kavram kapsamında hangi değerlerin önem kazandığı sorularına verilen cevaplar şüphesiz ki tesadüfen ortaya çıkmamaktadır. Örneğin kişilik hakkı kapsamında vücut bütünlüğü gibi kişinin yaşamını ve sağlığını doğrudan ilgilendiren bir değere anlaşılır bir şekilde ayrı bir düzenlemede yer verilirken, nişanın bozulması nedeniyle de kişilik hakkının ihlal edilmesi halinin de ayrı bir düzenlemeyle korunmasına ihtiyaç duyulması; yine tatilden beklenen faydanın elde edilmemesi nedeniyle uğranılan manevi zararın öğretideki tartışmalarda, yargı kararlarında, nihayetinde de yasal düzenlemelerde yer bulması ancak çalışma özgürlüğünün engellenmesinin yaratacağı maddi-manevi zararın veya bekar olduğu için, eşcinsel olduğu için, istenilen ırktan olunmadığı için ayrımcı muameleye maruz kalınmasının yarattığı manevi zararın ayrı bir yasal düzenleme yapılacak kadar önemsenmemesi, yargı kararlarında veya öğretide tatilden beklenen faydanın elde edilememesinin bulunduğu gündemi bulamaması kişilik hakkı kavramının kapsamının “üstü kapalı bir biçimde de olsa siyasal bir ideolojiden” ne denli etkilenebildiğini ortaya koymaktadır. Tam da bu noktada, kapsamının niceliğinin ve niteliğinin, bakış açısına göre oldukça değişiklik gösterdiğini ortaya koyacağımız bu kavramın üzerinde, İHAM kararlarının etkisi kanaatimizce önemli bir fark yaratabilecektir.

Şüphesiz ki, kişilik hakkı kapsamında ele alınabilecek değerlerin her biri ayrı bir tez konusu olacak kadar tartışmalıdır ve her bir değerın uygulamadaki yansımaları kendi içinde de gün be gün değişim göstermektedir. Yine, elbette Türkiye öğretisi, kişilik hakkı kapsamındaki değerleri ele alırken, yabancı ülkelerin ve uluslarüstü yapıların düzenlemelerinden ve kararlarından etkilenmekte ve yararlanmaktadır. Kişilik hakkının tanımı ve sınıflandırması ele alınırken öğretinin bu geniş bakış açısı göz ardı edilmemişse de, Türkiye’de kişilik hakkı olarak kabul edilen değerleri irdelemek istediğimizde, ilerici ve etkilenmeye açık Türkiye öğretisi tarafından ele alındığı şekliyle “genişlemiş” kişilik hakkı kavramını temel almak yanıltıcı olacağından, kişilik hakkı değeri olarak Türkiye’deki yargı kararlarına konu

edilen, Yargıtay tarafından açıkça kabul gören değerlerin dikkate alınması tercih edilmiştir.

Bu çerçevede ilk bölüm, bu belirsiz görünen kavramın anlaşılmasını sağlamayı amaçlamış, böylece çalışmanın hemen başında öncelikle ülkemizdeki “kişilik hakkı” kavramından ne anlaşıldığı ele alınacaktır. İkinci başlıkta ise İHAM kararlarının genel olarak özel hukuk düzenlemelerine ve kararlarına etkisi üzerinde durulmuş, bu etkinin nasıl olabileceği teorik tartışmalar ve uygulamadaki örneklerle ortaya konulacaktır. Üçüncü başlığımız olan son bölümde ise İHAM kararlarında kişilik hakkı değeri olarak ele alınabilecek değerler Türkiye’den ayrıştığı ölçüde ayrıca değerlendirilecek, böylece İHAM kararlarının medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramını nasıl etkileyebileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. TÜRKİYE’DE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

1.1. Kişi ve Kişilik Kavramları

Kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek üzere kullanılan bir hukuki kavramdır; hukuk düzeni tarafından kendilerine haklara ve borçlara sahip olma, ehil olma iktidarı tanınmış olan varlıkların her biri hukuken “kişi” olarak adlandırılır⁹. Başka bir şekilde ifade edilirse; kişi kavramı, medeni haklara sahip olan kimsedir¹⁰. Haklardan faydalanan, hak sahibi olabilen bir “hak süjesi” olarak ilk akla gelen insandır¹¹. “Gerçek kişiler” olarak sınıflandırılan bu hak süjelerinin yanı sıra hukuk düzeni, tabiatla verili olmayan, ancak hukukun sosyal ve ticari ihtiyaçlar nedeniyle hak sahipliği tanımak için varsayımsal ve soyut olarak yarattığı insan ve mal topluluklarını da “tüzel kişiler” olarak tanımıştır¹².

Geleneksel gerçek kişi – tüzel kişi ayrımının ötesinde, değişen dünyada, hayvanların hukuk süjesi olarak tanınıp tanınmayacağı tartışılırken¹³, bir nehir havzasının bir hukuk süjesi olarak tanındığı da görülebilmektedir¹⁴. Geleneksel hukuk düşüncesi, insana tanıdığı ayrıcalıklı konum karşısında yeryüzü varlıklarına genellikle ikincil bir konum atfetmiş ve onları insanlar için yararlı olup olmadığı

⁹ Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku**, C. 1, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021. s. 497; M. Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2021, s. 195. Özsunay’a göre, bu tanım kişi kavramının dar anlamını karşılarken, İsviçre-Türk hukuklarında geniş anlamda kişi kavramına yalnızca hak ehliyetine sahip olan kimse değil, fakat TMK 23 ve 24’te belirtilen ve hukukî koruma sağlanan değerlerden de oluşan varlık anlaşılır. Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 9.

¹⁰ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç ve Şahsın Hukuku**, C. 1, İstanbul, 1948, s. 59.

¹¹ Bilge Öztan, **Kişiler Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 36.

¹² Özsunay s. 9 vd., M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 2., Kılıçoğlu, Medeni, s. 193; Erman, s. 135-136.

¹³ Bu konu hakkında bkz. Çağatay Üstün, “Hayvan Hakları İçin Yeni Bir Umut “insan Olmayan Kişi” Kavramı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 5, S. 47, 2013, s. 13-21.

¹⁴ Konu hakkında bkz. Toni Collins / Shea Esterling, “Fluid Personality: Indigenous Rights and The Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 in Aotearoa New Zealand”, **Melbourne Journal of International Law**, C. 20, S. 1, 2019, s. 197-220; Unuigbo, Ngozi Finette. “Rights of Rivers: Learning from the River Whanganui Case.” **Christ University Law Journal**, C. 11, S. 1, 2022, s. 91-102, Hein Online, (Son erişim: 20.11.2023).

ölçüsünde hukuki düzenlemelere konu etmişse de, güncel tartışmalar ve yeni düzenlemeler insanın özne ve yeryüzü varlıklarının nesne konumunu yeniden şekillendirmektedir¹⁵. Zira hak sahibi olma iktidarını tanıyan hukuk düzeni olduğuna göre, hangi varlıkların kişi olarak tanınacağı da yine hukuk düzenlerince belirlenecektir¹⁶. Çalışmamızın konusu hangi varlıkların kişi olarak tanınabileceği ve kişi olarak tanınmak için gereken koşulları ele almamaktadır. Zira bu soru pozitif hukuku kuran siyasi süreçler içerisinde yanıtlanabilecek, siyasi bir sorudur. Meselemiz bir hukuk düzeninin kişi olarak tanıdığı varlıkların kişilik hakkı kapsamına giren değerlerine yoğunlaşmak olduğundan, bu noktada sadece kısaca kişi kavramının hukuki anlamı üzerinde durmakla yetinilmiştir.

Kişilik kavramı ise, kişi kavramı ile eş anlamlı olarak, hak ve borçlara sahip olma iktidarı bulunan varlıkları işaret etmek için kullanılan dar anlamda bir anlama sahipse de, geniş anlamda kişilik kavramı sadece hak ehliyetini, hak süjesini ifade etmez; bununla birlikte fiil ehliyetini (medeni hakları kullanma ehliyeti), kişinin kişisel durumlarını (yaşı, cinsiyeti, nesep durumu, evli olup olmaması vb.) ve kişiliğini oluşturan maddi ve manevi varlıklarını (kişilik hakkı) da içine alır¹⁷. Diğer yandan, isabetli bulmadığımız bir şekilde, kişilik kavramı yalnızca “kişilik hakkı” yönüyle ele alınıp, kişinin kişi olması nedeniyle kendisine sıkı sıkıya bağlı ve hukuk düzenince korunan kişilik değerleri, kişinin bireysel temel değerlerinin tümü olarak da tanımlanmaktadır. Bu görüşün, “kişilik” kavramının hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve kişilik değerleri olarak üç unsurdan oluştuğunu kabul ettiği anlaşılmakta, ancak kişilik kavramının kapsadığı kişinin kişisel durumlarının kavramın dışında bırakıldığı da görülmektedir¹⁸.

Açıklandığı üzere kişi, kişilik ve kişilik hakkı kavramlarının birbirlerinin yerine kullanıldığı veya birbirlerini kapsar şekilde tanımlandığı görülmekteyse de, tüm bu teorik tartışmalar çalışmamızın amacı açısından temel bir önem arz etmediği için daha fazla ayrıntılandırılmayacaktır. Böylece, kişilik kavramının hak ehliyeti ve fiil ehliyeti boyutu, bu ehliyetlere sahip olmanın koşulları ve sonuçları, yine kişinin

¹⁵ Remzi Orkun Güner, **İnsan Hakları Paradoksu. Özne ve Siyaset**, Zoe Kitap, 2022, s. 41-42.

¹⁶ Güner, s. 299; Akipek /Akıntürk /Ateş, s. 233.

¹⁷ Kılıçoğlu, Medeni, s. 196. Kişilik kavramının dar anlamda kullanımına dair eleştiriler için ve kavramın her zaman geniş anlamda kullanılması gerektiğine dair bkz. Akipek /Akıntürk /Ateş, s. 234.

¹⁸ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 9. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 22; Öztan, s. 43 ve s. 250-251.

kişisel durumlarına dair kapsamı başka çalışmaların konusu olduğundan, kişi ve kişilik kavramlarından farklı olduğunu kabul ettiğimiz kişilik hakkı kavramı üzerinde çalışmamız derinleşecektir.

1.2. Kişilik Hakkının Tanımı ve Sınıflandırılması

1.2.1. Tanımı

Kişilik hakkı kavramı, yeni bir hak olarak insan haklarının ve sosyal devletin etkisi ile ortaya çıkmıştır¹⁹. Kişilik hakkının korunmasına ilişkin TMK m. 23 vd. ile TBK m. 58 vd. genel düzenlemeler içerirken, bu genel korumanın dışında kişilik hakkı kapsamına giren bazı değerleri koruyan özel düzenlemeler de bulunmaktadır (örneğin bkz. TMK m. 174 f.2 veya Kişisel Verilen Korunması Hakkındaki Kanun). Ancak kişilik hakkı kavramını tanımlayan veya içeriğini açıklayan bir yasal düzenleme Türkiye-İsviçre medeni kanunlarında yer almamaktadır. Eski Medeni Kanunu'muz m.24 f.1 “Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün menini talep edebilir” şeklinde bir düzenlemeye sahip iken, 1988 tarihli 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle “Hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişi, hâkimden, tecavüzde bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir” şeklinde bir düzenleme ile “şahsi menfaatler” tabiri yerine “şahsiyet hakkı” kavramının kullanılması tercih edilmiştir²⁰. 4721 sayılı TMK ile de yine m. 24 düzenlemesindeki kavram son halini alarak, “kişilik hakkı” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere, ilgili maddede yapılan değişikliklerde, kavramı tanımlama, çerçevesini çizme veya sınırlayıcı şekilde içeriğindeki değerleri sayma ihtiyacı duyulmamıştır. Bu değişiklikler kavramın içeriğinin belirsizliğini gidermeye bilinçli bir şekilde hizmet etmemişse de, öğretideki genel bir kişilik hakkının mevcut olup olmadığı tartışmasını sona erdirmeyi sağlamış ve genel bir kişilik hakkının varlığını

¹⁹ Rona Serozan/ Baki İlkay Engin/ M Yeşim. Atamer, **Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 454.

²⁰ İsviçre'deki 1984 yılında yapılan değişikliklerle *interets personnels* tabirinin yerine *personnalité* kavramı tercih edilmiştir. Türkiye'deki değişiklik İsviçre'deki değişikliğe paralel olarak gerçekleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Medeni, s. 294 vd.

kabul etmiştir²¹. Kişilik hakkının kapsamı içinde ele alınan birçok kişilik değeri mevcutsa da, bunların her birinin birbirlerinden bağımsız haklar olduğunu söylemek güçtür, kanaatimizce her birinin aynı çatı altında toplanan ve kişilik hakkı korunmasından yararlanan değerler olduğunu düşünmek gerekir²².

Kişilik hakkının içerik ve sınırlarını keskin ve açık bir şekilde belirleyecek ve onu diğer haklardan ayırmayı sağlayacak bir tanımı bulmak oldukça güçtür. Bu güçlük kişilik hakkının içeriğinin belirlenmesinde öğretide tam bir görüş birliğinin sağlanamamış olmasından kaynaklanmaktadır²³. Bu çerçevede, öğretide konuya ilişkin tanımlama ve yaklaşımların bazılarına yer verilebilir. Örneğin, *Özsunay*'a göre, kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümünü içeren ve kişinin var olmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek hususundaki hakkıdır²⁴. *Serozan*, “kişilik hakkı, insanı insan yapan, bireyi birey kılan, kişinin kişiliğini oluşturan koruması tüm soylu değerlere ilişkindir” şeklinde genel bir tanımlama yaparak, “yaşama, bedensel ve ruhsal bütünlüğe, cinsel dokunulmazlığa, sağlığa, onura, saygınlığa, özel yaşamın gizliliğine, özgürlüklere, söze, sese, resme, isme ve tüketici biçimde sayılamayacak insansal, bireysel, kişisel değerlere ilişkin haktır” diyerek kişilik hakkını tanımlamıştır²⁵. *Erman*, bu kavramı “kişinin toplum içindeki varlığı, saygınlığı ve manevi gelişiminin sağlanması” olarak açıklamıştır²⁶. *Akıpek/Akıntürk/Ateş*'e göre ise kişilik hakkı, “kişinin bedenî ve maddî bütünlüğüne, kişiliğini oluşturan diğer unsur ve varlıklara yönelen haksız saldırılardan kaçınılmasını herkesten istemek konusundaki hakkıdır”²⁷. *Kılıçoğlu*, “Çok genel anlamda kişilik hakkı, kişisel varlıklar üzerinde söz konusu olan şahsa bağlı bir mutlak haktır. Yaşam, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim, his yaşamı gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade ederler” demek suretiyle kişilik

²¹ Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s. 100 vd; Öztan s. 253. Bu tartışmanın kökenine ve Alman Medeni Kanunu'nda genel bir kişilik hakkı koruması olmadığına ilişkin bkz. *Akıpek /Akıntürk /Ateş*, s. 344 vd.

²² Gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında kişilik hakkını oluşturan değerler kastedilerek, kişilik hakları şeklinde kavramın çoğul olarak kullanıldığına sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin bkz. Yarg. 2. HD, E. 2022/1653 K. 2022/3612 T. 14.4.2022, Yarg. 4. HD, E. 2020/41 K. 2022/3942 T. 3.3.2022, (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023). Genel bir kişilik hakkının varlığını kabul etse de içeriğini oluşturan değerlerden *özel kişilik hakları* olarak bahseden yazarlar da mevcuttur. *Akıpek / Akıntürk / Ateş*, s. 346 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 171.,

²³ *Akıpek / Akıntürk / Ateş*, s. 345.

²⁴ *Özsunay*, s. 148 vd.

²⁵ *Serozan / Engin / Atamer*, s. 458.

²⁶ *Erman*, s. 159.

²⁷ *Akıpek / Akıntürk / Ateş*, s. 297

hakkını sahip olduğu nitelikler ve içerdiği değerler üzerinden tanımlamayı tercih etmiştir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir'e ve Helvacı'ya göre, kişiliğe bağlı/kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakka kişilik hakkı denir²⁸. Öztan, kişilik hakkı için, kişinin kişi olması nedeniyle kendisinde var olan ve ona ayrılmaz biçimde bağlanmış olan hak tanımını tercih etmiştir²⁹.

Konu hakkında yazılan ne kadar eser varsa, bu kavram hakkında da birbirine yakın ama farklı bir o kadar tanımla karşılaşmak mümkündür. Karşılaşılan tüm tanımlarda da kişisel varlıklar, kişiliği oluşturan değerler gibi yine kendi içinde açıklanmaya muhtaç kavramlardan yararlanmak suretiyle çerçevesi belirgin bir tanım yapılmaktan kaçınıldığı görülmektedir. Nitekim Türkiye-İsviçre hukuk sistemleri gibi genel bir kişilik hakkını tanıyan hukuk sistemlerinde, kişiliği oluşturan varlıkların korunmasında kişinin bir menfaatinin bulunup bulunmadığını saptama, yargıca bırakılmıştır³⁰. İnsan varlığını oluşturan değerlerin teker teker sayılması zaten mümkün değildir³¹. Bu anlamda madde, genel bir çerçeve hüküm niteliğindedir ve gün geçtikçe gelişen teknolojiyi, bireyin artan korunma ihtiyaçlarını göz önüne alarak kanun koyucu, çerçeve hükmün içeriğini doldurmayı, öğretinin de isabetli bulduğu şekilde uygulamaya bırakmıştır³².

Yargıtay'ın da kararlarında kişilik hakkını birbirine yakın ancak farklı yönlerini öne çıkararak tanımladığı görülmektedir. Yargıtay kararlarında³³ “*Kişinin doğumla kazandığı bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan; hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü, sosyal ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur ve bunlardan birine yapılan saldırı manevi tazminat gerektirir.*” diyerek kişilik hakkı kavramını tanımlarken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise “*Bir şahsın kişiliğine bağlı, fiziki, manevi ve fıkri varlığı üzerinde kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişisel değerler üzerindeki mutlak hakka kişilik hakkı denir. Kişilik kavramı en geniş*

²⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 171; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 99.

²⁹ Öztan s. 252.

³⁰ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 347.

³¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 174.

³² Özsunay, s. 98; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 101; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 174; Öztan, s. 254.

³³ Yarg. 4. HD, E. 2014/5072 K. 2015/4343 T. 8.4.2015; Yarg. 3. HD, E. 2012/4324 K. 2012/10180 T. 16.4.2012; Yarg. 3. HD, E. 2009/7290 K. 2009/9561 T. 4.6.2009 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023); Yarg. 4. HD, E. 2006/10084 K. 2007/8592, T. 25.6.2007 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

anlamda kişiyi ve onun kişilik haklarını kapsamaktadır.(...) Kişilik hakkı çeşitli kişisel değerlerden oluşan bir bütünlük arz eder. Kişilik hakkı bir şahsın kişiliğini oluşturan maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şeref, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı bu değerlerdendir.” diyerek kişilik hakkı kavramının çerçevesini çizmeye çalışmıştır³⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu son yıllardaki birçok kararında ise kişilik hakkını, bir bütün olarak kişinin maddi ve manevi varlığıyla ilişkili ve bu varlığın geliştirilmesini hedefleyen haklar ve özgürlükler şeklinde tanımlamayı tercih etmektedir. Bu kararlar ışığında kişilik hakkı; kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki haktır³⁵.

Kişilik hakkı kavramının, Yargıtay tarafından da böyle geniş tanımlarla, muğlak kavramlar içeren şekilde ele alınması elbette tesadüf değildir. Yargıtay, kişilik hakkı ihlali sonucunda ortaya çıkan manevi zararı teknolojiadaki gelişmeler, zarar türlerinin artması, ilişkilerde meydana gelen çeşitlilik vs. sebeplerle dar yorumlanmaması gereken, günün koşullarına ve olayın özelliğine göre yargıcın serbestçe takdir edeceği, bir zarar çeşidi olarak değerlendirmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay’a göre, manevi zararın dar yorumlanması yasanın lafzına da ruhuna da uygun düşmeyecektir, nitekim yargısal uygulamalar da öğreti de aynı yaklaşımı benimsemektedir³⁶. Görüldüğü üzere Yargıtay, kanun koyucunun ve öğretinin bilinçli bir şekilde kavramı dar bir tanımlama yoluna gitmediğinin farkında olarak, kararlarında kavramın günün koşullarına göre geniş yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir. Böylece açık bir tanımlı olmayan kişilik hakkı kavramının geniş yorumlanmasının gerekliliği ile, kavram kapsamında korunan değerleri sınırlandırmak mümkün değildir, bu nedenle bu kavrama dair keskin çizgileri olan bir sınıflandırmanın da mümkün olmadığı görülmektedir.

³⁴ Yarg. HGK, E. 2011/4-687 K. 2012/26, T. 1.2.2012 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

³⁵ Yarg. HGK, E. 2017/2413 K. 2021/996, T. 14.9.2021; Yarg. HGK, E. 2017/3177 K. 2021/1162, T. 05.10.2021; Yarg. HGK, E. 2018/11 K. 2021/1362, T. 9.11.2021 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023). Bu kararlarda Yargıtay, “Kabul edilen yeni yaklaşıma göre, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan birisinin eylemi sözleşmeye aykırı olması yanında karşıdakinin ruhsal veya bedensel bütünlüğü açısından zarara da yol açıyorsa, haksız eyleme benzer bir etkinin varlığının kabulü ile oluşan manevi zararın tazmini gerekmektedir.” şeklindeki açıklamaları ile sözleşme ilişkisi içinde doğabilecek manevi zararı değerlendirmektedir.

³⁶ Yarg. HGK, E. 2009/4-234, K. 2009/260, T. 17.6.2009, (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

1.2.2. Sınıflandırılması

Kişilik hakkı kavramına dair keskin bir tanımlama yapmanın zor olduğuna, kavramın bu şekilde geniş yoruma açık bir şekilde bırakılmış olmasının bilinçli bir tercih olduğuna dair yukarıda yaptığımız açıklamalar, kavramın kapsamına giren değerlerin sınıflandırılmasında da benzer bir sonuç doğurmaktadır. Böylece öğretilerde kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin çok farklı şekilde sınıflandırılmaya çalışıldığına rastlanmaktadır.

Özsunay için kişinin kişisel değerleri öncelikle iki ana başlığa ayrılarak sınıflandırılmaktadır. Kişinin insan varlığından temellenen kişisel değerleri olarak tanımladığı iç kişisel değerler başlığı altında, insanın beden bütünlüğüne ilişkin değerler ve insanın ruhsal yaşamına ilişkin değerler yer alır. *Özsunay*'ın, toplumsal yaşayıştan türeyen kişisel değerler olarak tanımladığı ikinci başlık ise dış kişisel değerlerdir. Bu başlık altında ise, kişinin tanıtılmasına hizmet eden tanıtma araçları; kişinin onuru, şerefi, saygınlığı; kişinin özel yaşamı ve gizlilik alanı; kişinin konuşması, yazısı, mektupları, anıları üzerindeki hakları; kişinin meslek, sanat ve ticaret sırları ile kişinin resmi üzerindeki hakkı alt başlık olarak tercih edilmiştir.

Akıpek/Akıntürk/Ateş, hukuk öğretisinden ve mahkeme içtihatlarından çıkan sonuca göre, özel kişilik haklarını (bizce kişilik değerleri tabiri kullanılmalıdır) gruplandığını söyleyerek, kişilik haklarının maddi bütünlük üzerindeki haklar, manevi bütünlük üzerindeki haklar, sır çevresi ve gizlilik alanı üzerindeki haklar ve iktisadi bütünlük üzerindeki haklar olarak sınıflandırmayı tercih etmiştir³⁷. Maddi bütünlük üzerindeki haklar kişiye, hayatının, vücut bütünlüğünün ve sağlığının tüm saldırılardan dokunulmaz kalmasını istemek yetkisi verirken, manevi bütünlük kapsamındaki haklar hürriyetlerin, dini ve vicdani inançların her türlü saldırıdan dokunulmaz kalmasını sağlayan, ismin, resmin, şerefın, haysiyetin, itibarın üzerindeki hakları kapsayan bir grup olarak ele alınmıştır. Fikri faaliyetler ürünü olan eserlere saygı gösterilmesini isteme hakkı da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Sır çevresi ve gizlilik alanı üzerindeki haklar ise adından da anlaşılacağı üzere sahibine hayatının gizli yönlerine kimsenin karışmamasını, bunlar hakkında bilgi sahibi olsa bile bunları ifşa etmemesini isteme hakkı verir. İktisadi bütünlük

³⁷ Akıpek / Akıntürk / Ateş, s. 348.

üzerindeki haklar ise, *Akıpek/Akıntürk/Ateş* tarafından kişilerin ekonomik hayata serbestçe katılması ve mali itibarlarının tanınması olarak özetlenmiştir.

Serozan / Engin / Atamer ise, kişilik hakkına dair sınıflandırmayı öncelikle kişilik hakkının korunmasına dair temel maddeler üzerinden ele almış ve TMK'nın kişilik hakkını koruyan iki temel kuralı üzerinden hareket etmeyi tercih etmiştir. Yazara göre TMK m. 23 kuralı; ekonomik, sosyal ve bilgisel yönlerden güçlü olan kişinin işlem (sözleşme) serbestliğini bu açılardan güçsüz sayılandan tarafa bir “iç koruma” mekanizmasıyla ve “sözleşmenin bağlamazlığı” (hükümsüzlüğü) yaptırımıyla sınırlarken, TMK. m. 24 kuralı ise güçlünün eylem serbestliğini güçsüzden yana bir “dışsal koruma” mekanizmasıyla kurtarıcı ve onarıcı yaptırımlarla sınırlar³⁸.

Yazarlar bu ayrımın ardından, daha önemli ve netameli bulduğu³⁹ dışsal saldırıları; bedensel-fiziksel kişiliği hedef alan saldırılar, duygusal-ruhsal kişiliği (gönül alemini) hedef alan saldırılar, ekonomik kişiliği (parasal çıkarları) hedef alan saldırılar ve sosyal kişiliği (kişinin toplumsal ilişkilerini) hedef alan saldırılar olarak sınıflandırmıştır. *Serozan / Engin / Atamer'e* göre, fiziksel kişiliği hedef alan saldırılara örnek olarak öldürme, eziyet etme, virüs bulaştırma, cinsel dokunulmazlık ihlali örnek verilebilirken, ruhsal kişiliği hedef alan saldırılar arasında tehdit, taciz gibi psikik darbeler, mobbing, konut dokunulmazlığını ihlal etme, telefonla huzur kaçırma, gürültü çıkarma benzeri örnekler sıralanabilir. Ekonomik kişiliği hedef alan saldırılar arasında, sesin, resmin, sözün, fikir ürünlerinin izinsiz pazarlanması veya sporcuya ölçsüz spor yapma yasağı gibi örnekler verilmiştir. Yazarlar, sosyal kişiliğe yönelik saldırılara örnek olarak ise kendi içinde de çok geniş kapılar açabilecek olan temel hak ve özgürlüklere, onura, saygınlığa, özel yaşamın gizliliğine, ölenin anısına yönelik saldırıları, kişinin irade özerkliğine müdahaleyi göstermiştir. Yazarlar, unutulma hakkı, çocuğun soyunu öğrenme hakkı gibi güncel tartışmalar doğuran hakları da yine sosyal kişiliğe yönelik saldırılardan korunma alanına giren haklar olarak ele almıştır⁴⁰.

³⁸ Serozan / Engin / Atamer, s. 460-461. İçsel koruma ve dışsal koruma ayrımına dair ayrıntılı bilgi için ss. 461-483.

³⁹ Serozan / Engin / Atamer, s. 467.

⁴⁰ Serozan / Engin / Atamer, s. 467-468.

Sosyal kişilik hakkı kapsamında ele aldığı irade özerkliğine müdahalede, *Serozan / Engin / Atamer*, açlık grevinin kesilmesi, organ ve doku alınması veya zorla tıbbi müdahale gibi örnekler de vermiştir. Bu örneklerin irade özerkliğine müdahale olmasının yanı sıra, *Serozan / Engin / Atamer*'in fiziksel kişilik hakkı kapsamında ele aldığı vücut bütünlüğüne saldırı kapsamında da değerlendirilebileceği açıktır. Yine sesin, resmin, sözün pazarlanması ekonomik kişiliği hedef alan saldırı olarak ele alınabilecekse de, bu değerlerin kullanılması özel yaşamın gizliliğine müdahale teşkil edebileceği gibi, duruma göre ruhsal kişiliğe bir saldırı da olabilecektir. Yine ruhsal kişiliğin ihlali kapsamında ele alınan konut dokunulmazlığının ihlali de, pekala sosyal kişilik kapsamında ele alınan özel yaşamın gizliliği ihlaline de neden olabilecektir.

Kılıçoğlu ise, kişilik hakkı kapsamında ele aldığı kişisel varlıkları iki ana başlıkta toplamayı tercih etmiştir: maddi kişisel varlıklar, manevi kişisel varlıklar. Maddi kişisel varlıklara, genel anlamda yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, organlar ve sağlık üzerindeki hakları dahil eden Kılıçoğlu, manevi kişisel varlıkları ise maddi nitelikte olmayan, elle tutulur gözle görülür olmayan tüm kişisel varlıklar olarak ele alır. Böylece manevi kişisel varlıklar arasında, şeref ve haysiyet varlığı, özel yaşam, resim, özgürlükler, ses, isim vb. varlıklar sayılmıştır⁴¹.

Görüldüğü üzere, kişilik hakkı kapsamına giren değerlere dair her gruplama yapay bir görünüm sunmaktadır⁴². Nitekim bu değerler arasında yapılan gruplamalar mutlak ve kesin değildir. Bu değerlerin iç içe geçmesi, birbiri üzerine taşması mümkündür. Örneğin, kişinin resmi üzerindeki hakkı tek başına bir kişilik hakkı değeri olarak ele almak mümkün iken, manevi bütünlüğü altında veya kişisel verisi olarak değerlendirmek de mümkündür. Bu husus kişilik değerlerinin tek bir kişilik hakkının değişik yönlerden görünüşünü temsil etmesinin bir sonucudur⁴³.

Benzer şekilde Yargıtay kararlarında da kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin çeşitli şekillerde sınıflandırıldığına rastlamak mümkündür. Yargıtay'ın birçok dairesinin seneler içinde aldığı kararlarda, manevi zararın kişilik değerlerindeki objektif eksilme olarak tanımlandığı ve bu kişilik değerlerini “*insanın*

⁴¹ Kılıçoğlu, Medeni, ss. 298-314.

⁴² Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 348.

⁴³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 42; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 349; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 175 vd.

insan olmasından güç alan varlıklar” ve “dolaylı varlıklar” olarak ikiye ayırarak ele aldığı görülmektedir ⁴⁴. Nitekim Yargıtay’a göre, TMK m. 24 ve TBK m. 58 düzenlemelerindeki kişilik hakkının koruduğu kişisel varlıklar, bedensel ve ruhsal tamlık ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir⁴⁵. Bu doğrultuda, Yargıtay bu kararına konu olaydaki zarar, tekniğin gelişimi ve yaşam koşullarına göre belirlenmiş kişisel varlıklar çerçevesinin dışında kaldığından manevi tazminat isteğini reddetmiştir. Nitekim olayda, yalnızca davacının ev eşyalarında oluşan bir zarar söz konusudur ve yalnızca malvarlığında meydana gelen bir zararın, kişinin sosyal, fiziki ve kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak benimsenmesi mümkün değildir.

Yine Yargıtay kararlarında⁴⁶, kişilik hakkı değerlerinin öğretideki yukarıda da bahsettiğimiz şekilde yapılan sınıflandırmalardan yararlanılarak üçlü bir ayırım ile ele alındığı da görülmektedir. Bu kararların ilgili bölümünün; manevi zarar, manevi tazminat ve kişilik hakkı kavramları arasındaki ilişkiyi öz bir şekilde ortaya koyması nedeniyle doğrudan alıntılar yapmak yerinde olacaktır:

“Manevi zarar, bir kişinin değerlerinde, isteği dışında meydana gelen eksilmedir. Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir.

Kişilik değerleri, maddi kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleri olmak üzere üç grupta toplanabilir. Bu değerlerin herhangi birisinde meydana gelen eksilme objektif eksilmedir. Başka bir anlatımla manevi zarar ancak objektif olarak kişilik haklarının zedelenmesi halinde söz konusu olur. Bunun yanında manevi zararın gerçekleşmesi için objektif unsurun yanında subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir. Kişilik değerlerine yapılan saldırı sonucu kişinin acı ve üzüntü duyması ve ruhsal dengesinin bozulması

⁴⁴ Yarg. 2. HD, E. 2022/222 K. 2022/1114, T. 9.2.2022; Yarg., 4. HD, E. 2016/4065 K. 2018/391, T. 24.1.2018; Yarg., 3. HD, E. 2010/20939 K. 2011/2279, T. 21.2.2011; Yarg. 1. HD, E. 1996/3713 K. 1996/4111, T. 8.4.1996.

⁴⁵ Yarg. 4. HD, E. 2019/3345 K. 2020/1115, T. 5.3.2020. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁶ Yarg. 4. HD, E. 2012/11006 K. 2013/1428 T. 31.1.2013; Yarg. 13. HD., E. 2011/9055 K. 2011/17946 T. 1.12.2011 Yarg. 4. HD, E. 1997/9037 K. 1998/317 T. 10.2.1998. (Legalbank, Son erişim: 20.10.2023).

doğaldır. Bu durum kişinin ruhsal bütünlüğünde bozulma meydana getirir. Bu açıklamalar ışığında, manevi tazminat zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen manevi zararın giderilmesidir⁴⁷.”

Görüldüğü üzere gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarında, kişilik hakkı değerlerine dair yapılan sınıflandırmalar değişkendir, yaratılan sınıfların sınırları ise geçirgendir. Böylece, bazı yazarlar kişilik hakkı kavramını ayrıca bir sınıflandırmaya gerek duymadan, hak kapsamında öne çıkan değerleri sınırlayıcı olmaksızın sıralayarak açıklamayı tercih etmiştir⁴⁸. Biz de kavramı tanımlama ve sınıflandırma çabasının uygulamada farklı bir sonuç doğurmaması, aksine tanımların ve sınıflandırmaların yetersiz kalması nedeniyle Türkiye’deki kişilik hakkı denilince anlaşılan değerleri ortaya koyabilmek için çalışmamızda öncelikle bu kapsamda öne çıkan bazı değerleri ele alacağız. Ancak kapalı şekilde sıralanamayacak olan bu değerlerden genel olarak bahsettikten sonra, uygulamada kişilik hakkı kavramın ne kadar farklı şekilde karşımıza çıkabildiğini görebilmek adına bazı emsal kararlara ayrıca yer vereceğiz.

1.3. Kişilik Hakkı Kapsamında Öne Çıkan Değerler ve Emsal Kararlar

1.3.1. Öne Çıkan Değerler

Yukarıda bahsettiğimiz üzere kişilik hakkı kavramının kapsadığı değerleri sınıflandırmak zordur. Bu değerleri sınırlı sayıda listelemek de mümkün değildir. Bir kişilik hakkı ihlalinde, çoğunlukla bu değerlerin birden fazlasına müdahale olduğu görülmektedir, nitekim bu başlıklandırma mutlak ve kesin olmadığından bu değerlerin her zaman birbiri üzerine “taşması” mümkündür⁴⁹. Tam da bu sebeple birden fazla haktan değil, bu değerlerin hepsini kapsayan tek ve genel mahiyette bir kişilik hakkından bahsedilmektedir⁵⁰. Yine de kişilik hakkı kavramını anlamak için, Türkiye’de öğretinin ele aldığı şekilde kişilik hakkı kapsamında öne çıkan değerlerden kısaca bahsetmek yerinden olacaktır.

⁴⁷ Yarg. 6. HD, E. 2021/1217 K. 2022/1105 T. 1.3.2022 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁸ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 105; Öztan, s. 270.

⁴⁹ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 349.

⁵⁰ Helvacı, s. 101; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 347, Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 347. Benzer şekilde bkz. Serozan / Engin / Atamer, **Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 458; Erlüle / Helvacı, s. 86.

1.3.1.1. Vücut Bütünlüğü

Yaşam hakkının kişinin en temel hakkı olduğu kuşkusuzdur zira diğer kişisel değerlerin ve hakların varlığı için kişinin öncelikle hayatta olması gerekir⁵¹. Kişinin en değerli kişisel varlığının yaşamı olduğundan hareketle, başkasının onun yaşama hakkını sona erdirmeye yetkisi olmadığı gibi kendisi de bu hakkından vazgeçemeyecektir⁵².

Kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi olarak tanımlanabilen⁵³ yaşam hakkı, Anayasamız m. 17, İHAS m.2, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m.3 ile de korunmaktadır. Anayasa m. 17 f. 1 kişinin yaşama ve maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ve ardından m. 17 f. 1. fıkrası kişinin vücut bütünlüğüne, rızası olmadan, tıbbi zorunluluk gerektiren haller dışında dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Yine, Türk Ceza Kanunu m. 81 hayata karşı suçlar ve m. 86 vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar düzenlenerek yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü koruma altına alınmıştır. Özel hukuk tarafında ise TMK m. 23/2 ile kişinin beden bütünlüğü bir kişilik değeri kapsamında özel olarak koruma altına alındığı görülmektedir. TBK m. 53 vd. düzenlemeleri ise ölüm veya bedensel zarar meydana gelmesi durumlarında talep edilebilecek olan zarar kalemlerini ayrıca ele almaktadır. TBK m. 56'da ise bir kimsenin bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde olayın özelliklerine göre bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi öngörülmektedir.

Kişilik hakkı kapsamına giren diğerleri sınıflandırırken kişinin sağlığını maddi-cismani bir değer olarak ele alarak yalnızca kişinin fiziksel sağlığını bu başlık

⁵¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 174-175; Erlüle / Helvacı, s. 86; Helvacı, **Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar** (Koruyucu Davalar), İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 50 vd.

⁵² Türkiye’de kişinin yaşamına son verilmesi yönünde gösterdiği rıza, bu hakkın ihlalinde hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaz. Erlüle / Helvacı, s. 86; Öztan, s. 299. Ötenazi için ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özsunay s. 99; Saibe Oktay Özdemir, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, **Rona Serozan’a Armağan 2. Cilt**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1325 vd.; Nur Centel, **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi**, İstanbul, 2011. Ötenazinin yasak olduğu hukuk sistemimizde, benzer şekilde düellonun da hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Özsunay, s. 99; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 363; Zevkliler, Tedavi, s. 19.

⁵³ Helvacı, s. 105.

altında değerlendirmeyi tercih eden yazarlar mevcuttur⁵⁴. Ancak Özsunay'ın ele aldığı şekilde iç ve dış kişisel değerler ayrımında, insanın “insan olma”sından kaynaklanan, doğal ve mutlak değerler olarak kişinin iç kişisel değerleri beden bütünlüğünün yanı sıra ruhsal bütünlüğünü de kapsadığını kabul etmek gerekir⁵⁵. Kişinin vücut bütünlüğü ile kastedilen hem fiziki hem ruhsal olarak iyi olma halidir⁵⁶. Kişinin bedenini oluşturan parçaların yok edilmesi, koparılması veya zarara uğratılması kaynaklı beden bütünlüğünün ihlalinin yanı sıra, kişiye manevi acılar verilmesi de kişinin ruh bütünlüğüne saldırı ve bu bütünlüğünün ihlali anlamına gelmektedir⁵⁷.

Kural olarak, kendi beden bütünlüğüne saldırı niteliğinde görülebilecek müdahalelere gösterilecek rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacak ve kişinin bu konuda yapmış olduğu sözleşmeler TMK m. 23 hükmü gereğince geçerli olmayacaklarsa da, bu kuralın istisnaları mevcuttur. Bu istisnalardan en önemlisidir kişinin veya bazı durumlarda yakınlarının rızasıdır. Ancak bu rızanın hukuka aykırılık unsurunu kaldırabilmesi için hukuka uygun olması gerekmektedir; yukarıda değindiğimiz gibi yapılacak müdahalenin kişiyi hayati bir tehlikeye sokmaması, rızanın ahlaka ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi aranmaktadır⁵⁸.

Hukukumuzda, kişinin vücut bütünlüğüne müdahalenin istisnalarını “müdahalenin üstün amaç taşıması” olarak genel bir başlık altında toplamak

⁵⁴ Örneğin, Kılıçoğlu, maddi kişisel varlıklar-manevi kişisel varlıklar ayrımını tercih ederek, maddi kişisel varlıklar kişinin beden bütünlüğünü ve sağlığını değerlendirirken sağlığın ruhsal boyutu bu başlık altında ele almamıştır. Bkz. Kılıçoğlu, Medeni, s. 298. Öztan ise, her ne kadar *fiziki kişilik* olarak bir başlıklandırma tercih etse de bu başlığın altında kişinin sağlığının hem bedensel hem ruhsal sağlığı kapsadığını kabul ettiği görülmektedir, Bkz. Öztan, s. 298. Akipek / Akıntürk / Ateş de kişilik hakkı kapsamına giren değerleri maddi-manevi ve iktisadi varlıklar olarak sınıflandırarak sağlığını ve beden bütünlüğünü maddi varlıklar arasında ele almaktadır, Bkz. Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 342 ve s. 362.

⁵⁵ Özsunay s. 98 vd. ve 114 vd.

⁵⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 176.

⁵⁷ Zevkliler, Tedavi, s. 4; Akıntürk / Akipek / Ateş, 2018 s. 363; M. Ahmet Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 2016, s. 88, s. 1 74.

⁵⁸ Helvacı, s. 107 ve 144 vd., Akıntürk / Akipek / Ateş, s. 364 vd., Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 177. Saçını kestirmek, dövme yaptırmak, estetik ameliyatlara gibi kişinin rızasının hukuka uygunluğu sağladığı örneklerin yanı sıra, vücut bütünlüğüne saldırının hukuka uygun olduğu başka bir yaygın örnek kişinin veya yakının rıza göstermiş olduğu tıbbi müdahalelerdir. Tıbbi müdahalelerde rızaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Helvacı, s. 110 vd.; Öztan, s. 303 vd.; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 367 vd.; Oktay Özdemir, s. 1315-1353. Kişiyi sağlığına kavuşturmak için yapılan müdahalelerde, kaza veya başka bir sebeple kişinin bilincinin kapalı ve rızasını açıklayamayacak durumda olması gibi istisnai durumlarda veya yasal temsilcisinden rızanın alınması şartı bulunmamaktadır. (Tababet ve Şuabatı Sanatlarını Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/7.)

mümkündür⁵⁹. TMK m. 24/2’ e göre müdahalenin özel veya kamusal üstün bir amaç taşıması gerekmektedir. Kişin rızasının bulunduğu ve kendisini hayati tehlike ile karşı karşıya bırakmayacak, yani üstün amaç taşıyan işlem ve eylemler saldırı teşkil etmeyecektir⁶⁰.

Üstün yarar bağlamında kişinin kan bağışlaması, organ bağışlaması gibi işlemler hukuken mümkün olsa da, bu sözleşmenin kazanç sağlama amacıyla yapılması ahlaka ve hukuka aykırılık teşkil edeceğinden ilgili sözleşmeler hükümsüz sayılacaktır⁶¹. Yalnızca “başkalarına sağlık kazandırmak” amacı, kişinin bedeninden bir parçayı başkasına vermesine ilişkin sözleşmeleri mümkün kılacaktır⁶².

Kişinin cinsiyetine, cinsel yaşamına ve üreme fonksiyonlarına dair tıbbi müdahaleler de vücut bütünlüğünün ihlali kapsamındadır⁶³. Bu kapsama kastrasyon, sterilizasyon, gebeliğin sonlandırılması, yapay dölleme, cinsiyet değişikliği gibi müdahaleler dahil edilmektedir. Kastrasyon ancak bir tıbbi zaruret hali söz konusu ise hukukumuzda kabul edilmekteyken, sterilizasyona kural olarak kişinin rızası ve evli ise eşinin rızası ile aile planlaması sebebiyle izin verilmektedir⁶⁴. Hukukumuzda gebeliğin sona erdirilmesi gebeliğin on haftadan az olması koşuluyla mümkün iken, on haftadan sonraki süreçte anne ve çocuk sağlığı açısından sakıncalı durumlar oluşması haricinde gebeliğe son verilmesine izin verilememektedir⁶⁵. Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi için kişinin rızasının yanı sıra evli ise eşinin de rızası aranmaktadır⁶⁶. Ancak bu husus oldukça tartışmalıdır, kanaatimizce eşin rızasının aranması kişilik hakkı ve temel haklar bağlamında kişinin vücut bütünlüğü,

⁵⁹ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 364 vd.

⁶⁰ TMK m. 23/3 düzenlemesi, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılama ve nakli mümkün olduğunu düzenlerken, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemeyeceğini, maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamayacağını da açıkça belirtmektedir. Canlı kişiden organ alınmasının gereklilikleri, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’la düzenlenmiş ve böylece kişinin vücut bütünlüğünün ihlaline rıza göstermesi durumunda, kendisinden biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakline izin vermesi bu kanunun çizdiği çerçevede kabul edilmiştir. Yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 67, m. 73 ve m. 90’de düzenlendiği üzere bulaşıcı ve salgın hastalıklara karşı ve genel sağlığın korunmasını gerektiren durumlarda aşı yaptırma yükümlülüğü hukuka aykırı değildir.

⁶¹ Özsunay, s. 101; Akipek / Akıntürk / Ateş, 2018, s.363.

⁶² Özsunay, s. 101.

⁶³ Erlüle / Helvacı, s. 89; Özsunay, s. 106 vd.; Öztan, 314 vd.

⁶⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 314-315; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 184-185; Akipek / Akıntürk / Ateş, 2018, s. 369-370.

⁶⁵ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 5.

⁶⁶ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6.

üreme(me) hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı benzeri birçok hakka aykırılık teşkil etmektedir⁶⁷. Yapay dölleme halinde de vücut bütünlüğüne bir müdahale söz konusudur, üremeye yardımcı tedavi yöntemi olarak bu müdahale evli çiftlerin rızası ile çocuk sahibi olabilmelerini sağlamaktadır. Ancak yalnızca evli olan kadın ve erkeğin bu yolla çocuk sahibi olabilmelerine izin verilmesi üreme hakkı üzerinden ayrımcılık tartışmasını da beraberinde getirmektedir⁶⁸. Son olarak, cinsiyet değişikliği amacıyla vücut bütünlüğüne müdahale ise TMK m. 40'ta düzenlendiği üzere mahkeme kararıyla mümkün olabilecektir⁶⁹. Gebeliğin sonlandırılması, yapay dölleme veya cinsiyet değişikliği konularının temel haklar tartışmaları çerçevesindeki tartışmaları İHAM kararlarından bahsettiğimiz bölümlerde karşımıza çıkacaktır⁷⁰.

1.3.1.2. Şeref ve Haysiyet

Şeref ve haysiyet, kişinin toplumsal yaşamdaki saygınlığını belirten, bir kimseye toplum tarafından atfedilen manevi değerlerin toplamıdır⁷¹. Sadece gerçek kişiler için değil tüzel kişiler için de korunması gereken bir değer olarak şeref haysiyet, kitle iletişim araçlarındaki gelişmelere paralel olarak günümüzde güçlendirilmiş bir korumayı hak etmektedir⁷².

⁶⁷ Kişinin kendi bedeni ve üreme faaliyeti üzerinde rızası dışında başka bir rızanın aranıyor olması hukuka aykırı kabul edilmeli; kanaatimizce böyle önemli bir kararı kişinin kendi iradesiyle alması yalnızca, muhtemel bir boşanma davasında bu karar nedeniyle evliliğin temelinden sarsıldığı iddiasına konu olabilecektir. Konu hakkında kapsamlı tartışmalar için bkz. Kudret Güven, “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2016, s. 11-35; Melike Şentürk Tur, “Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 3, 2023, s. 384-414.

⁶⁸ Kanaatimizce bu hususta ayrımcılığın engellenmesi ve gelişen teknolojinin sunduğu sağlık hizmetlerinden herkesin yararlanması gereği yine kişilik hakkının gereğidir. Örneğin, İHAS m. 14'e göre cinsel yönelim veya cinsiyete dayalı farklı bir hukuki muamelenin ayrımcı olmaması için geçerli ve objektif bir gerekçenin bulunması gerektiğini vurgulayarak, lezbiyen çiftlerin tıbbi yardımla üreme kapsamı dışında tutulmasının İHAS m. 14'ü ihlal ettiğine hükmeden Avusturya Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Bölüm 2.2.2.2.2. ve İHAM'ın konu hakkındaki emsalleri için bkz. 3.2.3.2.

⁶⁹ Cinsiyet değiştirme işlemlerinin Türkiye'deki hukuki boyutuna için bkz. İpek Sağlam, “Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, C. 8, S. 3-4, s. 455-469.

⁷⁰ İHAM'ın konu hakkındaki emsal kararları için bkz. 3.2.3.

⁷¹ Özsunay, s. 116; Özcan Atalay, “Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini (II)”, **Yargıtay Dergisi**, S. 6, 1980, s. 882.; Velidedeoğlu, s. 120; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 387; Kılıçoğlu, Medeni, s. 299.

⁷² Helvacı, s. 125.

Öğretide, şeref ve haysiyeti açıklamak için farklı ayrımlar tercih edilmiştir. Örneğin şeref ve haysiyet; Kılıçoğlu'na göre iç-dış şeref ve haysiyet, hukuksal ve ahlaksal şeref ve haysiyet, toplumsal şeref ve haysiyet olarak ele alınmış olup⁷³, Velidedeoğlu tarafından bedeni, manevi ve fikri haklar şeklinde başlıklara ayrılmıştır⁷⁴. Helvacı'ya göre ise, TMK m. 24 kişinin sadece manevi değil sosyal, ekonomik, mesleki şerefini de kapsayacak şekilde geniş olarak düzenlenmiştir⁷⁵. Özsunay gibi Akıntürk/Akipek/Ateş de genel bir şerefın yanı sıra “mesleki şeref ve haysiyeti” sıralarken⁷⁶, Özsunay bu ikili ayrımında kişinin genel onur ve saygınlığının ayrıca içsel onur ve dışsal onur olarak ayrıldığını açıklamaktadır⁷⁷. Yaygın olarak, iç ve dış onur olarak iki ayrımla ele alınan bu değerle hem kişinin kendisine olan saygısı hem de kişinin sosyal hayatında saygı görmesini sağlayan bütün özellikleri korunmaktadır⁷⁸. Bu ayrımlar şeref ve haysiyetin kapsamının anlaşılması, bu değerın ihlalinin belirlenmesi için teorik ayrımlar olarak katkı sağlarken, her halükârda şeref ve haysiyete bir saldırının yapıp yapılmadığını tespitinin her somut olay göz önünde tutularak yapılması gereklidir. Nitekim şeref ve haysiyet kişinin içinde bulunduğu duruma göre değişebilen nisbi bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹.

Kişiyeye yönelmiş ifade ve eylemlerin hangi şekillerde şeref ve haysiyete zarar vereceği yaşanılan döneme, kişinin çevresine ve sosyo-ekonomik şartlarına göre belirlenir. Kişinin sosyal statüsüne göre (yaşı, medeni durumu, mesleği, medeni hali, işi gibi) şeref ve haysiyetine bir saldırının olup olmadığı değişiklik gösterebilecektir⁸⁰. Bu koşulların işaret ettiği manevi değerler toplumun objektif değer süzgecinden geçirilmesi sonucu elde edilecektir⁸¹. Örneğin bir basın açıklamasında kişilik haklarına saldırı olup olmadığı tespit edilirken objektif ölçüt olarak “ortalama/orta düzeyde okuyucu” kullanılacak, “orta derecede bir insanın”,

⁷³ Kılıçoğlu, Basın, s. 87 vd.

⁷⁴ Velidedeoğlu, s. 100 vd.

⁷⁵ Helvacı, s. 126.

⁷⁶ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 388.

⁷⁷ Özsunay, s. 117.

⁷⁸ Franko, İ. Nisim, **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara, 1973, s. 3; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 190; Öztan, s. 271.

⁷⁹ Öztan, s. 275; Kılıçoğlu, Medeni, s. 301.

⁸⁰ Kılıçoğlu, Basın, s. 96.

⁸¹ Rona Serozan, **Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler**, MHAE Sempozyumu Yayını, İstanbul, 1980, s. 171; Serozan, Bazı Düşünceler, s. 99-100.

“normal zeka seviyesindeki bir kişinin” olayı değerlendirmesi nazara alınacak ve “normal vatandaş” esas alınacaktır⁸².

Kişinin şeref ve haysiyeti ile basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı arasındaki dengenin kurulması önem arz etmektedir⁸³. Kamuyu ilgilendiren konularda gerçeğe uygun, güncel haberler verme işlevini yerine getirmesinin, çatışan iki yarardan toplum yararının üstün tutulması nedeniyle hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Basın yolu ile yapılan saldırıda, öze ilişkin bir değerlendirme yapılarak, haberin gerçekliği, güncelliği ve kamu yararı taşıması dikkate alınırken; haberin biçimine dair de anlatım ve sergilenişteki ölçülülük önem taşımaktadır⁸⁵. Benzer şekilde, ifade özgürlüğü kapsamındaki eleştiri hakkında da öz ve biçim bakımından bir değerlendirme gerekecektir. Böylece, her somut olayda haklar arasındaki çatışmada dengenin ayrıca gözetilmesi gerektiği şüphesizdir. Örneğin, kamu görevi yürüten, siyasi veya sosyal alanlarda önemli mevkilerde bulunmuş kişilere karşı getirilen eleştirilere karşı daha hoş görülmesi olmaları gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Kişinin şeref ve haysiyetin ihlali sıklıkla başkaca kişilik hakkı ihlalleri ile birlikte gündeme gelebilmektedir. Kişiye işkence yapılması hem vücut bütünlüğünün ihlali hem kişinin haysiyetinin ihlalini teşkil edecekken, bir kişinin kimsenin görmemesini isteyeceği hoş olmayan bir özel anının fotoğrafının paylaşılması özel hayatının, onurunun ve kişinin görüntüsü üzerindeki kişilik hakkın ihlalini kapsar şekilde değerlendirilebilecektir.

Yanlış suçlamalar, iftira ve dedikodular, hakaretler yöneltildiği kişi belirlenebilir olduğu sürece şeref ve haysiyetin ihlali kapsamında ele alınabilecektir, bu saldırının söz veya yazı ile yapılabileceği gibi hareket, mimik ve resim ile de gerçekleşebilir⁸⁷. Gelişen teknoloji ile saldırı yeni saldırı biçimlerinin ortaya çıkması muhtemeldir. Örneğin, bir bilgisayar oyununda yaratılan bir oyun karakterinin

⁸² “Orta düzeyde/ortalama okuyucu” kavramı için bkz. sırasıyla Özsunay, s. 123; Kılıçoğlu, Basın, s. 89 ve Kılıçoğlu, Medeni, s. 301. “Orta derecede bir insan”, “normal zekâ seviyesindeki bir kişi”, “normal vatandaş” kavramlarının kullanımı için bkz. sırasıyla Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 194; Öztan, s. 276; Helvacı, s. 126.

⁸³ iHAM’ın konu hakkındaki değerlendirmelerine ve ölçütlerine ilişkin bkz. Bölüm 3.2.1.3, Bölüm 3.2.2., dipnot 589.

⁸⁴ Özsunay, s. 120-124; Helvacı, s. 128; Öztan, s. 276; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 389-391.

⁸⁵ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 191.

⁸⁶ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 390.

⁸⁷ Helvacı, s. 127.

özellikle bir gerçek kişiyi işaret edecek şekilde yaratılması ve eş zamanlı şekilde birçok kullanıcının oynadığı bu oyun boyunca bu karaktere sürekli aşağılayıcı davranışlarda bulunulması halinde kanaatimizce bu karakterin işaret ettiği kişi şeref ve haysiyete saldırı iddiasında bulunabilecektir.

1.3.1.3. Özel Hayat

Özel hayata saygı hakkı, kişinin yalnızca yakınları arasında kalmasını istediği veya sadece kendisine saklamak istediği bir alana saygı gösterilmesi, bu alana kimse tarafından müdahale edilmemesi isteğini koruma altına almaktadır⁸⁸. Bu hakka ilişkin öğretide kabul edilen üç alan teorisine göre kişinin yaşam alanı üçe ayrılmıştır⁸⁹. Bu ayrıma göre ortak yaşam alanı, kamuya açık olan ve başkalarının bilmesinden rahatsız olunmayan alandır ve herkesin bu alanda yaşananları görmesi, öğrenmesi, izlemesi mümkündür⁹⁰. Kişinin yakın ilişkide bulunduğu kişilerle paylaştığı dar anlamda özel yaşam alanı ile kişinin yalnızca kendisine sakladığı veya yalnızca güvendiği kişiler arasında tutmak istediği sır (gizlilik) alanı ise geniş anlamda özel hayat alanı oluşturur ve bu alan istenmeyen müdahalelerden korunmayı hak eder. Kişinin bu geniş anlamda özel hayat alanına rızası dışındaki her türlü müdahalenin saldırı teşkil edeceği kabul edilmektedir⁹¹. Ancak bu ayrım, öğretide hangi alanların korunacağını ve hangi hallerde ihlalin gerçekleşeceğinin tespitini kolaylaştırması için tercih edilmiş olmasa da, ayrımlar arasındaki sınır keskin değildir ve kişilik hakkı koruması altındaki alanın her somut olayda, her kişiye göre ayrıca belirlenmesi gerekmektedir⁹².

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 12’de kişilerin gizli alanlarına saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Anayasamızın kişisel hak ve ödevlerin düzenlendiği ikinci bölümünde dördüncü kısım özel hayatın gizliliğine ve korunmasına ayrılmıştır. Yine Anayasa m. 20 ile özel hayatın ve aile hayatının

⁸⁸ Özel hayat kavramı Türkiye yargı kararlarında kişinin mahremiyetine saygı hakkı yönüyle karşımıza çıkmaktayken, bu kavramın İHAM kararlarında kişinin mahremiyetine saygının yanı sıra kişinin şiddetten korunmasını, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını veya kişinin itibarına, cinsel kimliğine, cinsel yönelimine, üreme veya ürememe hakkına saygıyı vb. kapsayacak şekilde ele alındığına dair bkz. Bölüm 3.2.

⁸⁹ Özsunay, s. 126; Öztan, s. 281; Helvacı, s. 118-119; Kılıçoğlu, Medeni, s. 302 vd; Kılıçoğlu, Basın, s. 116-129.

⁹⁰ Özsunay, s. 128; Helvacı, s. 119.

⁹¹ Öztan, s. 285; Helvacı, s. 120.

⁹² Helvacı, s. 123-124; Akıpek / Akıntürk / Ateş, s. 392.

gizliliği, m. 21’de konut dokunulmazlığı, m. 23 ile haberleşme hürriyeti koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemeler ile herkesin anayasa tarafından korunan bu kişilik hakkına saygı duyulmasını talep edebileceği anlaşılmaktadır⁹³. İHAS m. 8’de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkının İHAM tarafından ele alınan geniş kapsamı çalışmamızın devamında ayrıca ele alınacaktır⁹⁴.

Kişilik hakkı kapsamındaki değerlerden kişinin resminin veya sesinin, sıklıkla özel hayata saygı hakkı ile birlikte ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır⁹⁵ özel hayat alanına girmeyen ancak sese veya resme saldırı niteliği taşıyabilecek örnekler de söz konusu olabilmektedir. Bir fotoğrafçının bir çiftin kamuya açık alanda çektiği düğün fotoğraflarını vitrinin camına koyması veya kamuya açık bir alanda yapılan bir konuşmanın yeni teknolojik imkanlardan yararlanmak suretiyle üzerinde oynanarak kullanılması farklılaşan örnekler olarak karşımıza çıkabilir.

Yine özel hayatın ihlali ile şeref ve haysiyetin ihlali edilmesi sıklıkla yan yana görülebilse de şeref ve haysiyet ihlaliinden farklı olarak özel hayat alanının ihlalinin kişiyi küçük düşürmesi, aşağılaması şart değildir. Nitekim bir kişinin aile, meslek veya ticari sırlarının ifşa edilmesi, paylaşılan bilgiler kişiyi küçük düşürücü nitelikte olmasa dahi, özel hayatın ihlali kapsamına girebilecektir⁹⁶.

Özel hayata saygı hakkı birçok kişilik hakkı değeri ile temas içinde olmasının yanı sıra, kişilik hakkı kapsamında yeni kavramların da ortaya çıkmasına neden olan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin kişinin gizlilik alanına saygının bir parçası olarak görülen “kişinin yalnız kalma hakkı” bu kavramlardan biridir⁹⁷. Yine kişinin herkese açık alanı ile özel alanı arasındaki sınırın zamanla değişebileceğinin, kamuya açık alanına dahil olan bir olayın zamanla özel alanına

⁹³ Özsunay, s. 32.

⁹⁴ Bkz. Bölüm 3.2.

⁹⁵ Nitekim Öztan kişilik hakkı değerlerinden resmi ve sesi, özel hayat başlığı altında ele almayı tercih etmektedir. Bkz. Öztan, s. 288.

⁹⁶ Kılıçoğlu, Medeni, s. 302.

⁹⁷ Kişinin yalnız kalma hakkının önemine ilişkin bkz. Özsunay, s. 127-128. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Basın, s. 121; Kılıçoğlu, Medeni, s. 302.

dahil olabileceğinin kabulü ile öğretide özel hayata saygı hakkı kapsamında “unutulma hakkı” ortaya çıkmıştır⁹⁸.

Şüphesiz ki, “kişisel verilerin korunması” da özel hayata saygı hakkı kapsamına girmektedir⁹⁹. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.” Bu kanun ile, kanun kapsamına giren ihlallere Kişisel Veri Koruma Kurul’u tarafından idari para cezası yaptırımının uygulanmasının yolu açıldıysa da, tüm bu ihlallerin kişilik hakkına saldırı teşkil etmeleri nedeniyle kişiliğin korunmasına ilişkin TMK m. 25’de düzenlenen tüm özel hukuk davalarının açılması da mümkündür¹⁰⁰.

Türkiye öğretisinde özel hayata saygı hakkı yaygın olarak bu alan içindeki bilgilerin, olayların ifşa edilmemesi; konuşmaların dinlenmemesi, açıklanmaması; yazışmaların okunmaması, bu alanın gözetlenmemesi, görüntülenmemesi, görüntülerinin paylaşılmaması çerçevesinde ele alınmaktadır¹⁰¹. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere özel hayata saygı hakkı Türkiye öğretisinde “özel hayata hiçbir şekilde izinsiz müdahale edilmemesi” şeklinde oldukça geniş şekilde tanımlanmaktaysa da, verilen örneklerin yalnızca bu alandaki bilgilerin, görüntülerin vb. izinsiz öğrenilmesi veya paylaşılması ile sınırlı kaldığı görülmektedir. Halbuki kişinin özel hayatına ilişkin tercihlerini doğrudan veya dolaylı şekilde etkileyebilecek istenmeyen davranışların özel hayata saygının ihlali kapsamında ele alınması gerektiği çalışmamızın devamında ortaya konulacaktır¹⁰².

1.3.1.4. Görüntü ve Ses

Günümüz dünyasında kişinin dış görünüşünün kendisinin tanınabileceği şekilde kopyalanması olarak açıklayabileceğimiz kişinin görüntüsü öğretide daha çok

⁹⁸ Bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 203 ve s. 207. Konu hakkında ayrıntı açıklamalar için bkz. Bölüm 1.3.2.6.

⁹⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 206; Öztan, s. 293-298.

¹⁰⁰ Benzer açıklamalar için bkz. Öztan, s. 296-297.

¹⁰¹ Özsunay, s. 128-141; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 201-207; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 392-393; Helvacı, s. 117-125; Kılıçoğlu, Medeni, s. 301-309; Öztan, s. 280-298.

¹⁰² Bkz. Bölüm 3.2.

kişinin resmi veya fotoğrafı olarak isimlendirilse de¹⁰³, kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olarak resim yerine daha kapsayıcı bir kavram olarak görüntünün kullanılmasının daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim bu değere karikatür, fotoğraf, video gibi kişinin dış görünüşünü yansıtan her türlü kavramın girdiği resim kavramını kullananlarca da tereddütsüz kabul edilmektedir. Gelişen teknoloji ile hayatımıza dahil olan hologram vb. görüntü yansıtan yöntemler de kuşkusuz bu kapsamda değerlendirilecektir.

Benzer şekilde kişinin sesi de kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerdendir. Sesin yalnızca kaydı, yayılması değil, yine teknolojik gelişmelerle oldukça farklı şekilde kullanılması, işlenmesi söz konusu olabilmektedir. Kişinin rızası olmadan veya menfaatine aykırılık teşkil edecek şekilde görüntüsünün veya sesinin kullanılmasını kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilecektir¹⁰⁴. Ancak özel hayata saygı hakkında da değindiğimiz üzere, kamuya mal olmuş kişilerin resminin veya sesinin kullanılmasında, toplumun haber alma hakkı veya basın özgürlüğü gibi üstün menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda hukuka uygunluk sebebinin olduğunun kabulü gerekir¹⁰⁵.

Kişinin resminin ve sesinin şeref ve haysiyeti tamamlar nitelikte değerlendirildiği gibi¹⁰⁶ özel hayat alanı kapsamında da değerlendirildiğine rastlanmaktadır¹⁰⁷. Halbuki özel hayatın ve şerefın ihlal edilmesinde açıkladığımız üzere, kişinin resmi veya sesi üzerindeki hakkın ihlal edilmesi her zaman küçük düşürücü bir nitelik taşımak zorunda değildir. Yine kamuya ifşa etmiş olduğu bir fotoğrafının veya bir konuşmasının da izinsiz kullanımı yeri geldiğinde resmi veya sesi üzerindeki hakkın ihlali anlamına gelebilecektir. Dolayısıyla bu değerler her somut olayda birbirini kapsar şekilde karşımıza çıktığını söylemek mümkün değilse de, bahsettiğimiz üzere kişilik hakkı kapsamına giren değerler bir bütünün parçaları oldukları için sıklıkla birden fazlasının ihlali söz konusu olabilmektedir.

¹⁰³ Özsunay, s. 144; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 197; Helvacı, s. 130; Kılıçoğlu, **Medeni**, s. 309; Öztan s. 288.

¹⁰⁴ Helvacı, *Kişiliği Koruyucu Davalar*, s. 73; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 196-197.

¹⁰⁵ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 393; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 197. Fikir ve Sanat Eserler Kanunu (FSEK) kapsamında eser mahiyetindeki ses ve görüntülere ilişkin ayrıntı düzenlemelerin yanı sıra, FSEK m. 86 ile eser mahiyetinde olmasa dahi kişinin resmi ve portresine dair ayrıca ayrıntılı bir koruma getirilmiştir.

¹⁰⁶ Franko, s. 43; Atalay, s. 108.

¹⁰⁷ Öztan s. 288.

1.3.1.5. Ad (İsim)

Ad, bir kişinin diğer kişilerden ayrılmasını ve toplum tarafından tanınmasını sağlayan, ilişkilerde onu belirleyen bir tanıtmaya işareti olarak kişilik hakkı kapsamına giren önemli değerlerden biridir¹⁰⁸. Kişinin adı kapsamına giren ilk adı, soyadı, lakabı, takma adı gibi o kişiyi ayırt etmeye hizmet eden tüm adları kişilik hakkı değerlerine tanınan genel korumanın altında olmasının yanı sıra, TMK m. 26 ve 27’de adın korunması ve değiştirilmesi ile ilgili ayrıca düzenlemeler mevcuttur. “Ad”a ilişkin tüm koruyucu düzenlemelerden yine kişinin ayırt edilmesini sağlayan elektronik posta adresi veya sosyal medya adresinin de yararlanmasının kabulü gerekir¹⁰⁹.

Tüzel kişilerin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan adları da yine tüzel kişinin kişilik hakkının önemli bir değeri olarak koruma altındadır. Ticari işletmelerin adları, TTK m. 39’da düzenlenen “ticaret unvanı” veya TTK m. 53’te düzenlenen “işletme adı” olarak, TTK m. 50-52 arasındaki düzenlemelerle korunmaktaysa da, bünyelerine uyduğu sürece kişilik hakkı kapsamındaki korumadan da yararlanacaklardır¹¹⁰.

TMK m. 26/2 düzenlemesi, adı haksız olarak kullanılan kişinin açabileceği davaları açıklamakla adın haksız kullanımına ilişkin özel bir koruma sağlamaktadır. Ancak adın kişilik hakkının önemli bir değeri olduğu hususunda yalnızca adın haksız kullanımına dair ihtilaflar akla gelmemelidir. “Ad” konusu altında, çocuğun adının konulması, soyadının kazanılması, adın değiştirilmesi konularındaki güncel tartışmalarda adın önemli bir kişilik hakkı değeri olduğu unutulmadan yürütülmelidir. Gerek çocuğun adı, gerek soyadının kazanılması gerekse de adın değiştirilmesi başlıklarındaki düzenlemelerin ve tartışmaların -konumuz özelindeki bu hatırlatma dışında- ayrıntısıyla ele alınması gereği duyulmamıştır. İleride emsal Yargıtay kararları bölümünde kişilik hakkı bağlamında kadının soyadı ve adın değiştirilmesi ile ilgili önemli bulduğumuz tartışmalara ayrıca değinilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁸ Özsunay, s. 186; Helvacı, s. 167; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 420.

¹⁰⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 119 ve s. 178.

¹¹⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 118; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 423-425.

¹¹¹ Bkz. Bölüm 1.3.2.1 ve Bölüm 1.3.2.4.

1.3.1.6. Özgürlükler

Kişiliğin korunması başlığının altındaki “vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı” koruma kenar başlıklı TMK m. 23 f.1 ve f.2 “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.” şeklinde bir düzenlemeyi havidir. İlgili hüküm açıkça kimsenin haklara ve borçlara sahip olma iktidarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıracak veya sınırlayacak sözleşmeler yapamayacağını ve hürriyetlerin hukuk düzeninin ve ahlak kurallarının izin verdiği ölçüde kısmen sınırlandırılabilceğini düzenlerken, ehliyetlerin veya özgürlüklerin bu şekilde kısıtlanmasının kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceğini ortaya koymaktadır. Böylece bir kişinin hak ve fiil ehliyetlerinin tamamen yok olması sonucunu doğuran hukuki işlemler gibi hürriyetlerini tamamen ortadan kalkması sonucunu doğuracak hukuki işlemler yapması da kişilik hakkına aykırı olacaktır¹¹².

Yukarıda dile getirdiğimiz üzere, kişilik hakkına saldırının hukuka uygunluk sebeplerinin ilk sırasında kişinin rızası yer almaktadır. TMK m. 23 hükümde ise bizzat hak süjesi kişinin kendi rızası ile, hak ve fiil ehliyetlerinin ortadan kaldırılmasına, özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı şekilde kısıtlayacak hukuki işlemler yapılmasına dahi izin verilmezken ve bu tür işlemlerin kişilik hakkına aykırılık nedeniyle hükümsüz olacağı ortaya konulurken, kanaatimizce bu hüküm uyarınca bir başkası tarafından kişinin hak ve fiil ehliyetlerinin kaldırılmasının, özgürlüklerinin hukuka ve ahlaka aykırı şekilde kısıtlanmasının kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceği evleviyetle kabul edilmelidir. Nitekim TMK m. 23 düzenlemesinin amacı, kişiliği oluşturan esaslı değerlerin hukuki işlemlere konu yapılmasının önüne geçerek, kişiliğin bütünlüğünü korumak ve kişinin hukuki, iktisadi, sosyal hayata diğer kişilerle birlikte eşit koşullar altında katılarak gelişmesini ve ilerlemesini sağlamaktır¹¹³.

Bu hükümdeki özgürlükler kavramının en geniş anlamıyla, bir kimsenin sahip olabileceği tüm özgürlükleri kapsamına alacak şekilde düzenlendiğinin kabulü

¹¹²İlgili düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akipek / Akıntürk / Ateş, ss. 371-381; Kılıçoğlu, Medeni, ss. 311-313; Erman, ss. 161-166; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2. Baskı, 2020, ss. 167-169.

¹¹³ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 376.

önünde bir engel mevcut değildir¹¹⁴. Bir kişinin özgürlüklerinin aşırı derecede kısıtlanması sonucu doğuracak bir taahhüt, o kişinin kişiliğinin en önemli manevi varlıklarından olan özgürlüklerinden yoksun kalması anlamına geleceğinden kişinin özgürlükleri kişilik hakkı kapsamında koruma altına alınmıştır.

Elbette her hukuki işlem bireylerin bir şekilde özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğurabilmekte, her sözleşme karşılıklı kısıtlanmalar içeren taahhütler içermektedir. İlgili hükümdeki düzenleme bu kısıtlamaların “hukuka ve ahlaka aykırı olması” halinde kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceğini işaret etmektedir. Dolayısıyla ilke olarak hürriyetlerin sınırlandırılması mümkünse de, amaç bu sınırlamaların ölçüsünü belirlemek, aşırıya kaçmasını, hukuka ve ahlaka aykırılığı önlemektir¹¹⁵.

Bir hukuki işlemin TMK m. 23 uyarınca bir ihlal teşkil edip etmeyeceğini belirlemek yargıcın takdirine bırakılmıştır. Yargıç, bu hususta özgürlüklerin kişiliğin varlığı ve gelişmesi için gerekli olan serbest hareket ve serbest karar verme imkanlarını tehlikeye sokacak surette sınırlanmış olup olmadığını değerlendirecektir¹¹⁶. TMK m. 23’te işaret edilen hukuka ve ahlaka aykırılığın kapsamını belirlemek için, TMK m. 4’te düzenlenen yargıcın takdir yetkisini nasıl kullanacağına dair düzenlemeyi ayrıntısıyla değerlendirmek şüphesiz ki çalışma konumuzun sınırını aşmaktadır. Ancak yasa kurallarını uygulayan yargıcın, özgürlükler atfı karşısında temel hakları göz önünde tutarak yorum yapmak ve yasa boşluğunu doldurmak zorunda olduğu kanaatimizce açıktır, menfaat dengesini gözetirken temel hakları da dikkate almayı ihmal etmemesi gerekmektedir¹¹⁷.

Konumuz özelinde önem teşkil eden husus, yargıcın bir kişinin özgürlüklerinin sınırlandırılmasında hukuka aykırılığı değerlendirirken ve böylece kişilik hakkı ihlali olup olmadığına karar verirken, hukukumuzun bir parçası olan İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararlarını da dikkate alması gereğinin yalnızca TMK m. 23 düzenlemesinin sonucu olarak bile karşımıza çıkıyor olmasıdır. Nitekim TMK m. 23 uyarınca hukuk düzenimiz kapsamında koruma altında olan tüm özgürlükler, bir kişilik hakkı değeri olarak medeni hukuk tarafından koruma altına alınmıştır.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, Medeni, s. 311; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 375.

¹¹⁵ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 377. Benzer açıklamalar için bkz. Serozan, Hukukta Yöntem, s. 140.

¹¹⁶ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 378.

¹¹⁷ Serozan, Hukukta Yöntem, s. 139.

İlgili düzenlemedeki “özgürlükler” kavramının içeriğinin de yargıç tarafından anayasada ve anayasamızdaki atıfla İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklerle doldurulması gerekliliği görülmektedir¹¹⁸.

Örneğin bir kişinin özgürlüklerinden birini, hiçbir sınırlama olmaksızın hiçbir zaman kullanmayacağını bir sözleşmeyle taahhüt etmesi; ömrünün sonuna kadar bir siyasi görüşe sadık kalacağı, yerleşim yerini hiçbir surette değiştirmeyeceği, hiçbir surette dernek kurmayacağı, seyahat etmeyeceği veya bir mesleği hiçbir şekilde icra etmeyeceği taahhüdünde bulunması TMK m. 23 uyarınca mümkün değildir¹¹⁹. Ehliyetlerinden tamamen vazgeçememesi kapsamında ise mülkiyet hakkına sahip olamayacağına, hiçbir zaman evlenmeyeceğine, hiç kimseyi mirasçı yapmayacağına dair bir hukuki işlem kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceği gibi; özgürlüklerin hukuka aykırı şekilde kısıtlanamayacağı kapsamında bir kişinin düşüncesini açıklaması, din ve inanç özgürlüğünü kullanması, sözleşmeler yapmasının yasaklanması¹²⁰ yanı sıra toplanma, haberleşme, çalışma, yerleşim yeri seçme özgürlüklerinin veya iktisadi özgürlüklerinin de kullanılmasının engellenmesi¹²¹ kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilecektir. Örneğin kişinin fiziki kişiliği, vücut bütünlüğüne dahil edilerek kişinin cinsel özgürlüğünün kişilik hakkı kapsamında olduğu veya kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirme kapsamında ekonomik özgürlüğünün de kişilik hakkı kapsamında korunduğunu söylemek¹²² mümkünse de, yukarıdaki açıklamalarımız ışığında özgürlüklerin tahdidi şekilde kişilik hakkı kapsamına girebilmesi için farklı gerekçelerde bulunulmasına gerek olmadığı açıktır. Bu hüküm kapsamında, herkes hayat faaliyetlerini, sosyal hayatını da dilediği şekilde düzenleme özgürlüğüne sahiptir. Böylece, TMK m. 23 uyarınca kişilik hakkı kapsamında kişinin temel haklarının korunduğu¹²³, bu hakların da İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ışığında korunması gerektiğinin kabulü gerekmektedir.

Nitekim, medeni hukuktaki kişilik hakkının koruması altında hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmayacak özgürlüklere dair ihtilaflar özel hukuk yargıcı önüne

¹¹⁸ Benzer açıklamalar için bkz. Serozan, Hukukta Yöntem, ss. 137-141. İHAS'ın ve İHAM'ın hukuk düzenimizin bir parçası olduğuna ve bağlayıcılığına ilişkin bkz. Bölüm 2.1.3.

¹¹⁹ Helvacı, s. 188; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 376.

¹²⁰ Kılıçoğlu, Medeni, s. 312.

¹²¹ Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 375.

¹²² Öztan, s. 322-325.

¹²³ Helvacı, s. 188.

geldiğinde yargıcın hukuka aykırılığı yalnızca ilgili kanundaki hükümlere göre değerlendirmeyeceği açıktır. Aşağıda ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere¹²⁴, İHAS'taki düzenlemeler ve İHAM'ın bu düzenlemelere dair yorumları da hukukumuzun parçası olduğundan, özel hukuk yargıcı da hukuka aykırılığı değerlendirirken İHAS düzenlemelerini ve İHAM kararlarını göz önünde tutarak bir karar vermelidir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, öğretide ve Yargıtay kararlarında kişilik hakkı kavramı özgürlüklerin de değer olarak sayıldığı geniş bir tanımla anılıyor olsa da, öğretide ve Yargıtay kararlarında bu kavramın İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ile yeterince ilişkilendirilmediği görülmektedir. Halbuki kişilik hakkının korumasının söz konusu olacağı örnekler hukukumuzun bir parçası olarak İHAS ve İHAM kararları hesaba katıldığında çeşitlenecek ve böylece TMK m. 23'ün özgürlüklerin hukuka aykırı şekilde kısıtlanmaması amacının daha etkin şekilde gerçekleşmesi sağlanabilecektir.

Görüldüğü üzere, kişilik hakkı kapsamındaki öne çıkan değerleri genel olarak saydığımızda dahi, kişilik hakkı kavramının oldukça geniş bir alana etki edebileceği anlaşılmaktadır. Bu değerlerden yalnızca vücut bütünlüğünü kişinin hem fiziksel ve hem ruhsal iyi olma hali olarak ele aldığımızda veya özel hayatına dair korumayı kişinin özel hayatına ilişkin tercihlerini doğrudan veya dolaylı şekilde etkileyebilecek istenmeyen davranışlara dair bir koruma olarak değerlendirdiğimizde ya da yalnızca kişinin özgürlüklerinin hukuka aykırı şekilde kısıtlanamayacağına dair kişilik hakkı kapsamında bir koruma sağladığımızda, bu kavram kapsamında ele aldığımız bu değerlerin birinin bile koruma alanının çok geniş olabileceği ortaya konulmuştur. Konumuz özelinde bu değerler sıralanırken, İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ışığında yorumlanması gerektiğini düşündüğümüz kişilik hakkı kavramının daha iyi bir şekilde anlaşılmasını sağlamak amaçlanmıştır. Yine sonraki bölümde de, Türkiye'deki kişilik hakkına ilişkin öne çıkan bazı emsaller üzerinde durarak kavramın ne denli farklı konuda karşımıza çıkabileceği gösterilmek istenmektedir. Böylece, ancak kişilik hakkı kavramının derinlemesine anlaşılması sağlandıktan sonra, İHAM kararlarının bu kavramı ne denli doğrudan ilgilendirdiği, nasıl ve hangi emsallerle etkileyebileceği anlaşılabilir.

¹²⁴ Bkz. Bölüm 2.1.3.

1.3.2. Emsal Kararlar

Kişilik hakkı kavramının kapsamına giren değerlerin çokluğu ve bu değerlerin hayatın içinde çok farklı alanlarda karşımıza çıkabiliyor olması, kişilik hakkına saldırı davalarına konu olayların çeşitliliğini de sınırlı sayıda ele alamayacak kadar arttırmaktadır.

Diğer yandan, kavramın ve kavramın kapsamına giren değerlerin sınırlarının belirsizliği nedeniyle, kararlarda hangi kişilik hakkı değerinin dava konusu olduğu belirtilemeksizin genel olarak kişilik hakkı ihlali olup olmadığı tartışıldığı görülmekte veya dava konusu olayda bir eylem ile birden çok kişilik hakkı değerinin ihlal edildiği görülebilmektedir.

Gerçekten de, örneğin kişinin üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı bir şekilde isminin veya fotoğrafının kullanılması, bir yandan doğrudan kişilik hakkı değerleri arasında olan kişinin isim veya görüntüsü başlığı altına girecektir. Diğer yandan da bu haksız eylem, ismin veya görüntünün kullanıldığı bağlama göre özel hayatın ihlali ve/veya şeref ve haysiyetin ihlali kapsamında da ele alınabilecektir. Benzer şekilde sokakta fiziksel şiddete maruz kalan birinin hem vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu olacak, hem de haysiyetinin zarar gördüğünün kabulü gerekecektir. Bu nedenle bu başlık altında, yukarıda bahsettiğimiz kişilik hakkı kapsamına giren değer başlıkları doğrultusunda karar örneklendirmesine gidilmesi tercih edilmemiştir.

Kişilik hakkı ihlaline dair sınırsız bir havuzdan kararlar seçilirken, kararların kişilik hakkının kapsamını tartışmaya açan veya yukarıda saydığımız ilk akla gelen kişilik hakkı değerlerinin farklı görünümelerini karşımıza çıkaran nitelikte olması amaçlanmıştır. Nitekim, örneğin bir kişinin hukuka aykırı şekilde öldürüldüğü veya yaralandığı her durumunda, vücut bütünlüğünün ihlal edildiği ve bunun kişilik hakkına dair emsal kararlarda sıklıkla karşımıza çıktığı şüphesizdir. Bu kararlardaki ihtilaflı hususlar hukuka uygunluk sebepleri, kusurun varlığı, tazminat miktarının belirlenmesi, nedensellik bağı gibi tezimizin kapsamı dışında kalan ve her somut olayda ayrıca değerlendirmesi gereken hususlardır. Dolayısıyla bu başlık altında, hukuki ihtilafların kişilik hakkının kapsamı değil de, başkaca hususlarda olduğu kararlar tercih edilmemiş, kişilik hakkı kavramının kapsamının sınırlarını anlamamıza yardımcı olabilecek, özellik arz ettiğini düşündüğümüz kararlar ele alınacaktır.

1.3.2.1. Kadının Soyadı ile İlgili Emsal Kararlar

Kadının soyadı, gerek öğretide¹²⁵ gerek yargı kararlarında çokça tartışılan ve konu hakkındaki gerekçelendirmelerde kişilik hakkının farklı boyutları ile ele alınması nedeniyle çalışmamızda kavramın anlaşılmasına katkı sağlayacak bir konudur. Nitekim, bahsettiğimiz üzere kişilik hakkına dair korunan değerlerin ve koruyucu hükümlerin birbirinden keskin şekilde ayrılmasının mümkün olmadığına dair iyi bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Bulduğumuz başlık gereği ise konu, Türkiye yargı kararları çerçevesinde ele alınacak, bu kararlarda sıklıkla atıf yapılan İHAM kararlarına da değinilecektir.

Kadının soyadı tartışmasını konu edinen ilk kararlardan biri olan 1998 tarihli kararında, önüne itiraz yoluyla gelen dosyada AYM¹²⁶ konuyu, “herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu”nu belirten AY m. 12, “herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve özellikle geliştirme hakkına sahip olduğunu” belirten AY m. 17 ve son olarak “herkesin ... ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit” olduğunu belirten AY m. 10 çerçevesinde ele almıştır.

Görüldüğü üzere, her ne kadar korunan menfaatlerin çatışmasındaki değerlendirmesinde AYM, kadının kişilik hakkı lehine ihlal kararı vermemiş olsa da, gerek “kişiliğine bağlı dokunulmaz temel haklar”ı, gerekse “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”nı¹²⁷ temel alarak soyadının kişilik hakkının bir parçası olduğu ortaya koymuştur. Yine AY m. 10’un ihlal edilmesi sonucunu doğuracak her türlü ayrımcılığın da, medeni kanun açısından kişilik hakkının ihlali olarak ele alınması gerektiği de çalışmamızda yeri geldikçe açıklanmaktadır¹²⁸.

¹²⁵ Örneğin bkz. Saibe Oktay Özdemir, "Boşanma Sonrasında Kadın Eşin ve Çocuğun Soyadı", **Türk Hukukçu Kadınlar Derneği'nin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, ss. 1-20.

¹²⁶ AYM, E. 1997/61 K. 1998/59 T. 29.9.1998 (LegalBank, Son erişim: 20.11.2023). Benzer nitelikte bkz. “Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.” gerekçeli AYM kararı, AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.3.2011. (LegalBank, Son erişim: 20.11.2023)

¹²⁷ Anayasa’da bahsi geçen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, İHAM kararlarında özel hayatın korunması çerçevesinde ele alınmaktadır, dolayısıyla kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmesi önündeki her türlü engel medeni hukuk tarafından korunan kişilik hakkının ihlali olarak ele alınacaktır.

¹²⁸ Her türlü ayrımcılığın kişilik hakkının ihlali teşkil edeceği görüşümüze dair bkz. Bölüm 3.3.

Bu çerçevede 1998 yılındaki AYM kararının karşı oy gerekçesi, çalışmanın devamında değineceğimiz, seneler sonra alınan AYM kararlarına öncülük etmesi nedeniyle çok değerlidir. Karşı oy gerekçesini kaleme alan yargıçlar, aile soyadının seçiminin evlilik birliğinin eşit haklara sahip bireyleri olan eşlerin özgür iradesine bırakılmamasının ve bu hususta kocaya mutlak bir üstünlük sağlanmasının yalnızca eşitlik ilkesine aykırı olmadığını vurgulamışlar, bunun kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının bir sınırlaması olduğunu belirtmişlerdir. Karşı oy gerekçesine göre, bizim de hak verdiğimiz üzere, bu sınırlamanın kadının maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması sebebiyle Anayasa m. 17'ye aykırılık oluşturduğunun kabulü gerekir.

Bu karşı oy gerekçesinin aksine itiraz yoluyla açılan bu davalarda ihlal kararı olmadığı yönünde içtihat oluşturan AYM, bireysel başvuru yolu açıldıktan sonraki yıllarda bu görüşünü değiştirerek, evli kadının kendi soyadını kullanamamasının Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği yönünde birçok karar almıştır¹²⁹. Bu kararların gerekçelerinde toplumsal cinsiyet eşitliği ve ayrımcılık yasağına dair açıklamalara yer verilmiş olsa da, AYM ihlal kararlarının temel dayanağını Anayasa m. 17 ile güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına dayandırmış, Anayasa m. 10'un ihlal edildiği yönündeki iddiaların ayrıca değerlendirilmesine gerek görmemiştir.

Kararların çalışmamızın konusu açısından önemi ise, Anayasa m. 90 f.5 uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası insan hakları sözleşmelerinin hukuk sistemimizin bir parçası olduklarının ve kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahip olduklarının bu kararlarda ortaya koyulmasıdır. Dahası, çalışmanın devamında açıklayacağımız üzere, 2004 senesinde yapılan değişiklik¹³⁰, insan haklarına dair uluslararası sözleşme metinleri ile kanun hükümleri arasındaki uyumsuzluklarda, sözleşme hükümlerine öncelik verilmiş ve böylelikle ilgili sözleşmeler, tartışmalı olmakla beraber¹³¹, iç hukukta kanunlardan üstün bir konuma getirilmiştir. Bu

¹²⁹ AYM, Sevim Akat Eşki, B. No. 2013/2187 T. 19.12.2013; Gülsüm Genç, B. No. 2013/4439 T. 6.3.2014; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No. 2014/5836 T. 16.4.2015. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

¹³⁰ 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa m. 90 düzenlemesine, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmü eklenmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 2.1.3.

¹³¹ Bkz. Olgun Akbulut, “Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

bağlamda çalışmada seçtiğimiz kararlarda da, temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası sözleşmelerin kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve İHAM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında yargı organları tarafından nazara alınmış olması gerektiği vurgulanmıştır.

AYM kararlarında, İHAM'ın kişilik hakkı kapsamında ele aldığımız özel yaşama saygı kavramının isabetli bir şekilde karar gerekçesine temel alındığı görülmektedir. Kararda öncelikle, özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen “özel yaşam” kavramının İHAM tarafından oldukça geniş yorumlandığı ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınıldığı vurgulanmıştır. Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken tanınmasının ve bu unsurların güvence altına alınmasının son derece önemli olduğu, bu çerçevede birçok uluslararası insan hakları belgesinde “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi” kavramına yer verildiği ancak Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret etmediği açıklanmıştır¹³².

Bu noktada AYM, ileride daha ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere, Sözleşme’de açıkça yer almasa dahi İHAM’ın İHAS yorumunun dikkate alınması gerekliliğini kabul ederek, İHAM’ın içtihatlarında “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi” kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığını değerlendirmiştir. Böylece İHAM’ın özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği¹³³ ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkarın bu hakkın kapsamına dâhil edilmesi gerektiği yönündeki görüşünü dikkate almıştır. AYM tarafından İHAM’a göre, dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkının da, ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde kabul edildiği vurgulanmıştır¹³⁴.

Dergisi, C. 9, S. 115-116 (Mart-Nisan 2014); Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, Demokratik Anayasa, (haz.) Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, İstanbul, 2012, s. 300 vd.

¹³² AYM, Sevim Akat Eşki, B. No. 2013/2187 T. 19.12.2013, §26-27; Gülsüm Genç, B. No. 2013/4439 T. 6.3.2014, §20-21; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No. 2014/5836 T. 16.4.2015, §25-26. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

¹³³ Türkiye öğretisinde ve yargı kararlarında özel yaşama saygı hakkının geniş şekilde tanımlanmasına rağmen, bu geniş yorumun uygulamaya yansımadağına, kavramın daha çok mahremiyet hakkı özelinde ele alındığına dair eleştirimiz için bkz. Bölüm 1.3.1.3 ve Bölüm 3.2.

¹³⁴ AYM, Sevim Akat Eşki, B. No. 2013/2187 T. 19.12.2013, §28 ; Gülsüm Genç, B. No. 2013/4439 T. 6.3.2014, §22; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No. 2014/5836 T. 16.4.2015, §27 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

Kararlarda da değinildiği üzere, İHAS m. 8 özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, İHAS m. 14 cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. İHAM'ın, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular İHAS m. 8'de yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, İHAS'ın özel hayata saygıyı öngören m.8 düzenlemesi ile bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan m. 14 düzenlemesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır¹³⁵.

Tüm bu açıklamalarına rağmen bu bireysel başvurular sonucunda alınan AYM kararlarında, Anayasa m. 17'de korunan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının isabetli bir şekilde ihlali yönünde karar oluşturulurken, İHAM kararlarından farklı olarak ayrımcılık yasağı yönünden de bir ihlali kararına varılmamıştır.

Nihayet, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, İHAM ve AYM kararlarını dikkate alarak, isabetli bir gerekçelendirmeye 30.09.2015 tarihli kararında¹³⁶, İHAM'ın konu hakkında cinsiyete dayalı farklı muamelelere ilişkin kararlarına da atıf yaparak ve AYM'nin yukarıda alıntıladığımız açıklamalarını da aynen alıntılararak önemli bir karara hükmetmiştir. Nihayet Yargıtay, kadının evlilik birliği içinde sadece doğumla kazandığı soyismini kullanmasının İHAS m. 8'deki özel hayatın korunması ve Anayasa m. 17'deki herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında ele alınması gereken bir temel hak olduğunu ve aksi bir durumun ayrımcılık yasağını düzenleyen İHAS m.14'e aykırılık teşkil edeceğini vurgulamış ve kadının yalnızca ilk soyadını kullanabilmesi lehinde karar oluşturmuştur.

Yine de 2023 yılına kadar, bu ihtilaflara neden olan TMK. m. 187 yürürlükte kalmaya devam etmiş, bu uygulamada sorunların devamına neden olmuş, kadınların

¹³⁵ İHAM, Ünal Tekeli/Türkiye, B. No. 29865/96, T. 16.11.2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No. 7971/07, T. 28.5.2013, §68, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-67481> ; İHAM, Tuncer Güneş/Türkiye, B. No. 26268/08, T. 3.10.2013, §20, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-126133> ; İHAM, Tanbay Tüten/Türkiye, B. No. 38249/09, T. 10.12.2013, §28, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-138892>. (Son erişim: 20.11.2023)

¹³⁶ Yarg. HGK, E. 2014/889 K. 2015/2011 T. 30.09.2015. (LegalBank: Son erişim: 20.11.2023).

yalnızca doğumla kazandıkları soyadlarını evlilik birliği içinde de kullanmalarının önündeki engeller kaldırılmamıştır. Ancak 2022 yılında İstanbul 8. Aile Mahkemesi'nin itiraz yolu ile AYM'ye yapmış olduğu başvuru sonucunda TMK m. 187'nin iptali tekrar konu olabilmektedir.

AYM bu kararında İHAM'ın kararlarına, AYM'nin bireysel başvurular sonucunda aldıkları kararlara ve YHGK'nın ilgili kararına da atıfta bulunarak, geç de olsa isabetli bir gerekçe ile¹³⁷ TMK m. 187'nin iptali yönünde karar olmuştur¹³⁸. Kararın ilgi çekici yanı, bu zamana kadar Türkiye yargısının, ihlali yalnızca kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesini güvence altına alan Anayasa m. 17 dayanağından farklı bir dayanakla oluşturulmasıdır. Bahsettiğimiz üzere, İHAM konu hakkında Sözleşmenin özel hayata saygıyı düzenleyen m. 8 ile bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan m. 14'e aykırılık üzerinden karar oluşturmaktadır ve Türkiye'deki yargı kararları İHAM kararlarına yapılan atıflara rağmen bu zamana kadar yalnızca İHAM'ın özel hayat kapsamında ele aldığı manevi varlığının korunması ve geliştirilmesinin ihlaline dayanmaktadır. 2023 tarihli kararda ise, Anayasa m. 17'deki manevi varlığının korunması ve geliştirilmesinden, Anayasa'nın m. 20 f.1'deki herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, gerekçe de kullanılmıştır.

Nitekim kararda, Anayasa m. 20/f. 1'de herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtildiği vurgulanmıştır. Kararda; vazgeçilmez, devredilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan isim hakkının bireyin yaşamıyla özdeşleşen bir nitelik taşıdığı ve kişiliğinin ayrılmaz bir

¹³⁷ AYM, E. 2022/155 K. 2023/38, T. 22.2.2023, §44, §46-47 (Lexpera, Son Erişim: 20.11.2023)

“Nüfus kayıtlarındaki karışıklığın önlenmesi ve soy bağının sağlıklı bir şekilde tespit edilmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Bununla birlikte bireylerin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarının bulunması ve nüfus hizmetlerinin bilişim teknolojilerinden faydalanılmak suretiyle sunulduğu gözetildiğinde söz konusu kamu yararının sağlanmasının yegâne yolunun kadının evlendikten sonra kendi soyadını ancak eşinin soyadının önünde kullanması olduğu söylenemez. Bu nedenle nüfus kayıtlarının düzeninin sağlanması amacının kuralla öngörülen farklı muamelenin makul nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Kaldı ki ortak soyadının aile bağlarını korumanın zorunlu unsuru olduğunun, bu manada eşlerin ortak soyadı taşınamaları hâlinde aile bağlarının hiçbir şekilde korunamayacağının söylenmesi de zordur.

Buna göre aile bağlarının korunup güçlendirilmesi amacının da kuralla öngörülen farklı muamelenin makul nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra ancak eşinin soyadının önünde kullanabileceğinin öngörülmesinin başka bir nedeni ise tespit edilememiştir.”

¹³⁸ İlgili kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından dokuz ay sonra, 28.01.2024 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

parçası olarak, bireyin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olduğu, böylece kişinin özel hayatının bir unsuru olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre; cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim ve soyadı hakkı da Anayasa m. 20 kapsamındadır. Mahkeme, İHAM tarafından da isim ve soyadı hakkının İHAS'ta da tanınan özel hayatın korunması hakkının çerçevesinde korunduğunu vurgulayarak, kişiliğin bir parçası olan soyadını taşımanın yalnızca bir yükümlülük olmadığını, aynı zamanda Anayasa m. 20 kapsamında bir hak niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹³⁹.

İHAM kararları açısından Anayasa m. 17'deki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Anayasa m. 20'deki özel hayatın korunması hakkının İHAS m. 8'de düzenlenen özel hayata saygı hakkı çerçevesinde ele alındığına şüphe yoktur, medeni hukuk açısansa her iki düzenlemenin kişilik hakkındaki değerlerin farklı görünüşleri olduğu söylenebilecektir. Yine de AYM'nin, istikrarlı bir şekilde Anayasa m. 17'ye dayanırken, bu kararında neden Anayasa m.20'yi temel almayı tercih ettiği açıklanmamıştır¹⁴⁰.

Kararı asıl farklı kılan ise, bu zamana kadar sadece Anayasa m. 17 ihlali veren ve ayrımcılığı düzenleyen Anayasa m. 10 yönünden bir karar verme gereği duymayan yüksek mahkeme tarafından¹⁴¹, bu sefer de yalnızca Anayasa m. 10 yönünden ihlal kararı vererek TMK m. 187'nin iptaline karar verilmiş olmasıdır. AYM kararında, ilgili kural Anayasa m.10'a aykırı bulunarak iptal edildiğinden, kuralın ayrıca Anayasa m. 2., m. 17., m. 20., m. 90. ve m. 153 yönünden incelenmediğini belirtmiştir.

Bu farklı dayanaklar ve tartışmalar, daha önce de bahsettiğimiz gibi kişilik hakkı kavramındaki değerlerin birbiri içine giren, kesişen, sınırları muğlak olan değerler olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Bir ihlalin, kişilik hakkı

¹³⁹ AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, T. 22.02.2023, §30-31. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

¹⁴⁰ “Manevi bütünlük her en kadar özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı çerçevesinde korunuyor ve her iki hüküm de bu noktada kesişiyor olsa da kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı esasen 17. Maddede güvence altına alınmıştır.” açıklaması ile Anayasa m. 20'dense, m. 17'nin tercih edilmesinin isabetli olduğu görüş için bkz. Dilara Yüzer Eltimur, **AİHS Kapsamında Özel Hayatın Ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 498.

¹⁴¹ İhlal kararını isabetli bulmakla bilmekte, İHAM kararlarına paralel olarak, Anayasa m.17'nin yanı sıra, m. 10 üzerinden de ihlal kararı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yüzer Eltimur, s. 498-499.

kapsamına giren birden çok değere saldırı olarak kabul edilebileceği, aynı ihlalde farklı hükümler uygulanmasının söz konusu olabildiği açıkça görülmektedir. Sonuç olarak medeni hukuk açısından kişilik hakkının tüm değerleriyle birlikte bir bütün olarak ele alındığı, kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin adlandırma ve sınıflandırma çabalarının hukuki açıdan bir fark oluşturmadığı unutulmamalıdır. Kararların ortaya koyduğu, konumuz açısından daha önemli husus ise, kişilik hakkı kavramının ne denli geniş yorumlanabildiği ve bu geniş yorumu ile temel haklar ile ne denli güçlü bir ilişki içinde olabileceğidir. Kanaatimizce, bu kararların bizlere gösterdiği, kişilik hakkı kavramının temel hakların özel hukuktaki bir yansıması, bir elçisi olarak görev yapabildiğidir ancak çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız üzere özel hukuk yargıçları kişilik hakkı kavramının bu görevini yerine getirmesinde çekinik davranmaktadır.

1.3.2.2. Kişisel Verilerin Kullanılması ile İlgili Emsal Kararlar

Hukukumuzda 07.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nu (KVKK) kapsamındaki ihlaller, idari bir kurum olan Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun görev kapsamına girmektedir de, yukarıda da bahsettiğimiz üzere¹⁴² “kişisel verilerin korunması”, çalışmamızda ele alınan kişilik hakkı kapsamındaki özel hayata saygının da bir gereğidir. Teknolojik imkanların gelişmesiyle, kişisel verilerin depolanması ve aktarılması kolay ve yaygın bir uygulama olduğundan idari bir kurum tarafından ayrıca korunmasına lüzum görüldüyse de, kişilerin her türlü kişisel verisinin hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın kullanılması veya saklanması şüphesiz ki kişilik hakkı ihlali olarak ele alınmalıdır.

Konuya ilişkin ayrıntılı bir karar taraması yapıldığında, Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun kararları karşımıza çıkmakta, “kişisel veri” kavramının kullanılarak açılan hukuk davalarına aynı yoğunlukta rastlanmamaktadır. Ancak hukuk davalarında “kişisel veri” kavramının çok sık karşımıza çıkmaması, bu kavramın kişilik hakkı çerçevesinde TMK m. 24 uyarınca korunmadığı anlamına gelmez. KVKK’da bu konunun özellikle düzenlenmiş olması da, genel hüküm niteliğindeki TMK m. 25’teki kişilik hakkının ihlalden doğan koruyucu davalar ve tazminat davaları olarak andığımız davaların açılmasına engel değildir. Örneğin,

¹⁴² Bkz. Bölüm 1.3.1.3.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından, KVKK m. 18 uyarınca belli bir miktar para verilmesi yönündeki yaptırım bir idari para cezası niteliğindedir ve kişisel verisi kullanılarak maddi veya manevi zarara uğramış bir kişinin zararının karşılanması yönünde KVKK özel bir düzenleme içermemektedir. KVKK m. 11/1/ğ kişinin uğradığı zararın giderilmesini talep hakkı vermişse de, KVKK m. 14/3 düzenlemesinde “Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.” demek suretiyle TMK ve TBK’deki kişilik hakkını koruyan hükümlere atıf yapılmaktadır¹⁴³.

Teknolojik gelişmelerle artan ihlaller ve konu hakkındaki tartışmalar sayesinde kişisel verilerin ihlali hakkındaki hassasiyetin artacağını söylemek mümkündür. Yanı sıra konu hakkındaki farkındalığın KVKK’daki düzenlemeler sayesinde de artacağı ve böylece kişisel verilere dair TMK’deki kişiliğin korunması hükümlerine daha sık başvurulacağı düşünülmektedir¹⁴⁴. Bu açıdan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, KVKK yürürlüğe girmeden önce açılmış bir dava sonucunda verdiği kararın emsal olarak çalışmamızda bulunması yerinde olacaktır.

Davaya konu somut olayda davacı ile davalı şirket arasında bir abonelik sözleşmesi olduğu ve davacının davalı şirkete herhangi bir borcu bulunmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf yoktur. Ancak davalı şirket borçlu olan abonelerin icra yolu ile takibi edilebilmesi için kimlik bilgilerini avukatı ile paylaşırken, borçlu olmayan davacının da kimlik bilgileri de davalının avukatına verilmiş ve böylece davacıya ait gizli nüfus bilgileri hiç ilgisi bulunmayan bir icra dosyasında, -soyadı aynı olan bir borçlu ile karıştırılması sonucunda yanlışlıkla kullanıldığını söyleyen-davalı avukatı tarafından kullanılmıştır.

Yargıtay Hukuk Dairesi kararında¹⁴⁵, yerel mahkemenin davacının tazminat istemini tümünden reddeden direnme kararını yerinde görmeyerek, şirketin, borçlu olmayan davacının kimlik bilgilerini rızası dışında davalı şirketin avukatı ile paylaşması, avukatın da icra dosyasında kullanmasında her ikisinin de kusuru olduğu sonucuna varılması gerektiğini vurgulamıştır. Nitekim, somut olayda davacının, gizli nüfus bilgilerinin rızası dışında bir icra takip dosyasında kullanılmasından dolayı bir

¹⁴³ Damla Gürpınar, “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı (2017), s. 689.

¹⁴⁴ Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 388.

¹⁴⁵ Yarg. 4. HD, E. 2013/11865 K. 2013/14563 T. 19.9.2013 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

borç ve icra tehdidi altında olabileceği endişesi içine girdiği, kariyeri gereği bu endişenin kendisine fazlası ile rahatsızlık verdiği ve iç huzurunun kaçmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemeye göre, davalıların birlikte kusurları ile davacıya ait nüfus bilgilerinin onun rızası dışında icra takip dosyasında kullanılması, davacının kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilmelidir. Böylece uygun tutarda bir tazminat ödetilmesi gerekirken istemin tümünden yerel mahkeme tarafından reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Hukuk Genel Kurulu ise kararında, Yargıtay'ın kararını haklı bularak, davalı şirketin ve avukatının, gerçek borçlusu olan dava dışı abonesi hakkında icra takibi yaparken, davacıya ait nüfus bilgilerini yasal olmayacak bir biçimde kullanarak davacının adresine ödeme emri çıkartılmasını sağlamakla, davacının kişilik hakkına zarar verdiğini şu gerekçeyle kabul etmiştir:

“(...)4721 sayılı TMK’nın 24. maddesinde; hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı karşısında, saldırılan kimseye hukuki koruma sağlanacağı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu;

(...) Hukuk Genel Kurulu’nun 09.04.1982 gün ve E:1981/4-56, K:1982/348 sayılı kararında da belirtildiği üzere, kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa’dan alan; yani Anayasa’nın teminatı altında bulunan mutlak bir haktır.

(...) Zira, davacı abonman sözleşmesine uyulacağı yönünde kendisinde uyarılan güvene (koruma yükümüne) aykırı olacak şekilde meydana gelen davranış sonucu manevi zarara uğramıştır. Bu şekilde hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız eylem unsurlarının bir arada gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, ilgili ihtilaf, henüz KVKK yürürlüğe girmeden yaşanan bir olaydan kaynaklandıysa da, Yargıtay gizli nüfus bilgilerinin rıza dışı kullanımının TMK hükümleri uyarınca kişilik hakkı ihlali olduğu ve tazminat ödenmesi gerektiği

kararına varmıştır. KVKK kapsamında açıkça kişisel veri olan gizli nüfus bilgilerinin, KVKK olmaksızın da hukuk davaları aracılığı ile korunduğu görülmektedir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 2023 tarihli güncel bir kararında¹⁴⁶ ise, bir ceza davası dosyasında Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesinde ve eklerinde; şüpheli, şikâyetçi veya tanık sıfatı bulunmayan ve iddianamede yazılı suçların kanıtlanması ile ilgili delil değeri bulunmayan davacının isminin kişisel verilerinin iddianame ve eklerinde yer almasının kişilik hakkına saldırı oluşturduğuna ve manevi tazminata hükmetmiştir¹⁴⁷. Kararda davacının iddianame ve eklerinde yer aldığı bilgilerine dair “kişisel veri” kavramını açıkça kullanmayı tercih eden Hukuk Genel Kurulu, davacının hangi bilgilerinin iddianamede yer aldığını ve dolayısıyla hangi bilgilerin kişisel veri olarak ele alındığı üzerinde durmamıştır:

“Davacının kişisel verileri, yüklenen suçu oluşturan olaylarla ve mevcut delillerle ilişkilendirilmediği gibi yüklenen suçu oluşturan olay ve olgular ile suçun delilleriyle ilgisi bulunmadığından davacının kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilmiştir.”

Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında ise¹⁴⁸, kişisel veri kavramına dair ayrıntılı açıklamalarda bulunarak, somut olayda da kişisel veri olarak değerlendirdiği bilgileri ayrıca belirtme ihtiyacı duymuş, basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı çatışmasında hangi gerekçe ile kişilik hakkının ihlaline karar verdiğini güçlü bir şekilde gerekçelendirmiştir:

“(…) haber içeriğinde davacı ...’in rızası dışında yer verilen doğum yeri, doğum tarihi ve baba ismi, vatandaşlık durumu ve dini inancı kişisel veri niteliğindedir.

¹⁴⁶ Yarg. HGK, E. 2023/127 K. 2023/332 T. 12.4.2023 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁴⁷ Yarg. HGK’nin 2023 tarihli bu kararında, davacının iddianame ve eklerinde yer alan kişisel verilerinin kullanılmasının gerekliliğinin açıklanamaması ihlal kararına gerekçe olmuştur: “Öte yandan, davacının isminin geçtiği yazılı, basılı veya dijital belgelerin davada yargılanan sanıklarla veya suçla CMK’nın 170. maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtildiği üzere hiçbir ilişki ve bağlantı kurulmadığı da açıktır. Davacı hakkındaki kişisel verilere hangi gerekçeyle yer verildiği, suçun kanıtlanmasına nasıl bir katkı sağladığı, üçüncü kişilerin kişisel verilerinin kullanılmasındaki zorunluluk iddianame kapsamından anlaşılamamaktadır. Bu itibarla davacının isminin iddianame ve eklerinde yer almasını hukuka uygun görebilecek veya delilleri takdir yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek bir husus da bulunmamaktadır.”

¹⁴⁸ Yarg. HGK, E. 2017/1340 K. 2018/1622 T. 6.11.2018 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Google Kararı"nda açıkladığı gibi ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklinde, üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre gazete haberinde kişisel veriler açık bir şekilde yer almamalıdır.

Bu durumda dava konusu haberin yukarıda vurgulanan AİHM içtihatları karşısında basın özgürlüğü kapsamında kalmadığı, davacı ...'in kişisel verilerine rızası dışında yer verilerek davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği, davacının kişilik haklarına saldırı niteliğı taşıdığı kabul edilmelidir.

(...) O hâlde, davacı ...'in kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak habere konu edildiğini, dini inancının birden çok kez vurgulandığını, haberin basın özgürlüğü sınırları içinde kalmadığını, özel hayatı ile din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini, davacı ... yönünden manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğini kabul eden direnme kararı yerindedir."

Görüldüğü üzere kararda, kişinin dini inancının da kişinin kişisel verileri kapsamında değerlendirildiğı davacının konuyla alakalı olmayan dini inancının ön plana çıkarılarak paylaşılmasının bir kişilik hakkı ihlali olduğı görülmektedir. Günümüzün değışen koşullarında kişisel veriler kapsamında artan sayıda emsal karara rastlayacağımız şüphesizken, konumuz özelinde bu kararın önemi kişilik hakkının basın özgürlüğü veya ifade özgürlüğü ile çatışması halinde İHAM kararlarının adil dengenin bulunması yönündeki ölçütlerinin dikkate alınması gerektiğini göstermesidir. Temel hakların etkisi olmaksızın da kişilik hakkı kavramına giren değerler, bu değerlerle başka değerlerin çatışmasındaki denge her halükârda özel hukuk yargıcı tarafından değerlendirilmeye muhtaçtır ve kanaatimizce bu değerlendirilmelerinde İHAM kararlarındaki ölçütlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Son olarak Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2017 tarihli bir kararının¹⁴⁹ kişisel verilere dair dikkate değer olduğı kanaatindeyiz. Somut olayda, davalı, davacıya ait

¹⁴⁹ Yarg. 4. HD., E. 2016/2970 K. 2017/8273 T. 13.12.2017 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

"e-devlet" şifresini alarak müşterek kızları ile birlikte davacının kişisel verilerine bilgisi dışında ulaşmıştır. Davalı bu eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve yargılaması sırasında fiilini ikrar etmiştir. Yerel mahkemece, davalının, davacının kişisel verilerine hukuka aykırı olarak ulaştığı kabul edilmişse de, bu eylemle davacının manevi açıdan uğradığı zararın ispatlanamadığı ve TBK m. 58'deki şartların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay ise, dikkate değer bir karar alarak, ilk derece mahkemesinin manevi zararın ispatlanamamış olması hususundaki değerlendirmesini göz ardı ederek, davacının rızası dışında kişisel verilerine erişilmesinin başlı başına manevi zarar oluşturduğuna hükmetmiştir:

“Davalı, ceza yargılaması sırasında davacıya ait "e-devlet" şifresini aldığını ve kızları ile birlikte davacının kişisel verilerine eriştiklerini beyan etmiştir. Bu husus mahkemece de kabul edildiğine göre davacının manevi zararı oluşmuştur. Davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.”

Bu karar ışığında, kişilik hakkı kapsamına giren bazı değerlere saldırı halinde, derin bir elem ve üzüntü duyulduğunun ispatına gerek olmaksızın, yalnızca önemli bir değer ihlal edilmiş olmasının manevi zararı doğurduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bu karar, örneğin bir kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi hakkına ve çalışma özgürlüğüne aykırılık teşkil edecek şekilde çalışmasının engellenmesi veya bir kişinin kişilik değerleri kapsamında cinsel yönelimi, ırkı vb. değerleri nedeniyle ayrımcılığa uğraması da benzer şekilde ayrıca derin bir elem ve üzüntünün ispatına gerek olmaksızın kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir.

1.3.2.3. Nişanın Bozulması ile İlgili Emsal Kararlar

Nişanın bozulması başlığımız, emsal kararlar başlığında ele aldığımız diğer başlıklardan bir açıdan farklılık arz etmektedir. Nitekim diğer başlıkların seçilmesinin amacı kişilik hakkı kavramının geniş kapsamı ile ne denli farklı şekilde

karşımıza çıkabildiğini ortaya koyarak kişilik hakkı kavramının anlaşılmasını sağlamakken, bu başlıkta nişanın bozulması halinde kişilik hakkı ihlaline dair kanun koyucu tarafından özel bir düzenleme getirilmesinin anlamı değerlendirilmek istenmiştir. Bu durum kanaatimizce, özel hukuk düzenlemelerinin devlet politikalarından ari olmadığını açıkça göstermektedir. Çalışmamızın ikinci başlığında daha ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere, temel hakların özel hukuka doğrudan etkisinden imtina edenlerin gerekçelerinden birisi de özel kişiler arasındaki ilişkilerin özerkliğinin, özel hukukun bağımsızlığının korunmasıdır¹⁵⁰. Ancak bu örneğin de ortaya koyacağı üzere, kişilik hakkı kapsamında korunması gerektiği düşünülen değerlerin, hatta nişanın bozulması hali gibi özel olarak düzenlenmeye değer görülen durumların politik bir tercihin sonucu olduğunun, tüm hukuk düzeni gibi özel hukukunun da sanılanın aksine politik bir niteliği olduğunun, böylece zaten politik bir niteliği havi özel hukukun temel haklardan etkilenmemesi gerektiğine dair çekincenin anlamsız olduğunun kabulü gerekecektir.

Nişanın bozulmasına dair TMK m. 121 düzenlemesi, “*Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.*” şeklinde olup görüldüğü üzere, nişanın bozulmasında tazminat istemi için kişilik hakkının saldırıya uğramasını aramaktadır¹⁵¹. Örneğin, kanun koyucunun kişilik hakkına dair diğer özel hükümlerle düzenlenen ölüm veya bedensel zarar halinde ayrıca kişilik hakkına saldırı aranmıyor olmasının nedeni şüphesiz ki bu düzenlemelerle haksız olarak maruz kalınan bedensel zararın tek başına zaten bir kişilik hakkı ihlali olarak tanınmasıdır. Diğer yandan ilgili düzenlemede nişanın kusur ile bozulmasının başlı başına bir kişilik hakkı ihlali olmadığı, isabetli bir şekilde kabul edilmiş olduğundan, madde hükmünde ayrıca kişilik hakkına saldırı aranmıştır¹⁵².

Hukukumuzda kişilik hakkına saldırılan bir kişi, bu saldırıyı ve kusuru ispat etmesi ile zaten manevî tazminata hak kazabilecekken, nişanın bozulması halinde ayrıca bunun düzenlenmesinin hukuk tekniği açısından gerekliliği tartışmalıdır. Nitekim nişanı bozarken, ayrıca karşı tarafın itibarını zedeleyecek bir davranışta

¹⁵⁰ Bkz. Bölüm 2.1.1.1.1.

¹⁵¹ TMK m. 121 düzenlemesi uyarınca manevî tazminat talebinin koşullarının ayrıntılı açıklaması için bkz. Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.40 vd.

¹⁵² Kişilik hakkına bir saldırı olmadığı süre nişanın bozulması nedeniyle manevî tazminata hükmedilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. Erdem/Makaracı Başak, s.41.

bulunulmaması halinde bu madde hükmüne dayanılmayacağı, bulunması halinde de genel hüküm niteliğindeki TBK m. 58'in uygulanabileceği görülmektedir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁵³ da bu hususta, öncelikle nişanın bozulmasının, taraflarda değişik şiddet ve ölçülerde üzüntü yaratmasının ve menfaatine zarar vermesinin doğal olduğunu vurgulayarak, doğal olan bu üzüntü ve menfaat ihlalinin manevi tazminata esas alınamayacağını belirtmiştir. Nitekim yasa kişilik hakkının saldırıya uğramasını aramaktadır. Davaya konu somut olayda Yargıtay, tarafların kısa bir süre nişanlı kaldığını, davacının daha önce de nişanlanıp ayrıldığını ve bir ay sonra davalı ile nişanlandığını, tarafların bulunduğu köyde nişanın bozulmasının yeniden nasip çıkmasını etkilemediğini değerlendirerek, nişanın bozulmasının doğal bir üzüntü ve menfaat ihlali dışında bir sonucu olmaması nedeniyle kişilik hakkına ihlali olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de bir kararında¹⁵⁴, “*nişanın bozulması nedeniyle manevi tazminat isteyebilmek için terk edilen nişanlının şeref ve namus duygularının yaralanmış olması veya çevreye karşı küçük düşmüş olması gerektiğini*” belirtmiştir. Nitekim Yargıtay’a göre, böyle bir durumda sadece bu doğal üzüntünün duyulması manevi tazminatı gerektirmeyeceğinden, yerel mahkemece salt üzüntü nedeniyle manevi tazminata karar verilmesi hatalıdır. Yargıtay’ın gerekçesinde belirttiği gibi, nişanın bozulması nedeniyle salt üzüntü yeterli değilken ve ayrıca kişilik hakkı değerlerinden olan şeref ve haysiyetin zedelenmiş olması gerekirken, ama şeref ve haysiyetin zedelenmesi nedeniyle de tazminat istemi zaten mümkün iken, nişanın bozulmasına dair düzenlemenin varlığının hukuki bir sebebi olmadığı, konuya ayrıca önem verilmesi nedeniyle böyle bir özel düzenlemeye gerek duyulduğu kanaatimizce açıktır.

Yargıtay 3. H.D.’nin 2008 tarihli bir karar¹⁵⁵ gerekçesi de manevi tazminata hükmedilmesi için yalnızca nişanın kusur ile bozulması değil, bunun yanı sıra yaşanan ve kişilik hakkı değerlerini zedeleyen, kişinin manevi bütünlüğünü bozan ayrıca birçok olayı dikkate aldığını açıkça göstermektedir. Somut olayda, taraflar evlenmek amacıyla nişanlanmış ve bir süre devam eden nişanlılık sürecinde kendi istekleri ile dini nikah yapmış oldukları konusunda bir ihtilaf söz konusu değildir.

¹⁵³ Yarg. HGK, E. 2006/3-533 K. 2006/566 T. 20.9.2006 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁵⁴ Yarg. 3. HD, E. 2004/10859 K. 2004/10509, T. 5.10.2004 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁵⁵ Yarg. 3. HD, E. 2008/10899 K. 2008/16590 T. 13.10.2008 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

Yargıtay’a göre bu durum, davacıda resmi nikahın da gerçekleşeceği hususunda geri dönülmez bir inanç oluşturmuş, bu inanç sonucu yaşadığı beraberlikten hamile kalmıştır. Yargıtay, bu ilişkinin bu boyuta varmasının sadece davacının değil, her iki tarafın isteği ile gerçekleştiğini ancak ilişkinin geldiği noktaya rağmen basit bir tartışma bahane edilerek nişanın davalı tarafından haksız olarak bozulduğunu belirtmiştir. Yargıtay tarafından tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile olayın özelliğine göre uygun bir miktar tazminata hükmedilmesi gerektiğine hükmedilirken, nişanın bozulması sonucunda yaşanan üzüntüden ziyade davalının annesinden kaynaklanan bir tartışmanın büyütülerek hamile bir nişanlının ortada bırakılmış olmasının onun şeref ve namus duygularını yaralayacağını, davacının çevresine karşı küçük düşmüş olacağını, davacının yaşadığı üzüntü nedeniyle bebeğini kaybetmiş olduğunu, tıp fakültesinde okurken sınıfta kalmış olduğunu ve yaşadığı şehri ve okulunu değiştirmek zorunda kalmış olduğunu hesaba katmıştır. Dolayısıyla bu kararda da açıkça görüldüğü üzere sadece nişanın bozulması ve sonucunda yaşanan doğal üzüntü kişilik hakkına saldırı sonucunda manevi tazminata hak kazanılması için yeterli bulunmamaktadır. Nitekim nişanın bozulması değil de üçüncü kişinin başkaca bir eyleminin sonuçları da bu denli şeref ve haysiyetini zedelese, bebeğinin düşmesi ve şehrini veya okulunu terk etmesi sonucunu doğuracak olsa yine kişilik hakkı ihlali gerekçesi ile manevi tazminat isteyebileceği açıktır.

Nişan bozulmasında kişilik hakkına saldırı halinde manevi tazminat istenebileceğine dair düzenleme için mehzaz kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu’na baktığımızda ise, nişanın bozulması sonucunda yalnızca uğranılan maddi zarara ilişkin bir düzenlemenin (İsv. MK m.92) ilgili kanunda yer aldığı görülecektir¹⁵⁶. Almanya hukukunda ise, 1998 yılına kadar §1300 BGB’de nişanın bozulması haline özgü manevi tazminat düzenlemesi yer alırken, 1 Temmuz 1998 tarihi itibarı ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece manevi zararın tazmini ancak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde, §823 BGB ye göre talep

¹⁵⁶ Bu maddedeki 2000 yılındaki değişiklik ve madde hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIV, S. 2 (2016), ss. 757-771, s.760-761.

edilebilecektir¹⁵⁷. Fransa hukukunda ise nişanlılık hukuken düzenlenen bir kavram olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Bu noktada nişanın bozulmasının sonuçları başlığı altında düzenleme altına alınan manevi tazminat hükmünün hukuki bir gereklilik ile değil, devletin aileyi koruyucu politikaları sonucunda konuya ayrıca önem verilmesi nedeniyle kanunumuzda yer aldığını düşünmek gerekir. Bu düzenlemenin çalışmamız açısından önemi, devlet politikalarınca önem verilen, toplumsal huzuru bozan, yaygın şekilde karşımıza çıkan ihtilaflarda hukuki düzenlemelerden yararlanılırken kişilik hakkı kavramının çok elverişli bir kavram olduğunu göstermesidir. Böylece, nişanın bozulması halinde olduğu gibi açık bir düzenleme olmasa dahi, İHAM kararlarını dikkate alması gereken özel hukuk yargıçlarının, özel hukuk ilişkilerinde yaygın şekilde karşımıza çıkan temel hak ihlallerinde kişilik hakkı düzenlemesini daha etkin şekilde kullanabileceği görülmektedir. Nitekim, örneğin, bir kişinin medeni durumu, cinsel yönelimi, cinsel kimliği veya ırkı nedeniyle kiralık ev ararken bile ayrımcılığa uğraması, yine benzer nedenlerle herkese açık olarak gözükken özel hukuk işletmelerine alınmaması ve yahut ailesi tarafından zorla evlendirilmesi, eşi tarafından çalışmasının engellenmesi vb. sayabileceğimiz birçok önemli ihtilafın iki kişi arasında bozulan nişanın kişilik hakkına ve genel olarak toplumsal barışa zarar verdiği kadar zarar verebileceğine şüphe yoktur ve öncelikle yasa koyucu, ancak her halükarda özel hukuk yargıçları bu yaygın görülen olaylarda zarar görenlere karşı İHAM kararları ışığında, kişilik hakkı kavramı sayesinde gerekli korumayı sağlamalıdır.

1.3.2.4. İsim Değişikliği ile ilgili Emsal Kararlar

İsim değişikliğinin, Türkiye'deki derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından kişilik hakkı kapsamında korunmaya değer görülmemesi ancak Anayasa Mahkemesi tarafından -İHAM kararlarına da atıfla- kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi, kişilik hakkı kavramının Türkiye yargısı tarafından nasıl değerlendirildiğinin çerçevesinin çizilmesi için büyük katkı sunacaktır.

¹⁵⁷ Eda Şahin Şengül / Damla Özden Çelt, "Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat", *İnönü Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2 (2021), ss. 520-538, s. 524. .

Anayasa Mahkemesi'nin 2021 tarihli kararına konu olayda¹⁵⁸ başvuru, nüfus kayıtlarındaki cinsiyet bilgisinin erkek olduğunu ancak kendisini trans bir birey olarak tanımladığını, sosyal yaşantısını bu şekilde sürdürdüğünü belirterek isminin bir kadın ismiyle değiştirilmesi yönündeki TMK. m. 27'ye dayanan talebinin birinci ve ikinci derece mahkemeler tarafından reddi üzerine özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Derece mahkemeleri başvuruçunun isim değişikliği talebinin reddi yönünde kararlarını, cinsiyet değişikliğini düzenleyen TMK m. 40'ta öngörülen koşulların gerçekleştirilmemesini, başvuruçunun cinsiyet değişikliği ameliyatı olmamasını, bu sebeple isim değişikliği için TMK. m. 27'de öngörülen haklı bir nedenin bulunmamasını gerekçe olarak göstermişlerdir.

Anayasa Mahkemesi kararındaki konu ile ilgili önemli İHAM kararlarına atıf yapmış¹⁵⁹ ve bu kararların gerekçelerinden ayrıntılı şekilde faydalanmışsa da bu kararlar daha sonra "İHAM kararlarında kişilik hakkı değerleri" başlığında¹⁶⁰ ele alınacağından, bu başlık altında kararlarına dair kapsamlı bir değerlendirmeye yer verilmeyecektir.

Özetle AYM ihlal kararı gerekçesinde, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtmiştir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan isim hakkının da kişinin özel hayatının bir unsuru olduğunun açık olduğunun altını çizmiştir¹⁶¹. Kararda, özel hayata saygı hakkının, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yüklediği pozitif yükümlülüklerin hak ve özgürlüklere ilişkin gerçekleştirme yükümlülüğünü de

¹⁵⁸ AYM B. No. 2019/42944 T. 17.6.2021. Aynı yönde bkz. AYM B. No. 2018/34343 T. 27.1.2021. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁵⁹ İHAM, *Koch/Almanya*, B. No: 497/09, 19.07.2012; *Burghartz/İsviçre*, B. No: 16213/90, 22/02/1994; *Stjerna/Finlandiya*, B. No: 18131/91, 25/11/1994; *Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 30206/04, 02/02/2010; *Güzel Erdagöz/Türkiye*, B. No: 37483/02 T. 21/10/2008; *A.P., Garçon ve Nicot/Fransa*, B. No: 79885/12, 52471/13, 06/04/2017; *S.V./İtalya*, B. No: 55216/08, 11/10/2018. (AYM B. No. 2019/42944 T. 17.6.2021, §20-27) (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁶⁰ Bkz. Bölüm III.

¹⁶¹ AYM B. No. 2019/42944 T. 17.06.2021, § 33. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

içerdiği belirtilmiştir¹⁶². Karar, kişinin isminin korunması ve kamu düzenini bozmadığı müddetçe değiştirilmesine imkân tanınması yönünde devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu; bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar ya da hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda takdir yetkisinin daha dar olup bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığının şart olduğunu ayrıca vurgulanmıştır¹⁶³. Mahkeme’ye göre, isim üzerinde belirli koşullar altında değişiklikler yapılabilmesinin bireylerin özel hayatlarının bir unsuru olan kimliğin belirlenmesi açısından bir gereklilik olduğu hususu göz ardı edilmemelidir¹⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi, 4271 sayılı Kanun’un 27. maddesinde isim değişikliği davası açılabilmesi için haklı nedenlere dayanılması gerektiğinin hüküm altına alındığını ve cinsiyet değişikliği ameliyatı olunmasının bir şart olarak belirlenmediği hususunu belirttikten sonra, bu maddedeki haklı neden kavramının değerlendirilmesinde isabetli olarak Yargıtay’ın 2017 tarihli kararına atıfta bulunmuştur.

Yargıtay’ın 2017 tarihli kararının gerekçesi, ismin değiştirilmesi talebinin kişilik hakkı yönünden nedenli önemli olduğunu ortaya koymaktadır¹⁶⁵:

“... Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusu her davadaki özel koşullara göre mahkemeye belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel ve kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri de göz önünde bulundurularak hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Ad ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir unsurudur. Kişi bununla anılır ve tanınır ve tanımlanır. Ad veya soyadı niteliği gereği onu taşıyan kişi tarafından benimsendiğinde anlam taşır. Adını benimsemeyen kişiliği ile özdeşleşmeyen kimsenin, adını değiştirmek istemesi en doğal hakkıdır. Böyle bir durumda, ad değiştirme istemlerini içeren davalarda

¹⁶² AYM B. No. 2019/42944 T. 17.06.2021, § 35

¹⁶³ AYM B. No. 2019/42944 T. 17.06.2021, § 36-37.

¹⁶⁴ AYM B. No. 2019/42944 T. 17.06.2021, § 39.

¹⁶⁵ Yarg. 8. HD, 2017/6122 E., 2017/14423 K., 02.11.2017 T. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması ve öncelikle dikkate alınması gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü 'haklı sebep' bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hâkimin bu konudaki takdiri ileri sürülen sebebin ve yeni alınmak istenen ad veya soyadının toplum değerlerine ve kanunun buyurucu hükümlerine ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte bulunduğu tespiti gerekir. Yargıtay uygulamalarında, kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı soyadı ile anılmayı ve onu kayden de taşımayı istemesinin haklı sebep teşkil edeceği kabul edilmiştir.”

Yargıtay bu açıklamaları ile, ismiyle anılan, o ismi taşıyan kişinin ismini benimsemesinin, adıyla özdeşleşmesinin manevi bütünlüğü açısından önemini isabetli bir şekilde vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın kararına atıfla, isim değişikliğinin haklı sebebi olarak “*kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı*” adı ile anılmasını yeterli görerek, bu konuda gerekli araştırma yapılmaksızın TMK m. 27’de öngörülmeyen bir şart olarak cinsiyet değişikliğinin gerçekleşmesinin isim değişikliğine engel olarak ele alınmasını hukuka aykırı bulmuştur.

“Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde kişinin varlığının ve kimliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan, özel hayatı, ailesi ve çevresi ile ilişkilerinde önemli bir araç olan ismin değiştirilmesi talebi hakkında konuyu düzenleyen normların bireysel başvuruya konu olayda derece mahkemelerince Anayasa'ya uygun biçimde yorumlanarak uygulanmadığı anlaşılmaktadır.

Neticede isim değişikliği konusunda derece mahkemelerince somut başvuru özelinde değerlendirme yapılmaması ve verilen kararların anayasal güvenceleri gözetilerek ilgili ve yeterli gerekçe içermemesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir¹⁶⁶.”

Karar gerekçesinde açıkça ortaya konulduğu üzere, derece mahkemelerinin önlerine gelen uyuşmazlıkları Anayasa'ya ve AY m.90 uyarınca İHAS'a uygun biçimde yorumlamamasını Anayasa Mahkemesi açıkça devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi olarak ele almaktadır. İHAS hükümlerinin, özel hukuk kişileri arasında da uygulama alanı bulacağını kabul eden İHAM kararları doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında atıf yapılan cinsiyet kimliğine ilişkin kararları üzerinde ayrıca daha sonraki başlıklarda durulacaktır¹⁶⁷.

Bu başlık özelinde, sadece kişinin isminin değil aynı zamanda isim değişikliği isteğinin de özel hayata saygı ve dolayısıyla kişilik hakkı kapsamında koruma altında olduğunu kabul eden Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi, “*ad değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda*” olduğu vurgusuyla, “kişinin kendi kaderini tayin hakkı veya kendini belirleme hakkı”nı da özel hayata saygı hakkı kapsamında dolaylı olarak tanımış olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Nitekim kararda atıf yapıldığı üzere, İHAM kararlarında¹⁶⁸ sıklıkla kullanılan bu kavramlara, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararının ek gerekçesi kaleme alınırken de açıkça yer verilmiş olması dikkate değerdir. Kişilik hakkına dair uyuşmazlıklarda, bu kavramların doğrudan dayanak olarak ele alınacağı kararları da Türkiye yargısının her seviyesinde görmemiz, böylece İHAM kararları ışığında kişinin kendi kaderini tayin hakkı veya kendini belirleme hakkı kavramları aracılığıyla kişilik hakkının koruyuculuğunun farklı emsal kararlarda da karşımıza çıkması gerekmektedir.

1.3.2.5. Haksız Şikâyet veya Haksız İhbar ile ilgili Emsal Kararlar

Türkiye yargısının yerleşik içtihatları ile, kişilik hakkı ihlali kapsamında emsal teşkil eden dava çeşitlerinden biri de haksız şikâyet veya haksız ihbar nedeniyle TMK m. 24'ün uygulama alanı bulmasıdır. Anayasa m. 36 hükmüne göre

¹⁶⁶ AYM B. No. 2019/42944 T. 17.06.2021, §§ 49-51.

¹⁶⁷ Bkz. Bölüm 3.2.3.1.

¹⁶⁸ İHAM, Y.Y./Türkiye, B. No: 14793/08 T. 10.3.2015, §92 ve §102, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-152779>; İHAM Van Kück/Almanya, B. No: 35968/97, 12.9.2003, §69 ve §73, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65699> (Son erişim: 20.11.2023).

herkes, yasal vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve farklı dairelerin uzun yıllara yayılmış şekilde verilmiş birçok kararında¹⁶⁹, Anayasa m. 36'daki düzenleme ışığında ihbar ve şikâyet hakkının kullanılması nedeniyle bir kişinin kişilik hakkı zarara uğrasa bile, hak arama özgürlüğünün üstün bir hak olarak hukuka uygunluk nedeni sayıldığı kabul edilmiştir ve bundan zarar gören kişilerin tazminat hakkının doğmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay haksız şikâyetle ilişkin bir davasında¹⁷⁰, manevi tazminata hükmedilmesi için TMK m. 24 uyarınca kişilik haklarına bir saldırı bulunmasının, kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi eylemi haklı kılan ve manevi tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasının zorunlu olduğunun altını çizmekteyse de, tüm özgürlükler gibi hak arama özgürlüğünün de sınırsız olmadığını elbette kabul etmektedir. Böylece kararlarında hak arama özgürlüğünün kişilik hakkı karşısındaki sınırlarını oluşturmaya çalışması gerekmiştir:

*“Ancak bu özgürlük sınırsız olmayıp, ihbar ve şikâyet hakkının kasten ve zarar verme amacı ile veya keyfi olarak ya da uzak ihtimallere göre, herhangi bir delil ve emare bulunmadan, yeteri kadar araştırma yapılmaksızın kullanılmaması gerekir. Aksi halde hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmış olması nedeniyle hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkacağından manevi tazminata karar verilmesi gerekeceğinden de kuşku duyulmamalıdır.”*¹⁷¹

“Elinde hiçbir delil ve emare olmayan kişinin tahmine dayanarak şikâyetle bulunması aşırı ve özensiz bir davranış olup, hukuken korunması mümkün değildir. Başka bir ifade ile şikâyet hakkının kullanılmasında aşırılığa kaçmadan somut delil ve emarelere

¹⁶⁹ Yarg. HGK, E. 2017/1370 K. 2018/987 T. 25.4.2018; Yarg. HGK., E. 2013/8 K. 2013/1458 T. 9.10.2013 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023); Yarg. 4. HD, E. 2015/7330, K. 2016/8358, T. 27.6.2016; Yarg. 13. HD, E. 2003/15454 K. 2004/5470 T. 19.4.2004, Yarg. 7. HD, E. 2012/7759 K. 2014/4777 T. 27.2.2014 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁷⁰ Yarg. 4. HD, E. 2015/7330 K. 2016/8358 T. 27.6.2016 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁷¹ Yarg. 4. HD, E. 2015/7330 K. 2016/8358 T. 27.6.2016 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

dayanılmalı, tahmin, kuşku ve uzak ihtimallere göre hareket edilmemelidir.”¹⁷²

Bu şekilde haksız şikâyet veya haksız ihbar yoluyla, kişilik hakkına saldırı yoluyla manevi zarara uğranmış olduğu kabul edilerek, manevi tazminata hükmediliyorsa da, kararlarda kişilik hakkı değerlerinden hangisinin zarara uğradığına dair ayrıca bir ayrıntılı değerlendirme yapılmamaktadır. Örneğin, Yargıtay 13. HD. bir kararında¹⁷³, somut olayla doğrudan bir bağlantı kurulmaksızın; kişinin onuru, saygınlığı gibi kişilik hakkını oluşturan değerlere saldırı halinde manevi bir zarar yani kişilik hak ve değerlerinde irade dışında gerçekleşen bir eksilmenin olduğu kabul edilmesi gerektiği vurgulanarak, haksız şikâyetle dair açıklamalara geçilmiştir. Yargıtay 7. HD. de¹⁷⁴, iki tüzel kişi arasında çıkan ihtilafta, davalıya ait basımevi şirketinin kırtasiye çeşitlerini yetkisiz olarak pazarlayıp satışa sunduğu iddiası ile davacı şirketin işyerinde yapılan tespit ve aramanın “davacı tarafın ticari saygınlığını zedeleyecek ve kişilik haklarına saldırı oluşturacak nitelikte bir fiil” olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

YHGK kararlarında ise haksız şikâyet nedeniyle manevi tazminat davalarında,

“Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği” başlığını taşıyan 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25.maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı açıklanmış, BK.nun 49. maddesinde ise saldırının yaptırımı düzenlemiştir.”

¹⁷² Yarg. 13. HD, E. 2003/15454 K. 2004/5470 T. 19.4.2004 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁷³ Yarg. 13. HD, E. 2003/15454 K. 2004/5470 T. 19.4.2004 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁷⁴ Yarg. 7. HD, E. 2012/7759 K. 2014/4777 T. 27.2.2014. (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

şeklindeki açıklamalarla, genel düzenlemelere atıf yapılmakta yetinilmiş ve konunun Anayasa m. 17'deki “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile bağlantılı olduğu işaret edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, ister onur ve saygınlık gibi değerlere doğrudan atıf yapmış olsun ister zaten bu kavramları da kapsayan kişinin manevi varlığını koruma hakkından yararlansın hak arama özgürlüğünün hukuka uygunluk sebebi olmasını aşacak şekilde kullanılmasını kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirmekte ve manevi tazminata hükmetmektedir. Bazen birden çok kez, ısrarlı şekilde şikâyet edilmesi nedeniyle şikâyet hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna varılmakta¹⁷⁵, bazen de şikâyeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların bile olmaması nedeniyle benzer bir sonuca varılmaktadır¹⁷⁶. Böylece hak arama özgürlüğü gibi temel bir hakkın kullanılmasının sınırı dahi kişilik hakkı ihlali olarak karşımıza çıkabilmekte, hak arama özgürlüğünün hukuka uygunluk sebebi olmasını aşacak şekilde kullanılmasının verdiği karşı tarafın manevi bütünlüğe zarar hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülmektedir. Kanaatimizce bu örnek, kullanılan özgürlüklerin benzer şekilde karşı tarafın manevi bütünlüğüne zarar verme boyutuna ulaştığı hallerde kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu değerlendirmelerde de özel hukuk yargıcının ikinci ve üçüncü bölümde değineceğimiz İHAM kararlarını yol gösterici olarak kabul etmesi gerekecektir.

¹⁷⁵ “Davalının, davacıyı adli ve idari yünden değişik zaman dilimlerinde birden fazla kere şikâyet etmesi bu bağlamda şikâyetin sayısı, yöntemi dikkate alındığında şikâyet hakkını anayasal hak olmaktan çıkarıp taciz boyutuna ulaştırmıştır.” Yarg. 4. HD, E. 2015/7330 K. 2016/8358 T. 27.6.2016 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁷⁶ “Şikâyet hakkının kötüye kullanıldığından söz edebilmek için ihbar veya şikâyetin karşı tarafın suçsuzluğunu bilerek zararlandırmak veya küçük düşürmek amacıyla yapılması yahut şikâyet konusu hakkında delil ve emare olmadığı halde şikâyetin yapılmış olması gerekir. Bu nedenle ihbar veya şikâyetin temelini oluşturan maddi olguların ciddi ve inandırıcı kanıtlarla desteklenmesi gereklidir. Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikâyet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir. Şikâyeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği, diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikâyet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir. Aksi halde şikâyetin hak arama özgürlüğü sınırları aşılarak kullanıldığı ve şikâyet edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.” Yarg. HGK, E. 2017/1370 K. 2018/987 T. 25.4.2018; Yarg. HGK, E. 2013/8 K. 2013/1458 T. 9.10.2013 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

1.3.2.6. Unutulma Hakkı ile ilgili Emsal Kararlar

Çalışmamızın konusunu oluşturan kişilik hakkı kavramı, daha önce de bahsettiğimiz gibi, günümüzdeki gelişmelere uygun şekilde geniş yorumlanmaya müsait bir kavram olarak, Türkiye hukukunda da, yeni kavramların kabul edilmesine olanak sağlamaktadır. Unutulma hakkı¹⁷⁷ da bu güncel kavramlardan bir tanesidir ve çalışmanın sorunsalı bakımından ayrı bir başlıkta değerlendirilmeyi hak eder.

İnternette unutulma hakkı, ilk olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") 13 Mayıs 2014 tarihli "Google-İspanya kararı" ile gündeme gelmiştir ve ABAD, bireylerin unutulma hakkını haiz olduğunu açıkça karara bağlayan ilk mahkemedir¹⁷⁸. Türkiye'de ise unutulma hakkının ihlal edildiğine yönelik ilk yüksek mahkeme kararı olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015 tarihli kararı¹⁷⁹ karşımıza çıkmaktadır. İhtilafa konu olayda, davacı cinsel taciz suçundan şikayetçi olduğu ceza davasının sonucunda alınan Yargıtay kararının, davalılara ait *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* adlı altı ciltlik eserde isimlerin rumuzlanmadan açıkça yazılmak suretiyle yayınlanması ve davacının bu durumun kişilik hakkına saldırı oluşturduğu iddiasıyla manevi tazminat talep etmesi söz konusudur.

Her ne kadar davalılar, Yargıtay kararında da isimlerin rumuzlanmadan yayımlandığını, eserin bilimsel nitelikli bir çalışma olduğu dolayısıyla davalıların sorumlu tutulamayacağı savunmasında bulunmuşlarsa da, ilk derece Mahkemesi tarafından özetle, olayların anlatımında açıkça isim belirtmenin kitap içeriğine bir fayda sağlamadığı gibi, davacının isminin geçtiği olayın hassasiyeti ve Türk toplum yapısı da göz önünde tutulduğunda, bu tür bir olayla davacının adının açıkça belirtilmesinin davacının kişilik hakkını zedelediği, çevresine karşı davacıyı zor duruma düşürdüğü gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

¹⁷⁷ Kavramın geçmişi ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri için bkz. Rolf H. Weber, "The Right to be Forgotten More Than a Pandora's Box?", **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)**, C. 2 (2011), ss. 120-130, s. 120-123. <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084/jipitec%202%20-%20a%20-%20weber.pdf>, (Son erişim: 20.11.2023). Benzer şekilde kavramın tarihi gelişimi ve benzer görünüm şekilleri için bkz. Cemile Turgut, **Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 24-52.

¹⁷⁸ Karar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ayşenur Ocak, "Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 9 S. 33, (2018), ss. 507-535 s. 515 vd.; İpek Sağlam, "Unutulma Hakkı," **Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu Cilt 1**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 690-691; Turgut, s. 54-77.

¹⁷⁹ Yarg. HGK, E. 2014/56 K. 2015/1679 T. 17.6.2015. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

Yargıtay 4. HD. kararında¹⁸⁰, bilim özgürlüğünü ve kapsamını açıkladığı kararında, bilim insanının bilimsel metotlarını kullanarak araştırma yapma hakkına ve bu araştırmanın sonuçlarını yayma hakkına sahip olması gerektiği ve bu konularda dış bir engelle karşılaşmaması gerektiği gerekçesi ile, kamuya açık hale gelen Yargıtay kararının bilimsel çalışma ürünü olan kitapta olduğu gibi yer almasından dolayı yukarıda anlatılan ilkeler gereği davalıların sorumlu tutulamayacağını, çatışan yararlar dengesinin davacı aleyhine bozulmadığına hükmetmiş ve ilk derece Mahkemesi kararının bozulması yönünde karar oluşturmuştur.

Direnme kararı ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen dosyada, Mahkeme, öncelikle özel ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı İHAS m. 8, Bilim ve sanat hürriyeti başlıklı AY m. 27 ve özel hayatın gizliliği başlıklı AY. m. 20 düzenlemeleri ile kişilik hakkına saldırıyı düzenleyen TMK m. 24 düzenlemesini alıntılıyarak sorunun çerçevesini bu maddeler ekseninde oluşturmuş ve ilk derece Mahkemesinin veya Yargıtay'ın hiç değinmediği “unutulma hakkı”nın sorunun temelinde olduğunu belirterek, unutulma hakkının sonucu olarak da, kişisel verilerin ve kişilik hakkının korunması ile bilim ve sanat hürriyetinin birbiri karşısında sınırlarının belirlenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.

Unutulma hakkının tanınmasının, kişisel verilerin korunmasının ve İHAS m. 8 kapsamında özel yaşama saygı hakkı altında korunan “mahremiyet hakkı”nın korunmasının bir gerekliliği olduğunu vurgulayan YHGK kararı¹⁸¹, Türkiye hukukunda unutulma hakkına kişilik hakkı kapsamında gereken değeri vermekle ve unutulma hakkına dair yaptığı isabetli açıklamalarla önemli bir karar olarak kayda geçecektir:

“Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi

¹⁸⁰ Yarg. 4. HD, E. 2011/7193 K. 2012/16450 T. 8.11.2012 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁸¹ Yarg. HGK, E. 2014/4-56 K. 2015/1679 T. 17.6.2015 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır.”

şeklindeki açıklamaların devamında, bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesinin sadece bireyin yararına olmadığı aynı zamanda bunun toplumun kalitesini, gelişmişlik seviyesini yükseltici bir etkisi olduğunu da vurgulayarak bu hakka ayrıca bir önem ithaf etmiştir.

Her ne kadar kararda, unutulma hakkı öncelikle *“üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.”* şeklinde tanımlamışsa da, kararın devamında *“bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.”* demek suretiyle hakkın geniş yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur¹⁸².

Sonuç olarak Kurul tarafından:

“Davacı, geçmişte yaşadığı kötü bir olayın toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Unutulma hakkı ile geçmişindeki yaşanan talihsiz bir olayın unutularak geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğer bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma olanağı istemektedir. Kaldı ki, davacı da yargılama sırasında verdiği dilekçelerinde bu istem üzerinde ısrarla durmuştur. Davacı unutulma hakkı ile özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini,

¹⁸² “İnternet, niteliği gereği basılı eserlere nazaran çok daha geniş bir kitleye hitap ettiğinden özel hayata saygı hakkına müdahale ihtimalinin daha yüksek olduğu, bu yüzden farklı düzenlemelere tâbi tutulması gerektiği” gerekçesiyle HGK’nın unutulma hakkını basılı eserler için de uygulayarak bu ayrımı anlamsızlaştırdığı yönünde eleştiri için bkz. Ocak, s. 518. Unutulma hakkının dijital olmayan ortamlarda tamamen reddini savunmak doğru olmadığı, ancak değerlendirme yapılırken internet ortamının yarattığı etkilerin çok daha büyük olduğunun dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Özge Yenice Ceylan, “Unutulma Hakkının Basın Özgürlüğü Karşısındaki Konumu”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3 S. 2 (2021), ss.1-14, s. 7.

aradan geçen süre nedeniyle toplum hafızasından silinmesini istemektedir.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde; 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde unutulma hakkının bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Google Kararı"nda açıkladığı gibi ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklinde, üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre bilimsel esere alınan kararda kişisel veriler açık bir şekilde yer almamalıdır."

gerekçeleri ile unutulma hakkının ihlal edildiği yönünde bir karar verilmekle Türkiye hukukunda kişilik hakkı kapsamında unutulma hakkının ele alınması ile verilen ilk ihlal kararına imza atılmıştır.

Kararda unutulma hakkının isabetli olmayan bir şekilde kullanıldığı; nitekim hukuka uygunluk nedeni olmaksızın, kişinin isminin açık bir şekilde bir eserde kullanılmasının üzerinden zaman geçmese bile kişilik değerlerine müdahale teşkil edeceği; nitekim temel sorunun yaşanan olayın üzerinden geçen zaman ile güncelliğini yitirmiş olmasının değil kişiye ait mahrem bir bilginin paylaşılması olduğu, cinsel taciz mağduru bir kişinin bilimsel bir eserde açıkça isminin geçmesinde üstün kamu yararı olup olmaması tartışmasının kararın eski veya yeni olmasından bağımsız olduğu gerekçesiyle karar öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁸³. Gerçekten de, ilgili Yargıtay kararının çok yeni alınan, henüz güncelliğini koruyan bir karar olması halinde unutulma hakkının bir unsurunu teşkil eden "zaman" unsuru¹⁸⁴ söz konusu olmayacak ama hukuka uygunluk sebebi olmaksızın bir kişisel verinin kullanılması ve dolayısıyla özel hayatın ihlali nedeniyle yine de manevi tazminata hükmedilmesi gerekecektir.

YHGK kurulunun unutulma hakkının ihlali yönünde aldığı kararın hemen ardından, Anayasa Mahkemesi tarafından da unutulma hakkının tanınmış olması,

¹⁸³ Turgut, s. 84 vd.

¹⁸⁴ Weber, s. 120-123; Turgut, s. 242 vd.

kişilik hakkının ihlali çerçevesinde hukukumuzda bu kavramla ileride sıkça karşılaşacağımızın göstergesidir.

AYM kararına¹⁸⁵ konu olayda, başvuru bir gazetenin internet arşivinde yer alan haberin içeriğinin yayından kaldırılması talebinde bulunduysa da, bu talebinin karşılık bulmaması nedeniyle AYM, kişisel verilerin korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasındaki dengenin kurulması yönünde bir değerlendirmeye, unutulma hakkının ihlal edildiği yönünde görüş oluşturmuştur.

Bu kararda da, unutulma hakkının yanı sıra, kişilik hakkı kapsamına giren birçok kavramın AYM tarafından kullanıldığı görülmektedir. Nitekim, Mahkeme, İHAM kararlarına da atıfta bulunarak, AY.m. 17’de düzenlenen bireyin “manevi varlığı”nın bir parçası olan kişinin “şeref ve itibarı”na devletin keyfi müdahaleden kaçınmasının negatif yükümlülüğünün yanı sıra, devletin üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek ve bireyin “maddi ve manevi varlığına etkin bir saygının” sağlanması yönünde kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde bir pozitif yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Yine AY m. 20’de düzenleme alanı bulan “özel hayata saygı hakkı” kapsamında, herkesin “kişisel veri”lerinin korunmasını isteme hakkı olduğunu, bu hakkın sadece kişisel verilerin işlenmesi sırasında değil bu veriler işlendikten sonra da düzeltilmesini veya silinmesini talep etme hakkını içerdiğini ortaya koymuştur. Unutulma hakkını da Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olsa da tüm bu kişilik hakkı kapsamına giren haklar çerçevesinde ele alınarak tanınması gereken bir hak olduğunu ortaya koymuştur¹⁸⁶.

¹⁸⁵ AYM, N.B.B. kararı, B. No. 2013/5653, T. 03.03.2016 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁸⁶ “Unutulma hakkı Anayasamızda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa’nın ‘Devletin temel amaç ve ödevleri’ başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek “yeni bir sayfa açma” olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkân tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa’da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa’nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, İnternet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır.” AYM, N.B.B. kararı, B. No. 2013/5653, T. 03.03.2016, §47. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

Sonuç olarak AYM, başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haberin yaklaşık on dört yıl önceki bir olaya ilişkin olduğu, böylelikle güncelliğini yitirdiği, haberin içeriği açısından uyuşturucu kullanımı ile ilgili bir haberin tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla internet ortamında kolaylıkla ulaşılabilirliğinin sağlanmasının zorunlu olduğu da söylenemeyeceği, bu bağlamda kamu yararı bakımından siyasi veya medyatik bir kişiliğe sahip olmayan başvurucu hakkında internet ortamında yayınlanan haberlerin kolaylıkla ulaşılabilirliğinin başvurusunun itibarını zedelediği gerekçeleriyle yapılan haberlerin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine, erişiminin engellenmesine yönelik talebin reddedilmesiyle ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğunun söylenemeyeceğine ve internet ortamının sağladığı kolaylıklar gözetildiğinde başvurusunun şeref ve itibarının korunması için anılan habere erişimin engellenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Hem YHGK hem de AYM tarafından verilen unutulma hakkının ihlali yönündeki kararların ardından, günümüz teknolojilerinin gelişmesi kişilik hakkı kavramının bir uzantısı olarak unutulma hakkına dair gerek ilk derece mahkemelerinde gerekse Yargıtay içtihatlarında¹⁸⁷ daha birçok kararın karşımıza çıkacağını söylemek mümkündür¹⁸⁸.

Unutulma hakkı özelinde anlatılanlar ışığında, yeni teknolojik gelişmeler ve temel haklara verilen önemin artması sonucunda korunması gereken menfaatlerin korunması için kişilik hakkı kavramının elverişli bir kavram olduğu görülmektedir. Böylece kişilik hakkı kavramının günümüz gelişmeleri doğrultusunda unutulma hakkı gibi birçok yeni kavramın ve hakkın kaynağı olmaya devam edeceğini söylemek mümkündür. Unutulma hakkına ilişkin kararlarında Yargıtay ve AYM

¹⁸⁷ Örneğin bkz. Yarg. 4 HD, E. 2016/10881 K. 2018/7271 T. 22.11.2018. (LegalBank, Son erişim: 20.11.2023): “Davacının 1966 yılında işlediği iddia edilen bir suçun uzun yıllar sonra, davacının adına saklanan sanat eserlerinin üniversiteye bağışlanması haber yapılırken takdir edilecek bir faaliyetini gölgeleyecek şekilde ve unutulma hakkını ortadan kaldıracak biçimde gündeme getirilmesi ve haber yapılması davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. Şu durumda, yayın hukuka aykırı olduğundan davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmelidir. Kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.”

¹⁸⁸ 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile de “unutulma hakkı” kavramı kullanılsa da açıkça unutulma hakkına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun, “Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile ilgili olarak” 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481>); ayrıca bkz. unutulma hakkına dair kitapçığı: <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/11b6fd99-d42a-45b1-a009-21f2d36ded21.pdf> (Son erişim: 20.11.2023).

tarafından isabetli bir şekilde İHAS'ın ve İHAM kararlarının dikkate alınması gibi, özel hukuktaki ihtilaflarında İHAM kararlarının kişilik hakkı ilişkin birçok farklı ihlal kararına emsal teşkil etmesi gerekmektedir.

1.3.2.7. Çevrenin Kirletilmesi ile İlgili Emsal Kararlar

Çevre kirliliği denilince sadece elle tutulan, gözle görülen bir kirliliğin söz konusu olamayacağı açıktır. Değişen dünyanın gereğine uygun olarak, Türkiye hukukunda da çevre kirliliği; su kirliliği, hava kirliliği, toprak kirliliği, elektromanyetik kirliliği kapsarken, gürültü, koku, sarsıntı, zararlı madde emisyonu gibi ekolojik dengeyi bozan¹⁸⁹ her türlü olumsuz etkiyi de içine almaktadır¹⁹⁰.

Çevre kirliliği ile ilgili olarak özel düzenleme niteliğindeki Çevre Kanunu ve bu konun ile öngörülen yaptırımlar elbette çalışmamızın alanını aşmaktadır. Ancak Çevre Kanunu m. 28 f. 1 “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.” şeklindeki düzenlemenin peşi sıra, m. 28 f. 2’de kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun saklı olduğu açıkça belirtilmiştir¹⁹¹.

Böylece çevre kirliliği nedeniyle kişilik hakkı ihlali söz konusu olduğunda TMK m. 25 uyarınca talep edilebilecek maddi ve manevi tazminat talebi, Çevre Kanunu m. 28. f.2 uyarınca, Çevre Kanunu m. 28 f.1’ de öngörülen sorumluluk ile

¹⁸⁹ “Ekolojik dengenin bozulması” kavramına dair bkz. Başak Başoğlu, **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2016, s. 18.

¹⁹⁰ Nitekim 2872 sayılı Çevre Kanunu m. 2., 2006 yılındaki değişiklikle çevre kirliliğini “çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi” şeklinde tanımlamaktadır. Çevre kirliliği kavramının kapsamına dair bkz. Başoğlu, ss. 17-22. Çevre Kanunu değişikliklerinden öncesinde çevre kirliliği kavramı için bkz. Haluk Tandoğan, “2872 sayılı Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 47, S. 45-46 (1986), ss. 31-56, s. 42-43 ve s. 49; Lale Sirmen, “Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, S. 1, (Şubat 1990), s. 26.

¹⁹¹ “Kirletenin Çevre Kanunu md. 3 (f)’e dayanan sorumluluğunun şartlarının başka sebep sorumluluklarının aynı zamanda aynı zarar verici kirletme olayında gerçekleşmesi mümkün olabilir. Bu takdirde kirletenin sorumluluğunun özel sorumluluk olarak diğerlerini bertaraf mı edeceği (münhasırlık ilkesi, *principe d’exclusivite*) yoksa diğer sorumluluklarla yarışacağı mı (yarışma — tehlik ilkesi— , *principe de concours*) sorunu ortaya çıkar. Sorumlulukların yarışması ilkesi kabul edilirse, zarar gören işine gelen sorumluluğu seçebilir ve ona dayanarak tazminat aldığı takdirde diğer sorumluluklardan doğan tazminat hakları sukut eder. Hangi ilkenin uygulanacağı sorununun çözümünü Çevre Kanunu md. 28 f. II’de bulmak mümkündür; bu hükme göre, «kirletenin, meydana gelen zarardan ötürü genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu saklıdır». Böylece kanun koyucunun sorumlulukların yarışması ilkesinden hareket ettiği anlaşılmaktadır.” Tandoğan, s. 51.

tam yarışma halinde olduğundan çevre kirliliği nedeniyle zarar gören TMK m. 25'e veya TBK m. 49 vd. hükümlere dayanarak da tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁹². Çevre kirliliği nedeniyle bedensel zarar ve ölüm söz konusu olduğunda ise, Çevre Kanununda bu hususta özel bir hüküm olmadığı için, bu zararların tazmini TBK m. 53.-55. düzenlemeleri uyarınca olacaktır¹⁹³.

Nitekim Yargıtay'ın da, Çevre Kanunu kapsamında ele alınabilecek ihtilaflarda genel hükümlere göre karar verdiği uyuşmazlıklar söz konusudur. Bu ihtilaflar arasında, hesaplanabilir bir maddi zarar olduğunda ihlali kabul edip maddi tazminata hükmedilen kararlardan ziyade¹⁹⁴, çevre kirliliği nedeniyle manevi bütünlüğün zarar görebileceğinin kabul edildiği kararlar çalışmamızda emsal karar olarak ele almak açısından daha ilgi çekici olacaktır.

Yargıtay'ın davacıların konutuna/iş yerlerine yakın yerlerde kurulan baz istasyonlarına dair verdiği kararlarda¹⁹⁵, birbiri ile neredeyse aynı gerekçelerle baz istasyonlarının davacının kişilik hakkını ihlal ettiği -her ne kadar açıkça kişilik hakkı kavramı kullanılmamışsa da- kabul edilmiştir¹⁹⁶. İlgili dosyalarda, davacıların iddiası; konuta/iş yerine yakın yerde bulunan, davalılar tarafından kurulan GSM baz istasyonunun, çevre ve insan sağlığı açısından tehlike yarattığıdır. Davalılar ise,

¹⁹² Tandoğan, s. 47. "Çevre kirlenmesi yüzünden adam ölmesi veya beden tamlığının ihlali hallerinde BK. md. 47, Çevre Kanunu md. 3 (f) ile birlikte uygulanarak manevî zararın tazmini istenebilir. Buna karşılık, kirlenmenin verdiği manevî sıkıntılar dolayısıyla BK. md. 49'a dayanan manevî tazminat taleplerinin kabulünde çekingen davranılması Yargıtay'ın benzer konulardaki uygulamasına uygun düşer.". TMK m. 25'de öngörülen vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan talepler ile Çevre Kanunu m. 28. ile yarışma hâlinde olmadığı, bu talebin yığılmalı olarak ileri sürülebileceğine dair bkz. Başoğlu s. 322.

¹⁹³ Çevre kirlenmesinin kişilerin sağlığına veya ölümüne neden olması halinde Çevre Kanun m. 28 gereğince tazminin mümkün olduğu ancak bu durumda Çevre Kanunu bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm haline dair özel bir düzenleme içermediği için, TBK m. 53-55'in uygulanacağı yönünde bkz. Başoğlu, s. 235.

¹⁹⁴ Örneğin Yarg. 4. HD, E. 14350 T. 25.12.1981 kararında, eski MK. m. 661 (Komşuluk hakkını düzenleyen TMK m. 737) doğrultusunda bir çimento fabrikasından çıkan toz ve gazlar nedeniyle komşularının rahatsızlığını engelleyecek hiçbir önlemi gerçekleştirmemiş olmasının bir haksız fiil teşkil ettiğine karar vermiştir. Böylece kararda; toz ve gazların insan, hayvan ve bitkilerin hayatını tehdit etmesi, çocuklarda çeşitli göğüs hastalıklarına yol açması, yeşil alanları kurutması, fabrika yakınlarındaki Devlet Hastanesine zarar vermesi nedeniyle, uzman bilirkişiler kurulunca yerine getirilmesi önerilen önlemlerin alınmasının parasal yönünün neden ibaret bulunduğu kesin olarak saptanması ve bu önlemlerin davalı tarafından yerine getirilmesi, davalının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde ise aynı önlemlerin bizzat davacı tarafından alınmasına ve karşılığı paranın davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine hükmedilmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.

¹⁹⁵ Yarg. 4. HD, E. 2010/4719 K. 2010/7549 T. 22.06.2010 (Lexpera, Son erişim, 20.11.2023); Yarg. 4. HD, E. 2007/1801 K. 2007/15148 T. 29.11.2007 (Lexpera, Son erişim, 20.11.2023); Yarg. 4. HD, E. 2004/2954 K. 2004/10516 T. 27.09.2004, 4. HD (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023); Yarg. 4. HD, E. 2003/16434 K. 2004/971 T. 29.01.2004 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

¹⁹⁶ Benzer görüşte bkz. Başoğlu, s. 235.

iddiaların kanıtlanmasını, istasyonların yönetmelik kurallarına uygun biçimde kurulup işletildiğini, iddia edilen zararların gerçekleşmediğini, geniş bir halk kitlesine kamu hizmeti sunulduğunu ileri sürerek savunmada bulunmuşlardır.

Yargıtay kararlarında¹⁹⁷,

“(...) kullanılan istasyonun konumu itibariyle, uzun sürede kişi ve çevre sağlığına zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu belirlemeler itibariyle dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacının meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı hatta son zamanlarda ülke genelinde beliren ve medyada zaman zaman yer alan olumsuz vakaların da bölgede yaşayan insanların yaşamını psikolojik olarak olumsuz biçimde etkilediği, tedirginlik ve ümitsizliğe sevk ettiği açık olup, davacının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”

şeklindeki açıklamalarda belirtilen davacıların olumsuz olarak etkilenen psikolojileri ile yaşadıkları tedirginlik ve üzüntü açıkça ruhsal/manevi bütünlüğün ihlali sonucunda oluşan zararı ve kişilik hakkının ihlalini işaret etmektedir.

Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararında ise¹⁹⁸, gürültü kirliliği nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken açıkça, *“davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için kişilik haklarına zarar verildiği”* zikredilmiştir.

¹⁹⁷ Yarg. 4. HD, E. 2007/1801 K. 2007/15148 T. 29.11.2007; Yarg. 4. HD, E. 2007/10836 K. 2008/6193 T. 5.5.2008; Yarg. 4. HD, 2009/2739 K. 2009/4631 T. 30.3.2009. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

¹⁹⁸ Yarg. 4. HD, E. 2002/13785 K. 2003/7489 T. 10.6.2003 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

Yargıtay bu kararında, bir kimsenin her üzüntü duyduğu olay ve olgu karşısında manevi tazminat isteme hakkı doğmayacağını ve bunun için, kişilik değerlerinin saldırıya uğramış olması gerektiğini vurguladıktan sonra, yaşanan gürültü kirliliğinin kişilik hakkı ihlali boyutunda olup olmadığını değerlendirmiştir. Somut olayda, davalı yaz sezonu boyunca gürültü kontrol yönetmeliğinde ön görülen sınırların üzerinde ses çıkarmış, davacıların binasında ve içindeki eşyalarda hissedilen ölçüde sarsıntılar yaratacak şekilde iş makineleri ile çalışmalar yapmıştır. Yargıtay, taraflara ait binaların İstanbul Boğazı kenarında olduğunu ve böyle bir yerin sessizliği ve sakinliği nedeniyle tercih edildiğini belirtmiştir. Yine inşaat çalışmalarının çok uzun sürmesi Yargıtay tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay’a göre, böyle bir durumda davacıların oturdukları evdeki huzur ve sükunun bozulduğunun, sinir sistemindeki dengelerinin sarsıldığının ve bunun sonucu olarak da kişilik değerleri içinde yer alan ruh bütünlükleri de bozulmuş olacağı için kişilik haklarına zarar verildiğinin kabulü gerekmektedir.

Yargıtay’ın çevre kirliliği başlığı altında ele alınan gürültü kirliliğinin belli bir yoğunluğa ulaşması halinde, gürültüye maruz kalanların huzur ve sükununun bozulması, sinir sistemlerindeki dengenin sarsılması, ruh bütünlüklerinin bozulması nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiği sonucuna varması çalışmamız açısından önemlidir. Nitekim, çevre kirliliği nedeniyle uğranılan zararların ölçülmesi, somut olarak hesaplanması her zaman çok kolay olmamaktadır. Ancak Yargıtay’ın anılan kararları, kolayca hesaplanabilir bir fiziksel zararın olmaması halinde dahi çevre kirliliği nedeniyle kişilik hakkının ihlalden doğan davaların açılabilmesi yönünde öncü emsaller olarak karşımıza çıkmaktadır. İHAM’ın da çevre kirliliğini özel hayata saygı kapsamında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına müdahale olarak ele aldığı kararlar da ayrıca Türkiye’deki özel hukuk yargıcına emsal teşkil edecektir¹⁹⁹.

1.3.2.8. Tatilden Beklenen Faydanın Elde Edilememesi ile İlgili Emsal Kararlar

Tatilden beklenen faydanın elde edilememesi veya boşa geçen tatil zamanı olarak kavramsallaştırılmış sorunun günümüzde hukukun tartışılan konularından

¹⁹⁹ İHAM’ın konu hakkındaki yaklaşımı için bkz. Bölüm 3.2.1.2.

olmasının sebebi, şüphesiz ki günümüzün artan tempolu ve stresli hayatında, tatil yapabilmek için ayrılan dar zamanların ve maddi kaynakların öneminin artmasıdır²⁰⁰.

Somut bir örnek üzerinden hareket etmek gerekirse, tatil için tercih edilen otelin zemininin kaygan olması nedeniyle düşüp bacağı kırılan bir kişinin, masrafları için maddi tazminat (TBK m. 54) ve bacağının kırılması nedeniyle çektiği acı için de manevi tazminat (TBK m. 56 f.1) talep edebileceğine şüphe yoktur. Ancak böyle bir durumda, sırf tatilin bir kısmının boşa gitmesi, tatil yapacağını düşündüğü dönemden beklediği faydayı elde edememesi nedeniyle de bir tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Yine çocukları otelin kaygan zemininde düşerek beyin travması yaşayan aile, “ağır bedensel zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat” ödenebileceği düzenlemesi (TBK m. 56 f.2) uyarınca bir talepte bulunabilecektir; ancak çocukları hafif zehirlenmiş, dolayısıyla tatilin bir kısmını otel odasında çocuklarıyla ilgilenerken geçirmiş olan aile aynı madde uyarınca tazminat talep edemeyecekse de, sırf tatillerinden bekledikleri faydayı bulamadıkları için bir tazminat talebinde bulunup bulunamayacakları ve tazminat mümkünse bu tazminatın türü tartışmalara konu olmuştur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 2002 tarihli meşhur Leitner kararında²⁰¹, Leitner ailesi bir seyahat acentesi aracılığıyla bir paket tur satın almış, Türkiye’deki bir tatil köyünde geçirecekleri tatilin sekizinci günü on yaşındaki Simone Leither burada yediği yiyecekler sebebiyle zehirlenmiştir. ABAD, 1990 tarihli AB Yönergesi²⁰² m. 5’de tanımlanan zararın, kötü geçen bir tatil sebebiyle oluşan hoşnutsuzluğun manevi bütünlükte meydana getirdiği eksilmeyi de kapsadığı kanaatine vararak, Simone Leitner’in çektiği acıların telafisi için hükmettiği manevi tazminatın yanı sıra, tatilden beklediği faydayı elde edemediğinden dolayı da ayrıca bir tazminat talep edebileceğine karar vermiştir²⁰³.

²⁰⁰ “Tatillerin artık belirli bir sosyo-ekonomik işlevi olması ve bireylerin yaşam kalitesi için önem kazanması nedeniyle, tatillerden tam ve etkin bir şekilde yararlanılması başlı başına korunmayı hak eden bir değer olarak görülmektedir.” Franz Werro, **Responsabilité Civil (Responsabilité)**, Bern, Stampfli Editions, 2017, s. 62. Ayrıca bkz. Feyza Eren Sayın, **Paket Tur Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 260.

²⁰¹ CJUE, aff. C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62000CJ0168>, (Son erişim: 20.11.2023).

²⁰² 13/6/1990 tarihli “Paket, Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara” İlişkin 90/314/AET sayılı AB Konsey Direktifi.

²⁰³ Karara ilişkin daha kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Franz Werro, “Contrat de voyage à forfait et... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l’indemnité due et le contrat?”, **Gauchs Welt:**

Türkiye’de, bu tazminatın dayanağını oluşturan zararın niteliği öğretide uzun yıllar tartışılmıştır²⁰⁴, 2013 tarihinde yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un paket tur sözleşmeleri açısından tüketicinin “boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat” talep edebileceği (TKHK m. 51/VIII) açıkça belirtilmişse de, tazminatın niteliği konusunda tartışmalara nokta koymamıştır²⁰⁵. Çalışmamız özelinde, bu tartışmalara ayrıntısıyla girmekten imtina edilecek, kısaca Yargıtay’ın tutumundan ve kendi görüşümüzden bahsetmekle yetinilecektir.

Bu konuda özel bir düzenleme olmadan önce de, Yargıtay’ın tutumu, böyle bir durumda tazminat talep edileceği ve bu tazminatın kişilik hakkının ihlali nedeniyle bir manevi tazminat olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay TKHK’deki ilgili düzenleme yürürlüğe girmeden önce 2010 yılında verdiği kararında²⁰⁶, paket tur sözleşmesinin eksiksiz ve ayıpsız yerine getirilmemesi nedeniyle²⁰⁷ “*Kişinin onuru, saygınlığı gibi kişilik haklarını oluşturan değerlere saldırı halinde manevi bir zarar yani kişilik hak ve değerlerinde irade dışında gerçekleşen bir eksilmenin oluştuğunun kabulü gerekir.*” açıklamasıyla davacıların yaşadıkları sıkıntı ve stresin kişilik hakkı ihlali olduğu ve manevi tazminata hükmedilmesi yönünde karar oluşturmuştur²⁰⁸.

Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, (ed.) P. Tercier / M. Amstutz / J. Schmid vd., Zurich, Schulthess, 2004, s. 695 vd.

²⁰⁴ Zararın maddi zarar olduğu yönünde bkz. M. Ali Erten, “Serbest Zaman, Tatil veya Seyahat Zevkinden Yoksun Kalma Nedeniyle Zarar Kavramı Üzerinde Bir İnceleme”, **Yargıtay Dergisi**, C. 6 S. 4 (1980), s.531 vd. TKHK düzenlemesinde malvarlığında eksilmeye yol açmayan yeni bir maddi zarar türü kabul edilmiş olduğu ve böylece normatif zarar teorisinin Türkiye’de kabul edilmiş olduğu yönünde bkz. Murat Topuz, “Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKH Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat” (Boşa Harcanan Tatil Zamanı), **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları**, Ankara 2016 s. 298.TKHK düzenlemesinde malvarlığında eksilmeye yol açmayan yeni bir maddi zarar türü kabul edilmiş olduğu ve böylece normatif zarar teorisinin Türkiye’de kabul edilmiş olduğu yönünde bkz. Topuz, “Boşa Harcanan Tatil Zamanı”, s. 298.

²⁰⁵ Bu düzenleme sonrasında, paket turlar açısından zararın türü bir önem taşımayacak, zararın manevi zarar koşullarını da sağlamasına gerek olmaksızın, boşa geçen tatil zamanı için tazminat talep edilebilecektir. bkz. Yeşim M. Atamer, “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri” (Revizyon), **BATİDER**, C. 24, S.1 (2007), s. 98.

²⁰⁶ Yargıtay 13. HD, E. 2010/3213 K. 2010/13240 T. 14.10.2010.

²⁰⁷ Somut olayda, paket tur sözleşmesi ile yurt dışına seyahat eden davacılar, havayollarında saatlerce bekledikten sonra, üç aktarma yapmak suretiyle, bir gün gecikmeli olarak otele varmışlar, dönüş yolculuğunda valizleri kaybolmuş, valizlerinin bulunması için İstanbul’da konaklamak zorunda kalmışlardır.

²⁰⁸ Werro’ya göre, Leitner kararında konu edilen kayıp, malvarlığında bir eksilme olarak değil, maddi olmayan bir yoksunluk olarak anlaşılmakta, tatilden beklenen faydanın elde edilmemesi, boşa giden bir masraf olarak değil, kişini manevi bütünlüğünde bir azalma olarak görülmektedir ve böylece bu durum, klasik anlamda manevi zarardan farklı olarak “küçük çaplı manevi zarar” (petit tort moral) olarak tanımlanabilir. (Werro, **Responsabilité**, s. 63-64 ; Franz Werro, « Le dommage : l’état d’une notion plurielle » (ed.) Franz Werro, Pascal Pichonnaz, **Le dommage dans tous ses états : Sans le dommage corporel ni le tort moral** (Dommage), Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013, s. 17.) Nitekim

Bu tazminatın bir kişilik hakkı ihlalinin doğan manevi tazminat olduğunun kabulü, manevi zarar kavramına genişletici bir yorumla yaklaşımın sonucudur. Manevi zararların tazminini oldukça sınırlı sayıda kabul eden Almanya'dan²⁰⁹ ve yine manevi tazminata hükmedilmesi için ağır bir manevi zarar olması gerektiğini arayan İsviçre'den farklı olarak²¹⁰, gerek kişilik hakkı kavramının gerekse de manevi zarar kavramının Türkiye'de geniş yorumlamaya müsait kavramlar olarak karşımıza çıkması nedeniyle, Yargıtay'ın da benimsediği üzere, benzer olaylarda, özel bir düzenleme olmaksızın da genel hükümlere dayanarak bir tazminat verilmesi önünde bir engel yoktur²¹¹. Benzer yaklaşımla, Türkiye'de yalnızca paket tur sözleşmelerinin

2015 tarihinde paket tur ve ilgili tur hizmetleri hakkında AB Yönergesi yürürlüğe girmiş ve Yönerge'nin başlangıç kısmı par. 34 düzenlemesinde "Tazminat ayrıca, örneğin beklenen seyahat hizmetlerinin sağlanmasına dair önemli sorunlar nedeniyle seyahatten veya tatilden faydalanılamaması nedeniyle, manevi zararı da kapsamalıdır." şeklinde açıkça bu zararın bir manevi zarar olduğu belirtilmiştir. Böylece, AB hukukunda, tatilden beklenen faydanın elde edilememesi nedeniyle tazminat istenebileceği ve bu tazminatın bir manevi tazminat olduğu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. (Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 25 Kasım 2015 tarih ve 2015/2302 (AB) Sayılı 2006/2004 (AT) Sayılı Tüzük ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2011/83/AB Sayılı Yönergesi'nde değişiklik yapan ve 90/314/AET Sayılı Konsey Yönergesi'ni yürürlükten kaldıran Paket Turlara ve Bağlı Seyahat Sözleşmelerine İlişkin Yönergesi.) İsviçre Federal Mahkemesi'nin paket turlar bakımından dahi boşa geçen tatil zamanının tazminine temkinli yaklaştığına dair Sayın, s. 264.

²⁰⁹ Bu konuda bkz. Zafer Zeytin, "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi III – Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXII S.1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2003, s. 1300-1396; Zevkliler, s. 806, 815; Topuz, "Boşa Geçen Tatil Zamanı", s. 297. Boşa geçen tatil zamanı ve benzeri zararların Almanya hukukunda normatif zarar olarak ele alınması eğilimi olduğu, bunun temelinde Almanya'da manevi zararların tazmininin sınırlı olarak kabul edilmesinin bulunduğu, normatif zarar olarak ele alındığında yalnızca çalışan kişilerin bu zarara uğrayabileceği sonucuna varılması düşüncesinden Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin de zaman içinde uzaklaştığı ve çalışmayan kişilerin de boşa geçen tatil zamanları için tazminat talep edebileceğine ve dolayısıyla bu zararın manevi yönü olduğuna karar verdiği yönünde bkz. Sayın, s. 255 ve s. 260 vd. Yine Alman hukukundaki normatif zarar türlerinin, manevi zararın tazminine ilişkin genel bir hüküm bulunması nedeniyle Türkiye hukukunda kabul edilmesine gerek olmadığı, manevi zarar kavramının geniş yorumlanması ile bu sorunun çözülebileceği, TKHK m. 51 VIII c. son'da düzenlenen boşa geçen tatil zamanına ilişkin hükmün de manevi zararın tazmini niteliğinde olduğu yönünde bkz. Zevkliler, s. 816.; Ece Baş Süzel, **Tatil Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 290.

²¹⁰ Bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 392-93; Oğuzman/Öz, C. II, s. 41-43; Eren, Borçlar Hukuku, s. 546; Werro, "Contrat de voyage", s. 700; Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, ss. 168-176. Manevi tazminatın, İsvBK m. 49'da açıkça zararın ağırlığı şartına bağlanmış olması ve TBK m. 58'de açıkça bu şartın aranmamasına rağmen, Türkiye'de gerek öğretide gerekse de bazı mahkeme kararlarında ısrarla zararın ağır olması koşulunun aranmasına dair eleştirileri için bkz. Erdem Büyüksağış, "Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilmemiş Olmasının Hukuki Niteliği – Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, 2004/1, s. 232 vd.

²¹¹ Aynı yönde, M. K. Oğuzman / T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2023, s. 42-43; Zevkliler, s. 819 vd.; Saibe Oktay, **Gezi Sözleşmeleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 182-183; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s. 31; Büyüksağış, s. 232; Baş Süzel, s. 129.

ayıplı ifasından değil, farklı hukuki sebeplere dayanan²¹² tatilden beklenen faydanın elde edilememesi sonucunda tazminata hükmedilmesi mümkün olacaktır²¹³.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 tarihli kararında²¹⁴, davacıların yurt dışı gezileri boyunca giymeyi planladıkları giysi ve kullanmayı planladıkları eşyaların kaybindan aralarında “hava taşıma sözleşmesi” olan davalının sorumlu olduğunu, BK m. 98 (TBK m. 104) uyarınca sözleşmeye aykırı davranışlar nedeniyle de manevi tazminata hükmedilebileceğini, ancak, salt sözleşmeye aykırılığın varlığının manevi tazminat isteminin kabulü için yeterli olmadığını, aykırılığın niteliğinden veya özel hal ve şartlar nedeniyle aynı zamanda davacının kişilik hakkının MK m. 24 (TMK m. 24) anlamında zedelenmesi ve bu nedenle bir yönüyle de BK m. 41 (TBK m. 49) anlamında haksız eylem niteliğini taşıması gerektiğini açıkladıktan sonra,

“(...) Manevi tazminatın unsurları açısından bakıldığında ise, davacıların dinlenme, gezi, kültürel etkinlik amacıyla gidilen yabancı bir ülkede daha ilk günden üzerlerindeki giysilerle kalmalarının onları ne denli moral çöküntüsüne uğratacağında kuşku bulunmamalıdır. Dahası geziden amaçladıkları faaliyetlere bakıldığında opera, bale gibi gösterilen özel kıyafetler gerektirdiği de düşünüldüğünde bu çöküntünün giderek elem ve ızdıraba dönüşmesi hayatın olağan akışına uygundur. Bu bakımdan davacıların zararı mal varlığına ilişkin zarar olmaktan çıkmış, artık kişisel yararların haleldar olması olarak kendisini göstermiştir.

Burada manevi tazminatı gerektiren nokta eşyaların kaybindan doğan üzüntünün ötesinde bu eşyaların kullanılmaması nedeniyle bir

²¹² Werro, ABAD kararı doğrultusunda, paket turlar dışında gerçekleşen standart seyahat sözleşmelerinden (İsvBK m. 97/TBK m. 112 uyarınca) ya da herhangi bir sözleşmeye dayanmayan seyahatlerden (İsvBK m. 41/TBK m. 49 uyarınca) elde edilemeyen fayda nedeniyle de, buna neden olanlardan manevi tazminat istenip istenemeyeceği sorusuna olumlu cevap vermek gerektiği kanaatindedir. Werro'ya göre, bir sürücünün aracına çarpması nedeniyle tatile çıkışı üç gün geciken bir kişinin maruz kaldığı zarar ile, ihmalkâr bir tur satıcısı veya düzenleyicisi yüzünden tatilin tadını çıkarmak yerine üç gün bir hastane odasında yatmak zorunda kalmış paket tur sözleşmesi alacaklarının maruz kaldığı zarar esasen farklı değildir. Bkz. Werro, “Contrat de voyage”, s. 707 ; Werro, “Dommage”, s.18, 26 vd. ; Werro, **Responsabilité**, s. 64.

²¹³ TKHK m. 51 VIII hükmünün, paket tur tanımına girmeyen tatil türlerinde de, sözleşmeye aykırılık neticesinde, kıyasen uygulanmasını ve boşa geçen tatil zamanının diğer sözleşmesel ilişkilerde de tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. Sayın, s. 262.

²¹⁴ Yarg. HGK, E. 2001/11-1161 K. 2001/1152 T. 12.12.2001 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybıdır. Bunun insanın ruh dünyasında yaratacağı sarsıntıdır.

Açıklanan gerekçelerle özel daire bozma ilamına uyulması gerekirken talebin salt eşya kaybindan doğan üzüntüyle sınırlı düşünülmesi ve bunun kişisel yararların haleldar olması kavramına girmediği gerekçesiyle eski kararda direnilmesi doğru görülmemiştir. Karar bu nedenle bozulmalıdır.”

şeklinde açıklamaları ile davalının hava taşıma sözleşmesine aykırı davranışı nedeniyle davacıların kişilik hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmiştir.

Öğretide, manevi tazminata hükmedilebilmesi için zararın ağır olmasının gerekliliği oldukça tartışmalıdır. Türkiye öğretisindeki manevi zararın ağır olması halinde tazminatın mümkün olabileceği yönünde görüşe katılmak mümkün değildir, nitekim Türkiye hukukundaki genel düzenleme açıktır, tatilden beklenen faydanın elde edilememesi veya zararın ayrıca ağır olmasını aramak için bir neden söz konusu değildir²¹⁵. Manevi tazminatın koşulu olarak ağır bir manevi zararın aranması gerektiğine dair cümleler, İsv. BK m.49 düzenlemesinde yer alan “ağırlık” koşuluna bizleri götürmekteyse de, TBK m. 58’de bu koşulun yer almadığı açıktır. Kanaatimizce zararın “belli bir ağırlığa ulaşması gerekliliği” ile asıl işaret edilen sorun, manevi zararın ağır olup olması değil, somut olayda kişilik ihlalinin olup olmadığının tespitidir. Nitekim TBK m. 58 uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi için aranan tek koşul kişilik hakkının ihlalidir, bu ihlalin hafif veya ağır olması sadece manevi tazminatın miktarını etkilemelidir. Ancak şüphesiz ki en ufak bir sıkıntının, üzüntünün kişilik hakkını ihlal ettiğini, manevi bütünlükte bir eksilmeye yol açtığını söylemek mümkün değildir. Kanaatimizce, bu noktada yaşanan üzüntünün, olağan yaşam içinde her gün yaşanabilecek bir üzüntü olmaması, her zaman karşılaşılabilecek bir sıkıntı olmaması kişilik hakkı ihlali için belirleyici olacaktır. Nitekim yukarıda alıntılaradığımız Yargıtay kararlarında da, Yüksek Mahkeme, yaşanan sıkıntıların gündelik, sıradan, sık yaşanan bir sıkıntı boyutunda olmadığına dair açıklamaları ile kişilik hakkı ihlali olduğu yönünde kararlar vermiş, manevi zararın ayrıca ağır olması gerektiğini aramamıştır.

²¹⁵ Büyüksağış, 219; Genç Aridemir, 172 vd.

Serozan'ın, “kabuk değiştirmiş atipik bir manevi zarar²¹⁶” olarak ifade ettiği bu tip manevi zararların kabulü, tam da hukukumuzda manevi tazminatın ve kişilik hakkı kavramının günümüzde yaşanan gelişmelerle geniş yorumlanabilecek şekilde düzenlenmesindeki amacı yerine getirmeye hizmet etmektedir. Nitekim YHGK aynı kararında, bu kavramların geniş yorumlanmasının günümüz koşullarındaki değişikliklerin ve günlük yaşamda değişen önceliklerin bir gereği olduğuna dair isabetli açıklamalarda bulunmuştur:

“Günümüz koşulları kişilik haklarına saldırı ve bu hakların zedelenmesi kavramının çok yönlü düşünülmesi gereğini ortaya koymaktadır. Zira iletişim, ulaşım, teknoloji alanındaki gelişmeler ve günlük yaşamdaki öncelikler kişilik haklarını daha da önemli hale getirmiş, bir bakıma koruma kalkanını da oldukça daraltmıştır. Buna bağlı olarak kişilik haklarının korunması da giderek daha fazla önem kazanmaya başlamıştır. Manevi tazminatın sınırlarının daha genişletilmesi yönündeki hukuksal yaklaşımların da bunun sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir.”

Bu kararların ve tartışmaların konumuz açısından önemi, Yargıtay tarafından da kabul edilen bu tür ihlallerin ve Werro'nun küçük çaplı manevi zarar dedięi²¹⁷, Serozan'ın atipik manevi zarar dediği “küçük çaplı” “atipik” manevi zararların, sadece tatile dair beklentilerin boşa düşmesinde değil, daha birçok alanda da karşımıza çıkabileceğini ortaya koymasıdır. Nitekim YHGK başka bir kararında, nikah töreni öncesi stüdyoda çekilen resimlerin yanmış olmasının davacının kişilik hakkını zedeleyici nitelikte olduğuna, taraflar arasındaki eser sözleşmesine aykırı davranış nedeniyle ilgili günün telafisi mümkün olmayan anlardan olması karşısında kişide yaratacağı üzüntünün hayatın olağan akışına uygun olduğuna, dolayısıyla manevi tazminata hükmedilebileceğine kanaat getirmiştir²¹⁸. Benzer bir olayda, davacının yurt dışında çektiği ve yerine ikamesi mümkün olmayan bir kutu filminin, yüklenici tarafından kaybedilmesi nedeniyle duyulan üzüntünün hayatın olağan

²¹⁶ Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990, s. 72-73.

²¹⁷ Bkz. çalışmamızın 202. ve 214. dipnotundaki açıklamalar.

²¹⁸ Yarg. HGK, E. 2001/15-498 K. 2001/508 T. 13.6.2001 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023)

akışına uygun olduğunu belirterek, maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş oluşturmuştur²¹⁹.

Bu örneklerin, günümüzde yaşanan gelişmeler ve değişen hassasiyetlerle çeşitlenmeye devam edeceğine şüphe yoktur²²⁰, kanaatimizce hukukumuzda genel bir kişilik hakkı kavramının kabul edilmesi tam da bu çeşitlenmeye hizmet etmektedir. Benzer içtihatların gelişiminde ve günümüzde yaşanan gelişmeler ve değişen hassasiyetlerle göre kişilik hakkı kavramının koruyuculuğunun genişlemesinde İHAM kararlarının da yol gösterici olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

1.3.2.9. Çalışma Özgürlüğünü Engellemeye dair Emsal Kararlar

Kişilik hakkı kavramının kapsamında ele alınan değerleri -tahdidi olmayacak şekilde- ortaya koyduğumuz bir üst başlıkta da bahsettiğimiz üzere, bu değerler arasındaki kişiliğin ayrılmaz bir parçası olan özgürlükler, kişilik hakkı kavramının temel haklarla yakın ilişkisini göstermesi nedeniyle konumuz özelinde şüphesiz ki ayrı bir yere sahiptir. Özgürlükler denildiğinde, çok çeşitli emsaller verilebilecek olsa da, çalışmamızda kişilik hakkı kavramının kapsamının anlaşılmasını amaçlayan bu bölümde emsal olarak yalnızca çalışma özgürlüğü üzerinde durulacaktır.

Çalışma özgürlüğüne ilişkin olarak, Yargıtay Hukuk Dairelerinin kararlarına bakıldığında, işveren ile işçi arasındaki iş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağı ve cezai şart düzenlemelerine dair davaların öncelikle karşımıza çıktığı görülmektedir. Nitekim bu sözleşme düzenlemelerinin konulma amacının, taraflardan birisinin çalışma özgürlüğünü sınırlamak olduğunda tereddüt bulunmamaktadır, ancak bu davalarda değerlendirilen bu sınırlamanın hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığıdır²²¹. İlgili davalardaki kısıtlamalar çalışanın konumu, kısıtlanmanın alanı, süresi gibi birçok yönden değerlendirildikten sonra ilgili sözleşme hükmünün çalışma özgürlüğünü ihlal etmesi nedeniyle hükümsüz olması yönündeki kararlar verilirken çalışma özgürlüğünü düzenleyen Anayasa m. 48-49

²¹⁹ Yarg. HGK, E. 2001/15-331 K. 2001/340 T. 11.4.2001 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023)

²²⁰ Talep ettiği işten farklı bir sonuçla karşılaşan yapı sahibinin de, başvurabileceği başka bir yol olmadığı durumda (maliyetli bir yenileme gereğinin veya maddi zararın söz konusu olmaması halinde) "küçük çaplı manevi zarar" kavramına başvurulabileceği; yine uçağı aşırı derecede geciken yolcuya da, ABAD'nın vermiş olduğu karardaki gibi, bir miktar para ödenmesi yoluyla yaşadığı memnuniyetsizliğin giderilmesinin sağlanabileceği yönünde bkz. Werro, "Dommage", s. 19.

²²¹ Yarg. HGK 2012/9-854 E., 2013/292 K., 27/02/2013 T. (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023)

düzenlemelerine “doğrudan” dayanıldığı görülmektedir²²². Bu kararlarda çalışma özgürlüğü ayrıca kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak ele alınmamışsa da çalışma özgürlüğüne aykırı bulunan ilgili sözleşme düzenlemelerinin kişilik hakkına aykırılığı nedeniyle de hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir.

Kişilerin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması, dolayısıyla maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının engellenmesi günümüzde çok farklı şekillerde sıkça karşımıza çıkıyor olsa da, Yargıtay kararları arasında rekabet hukuku kapsamında olmayan bu tür farklı örneklerin istisnaen karşımıza çıkıyor olması şaşırtıcıdır. Örneğin Yargıtay’ın önüne gelen davada, davalının davacıyı kendisi ile aynı hatta yolcu taşımaması için tehdit etmesi neticesinde Yargıtay, çalışma özgürlüğüne yönelen eylemi ile davacının sosyal ve kişilik değerlerinin zarar gördüğünü ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini karara bağlamıştır²²³. Benzer konulu bir davada Yargıtay çalışma özgürlüğü ve kişilik hakkı arasındaki ilişkiyi daha ayrıntılı şekilde ele alarak, kişilerin “*temel haklarından olan çalışma özgürlüğü ve serbestçe iş bulma olanaklarını engelleyen, onların iş dünyasında ciddi ve ağır bir endişe yaratan, sosyal ve ekonomik geleceklerini olumsuz yönde etkileyen böyle bir eylem, aynı zamanda kişilik haklarına da ağır bir zarar vermiş*” olacağını vurgulamıştır²²⁴. Ancak her iki davada da hukuk mahkemelerinin davalıların çalışma özgürlüğünü kısıtlamaya teşebbüs veya çalışma özgürlüğünü kısıtlama suçunu işlemiş olduklarının ceza kararları ile sabit olduğuna dayandıkları görülmektedir. Ceza kararlarının davalının davranışının hukuka aykırılığı yönünden bağlayıcı olduğu tartışmasızsa da, böyle bir ceza kararı olmaksızın da hukuk mahkemelerinin çalışma özgürlüğünün hukuka engellenmesi nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiğine dair karar vermekten imtina etmemesi gerektiği açıktır.

Bu davalarda aslında çalışma özgürlüğünü engelleyici tehdit veya fiziksel şiddet nedeniyle manevi tazminata hükmedildiği düşünülebilecekse de, Yargıtay’ın çalışma özgürlüğünü ihlal sonucunda TBK m. 58 uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi, vücut bütünlüğüne yönelen böyle bir eylemin de ayrıca TBK m. 56 uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmesi, çalışma özgürlüğünün

²²² Örneğin bkz. Yarg. 11. HD., 2015/6360 E., 2016/1066 K., 08.02.2016 T.; Yarg. 11. HD., E. 2015/6360 E., 2016/1066 K., 8.2.2016 T.; Yarg. 11. HD., 2017/3251 E., 2019/805 K., 04.02.2019 T. (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023)

²²³ Yarg. 4.HD., 2006/10084 E., 2007/8592 K., 25.06.2007 T. (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023)

²²⁴ Yarg. 4.HD., 1999/8861 E., 1999/11038 K., 13.12.1999 T. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

engellenmesinin başlı başına bir kişilik hakkı ihlali olarak kabul ettiğini açıkça ortaya koymaktadır²²⁵.

Çalışma özgürlüğünün engellenmesi fiziksel şiddet ile değil de yalnızca psikolojik şiddet aracılığıyla veya bir üçüncü kişi tarafından değil de eş veya aile büyüğü tarafından engellenmiş olmasının kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi açısından bir farkı olmaması gerektiği açıksa da, bu yaygın sorun hakkında verilmiş emsal kararlara pek rastlanmamaktadır²²⁶. Aile içinde çalışma özgürlüğünün engellendiğinin dikkate alındığı bir dava, aslında kocanın açtığı karşı boşanma davasının da kabul edilmesi gerektiğine yönelik bir Yargıtay kararında dolaylı olarak karşımıza çıktığı söylenebilecektir²²⁷. Bu davada kocanın eşine şiddet uyguladığı, güven sarsıcı davranışlarda bulunduğunun yanı sıra iş ve çalışma özgürlüğünü de ihlal etmek şeklindeki kusurları bulunduğu kısaca belirtilmiştir. Ancak Yargıtay önüne, davadaki başka bir ihtilaf nedeniyle gelen dosyada alınan kararda, yerel mahkeme tarafından manevi tazminatın hesaplanmasında evlilik boyunca kadının çalışma özgürlüğünün engellenmesinin kişilik hakkının ihlali olmasının dikkate alınıp alınmadığı anlaşılmamaktadır.

Yaygın şekilde görülen bu kişilik hakkı ihlaline, kadın eşin çalışabilmesi için erkek eşinden izin alması gerektiğini düzenleyen hükmü iptal eden AYM kararının²²⁸ da etkin şekilde hayata geçebilmesi için, hukuk mahkemelerince ayrıca önem verilmesi gerekmektedir ve şüphesiz ki bu yöndeki kararlar hukuk yargıçlarının kişilik hakkı ihlalinin değerlendirirken İHAM kararlarından doğrudan yararlanmaları gerektiğine dair görüşümüzün kabulü ile artacaktır.

Her halükârda çalışma özgürlüğüne dair bu emsaller, özgürlüklerin Yargıtay tarafından da kişilik hakkı kapsamında değerlendirildiğini ortaya koymaktadır. Ancak TMK düzenlemesi uyarınca açıkça özel hukuk kapsamında da korunan kişinin özgürlüklerinin hukuk yargıçı tarafından İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları ışığında daha kapsamlı şekilde ele alındığı emsaller için biraz daha beklemememiz gerektiği görülmektedir.

²²⁵ Yarg. 4.HD., 1999/8861 E., 1999/11038 K., 13.12.1999 T. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023)

²²⁶ Aile içindeki bir bireyin çalışmasına ve gelir sağlamasına engel olunmasının, aile içi şiddet kapsamında değerlendirilebilecek bir ekonomik şiddet olduğu yönünde bkz. Mehmet Erdem, “Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, 2007, ss. 46-77, s.56.

²²⁷ Yarg.2. HD. 2013/3836 E., 2013/16016 K., 10.6.2013 T. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

²²⁸ AYM, 1990/30 E., 1900/31 K, 29/11/1990 T. (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023).

2. TEMEL HAKLARIN ÖZEL HUKUKA ETKİSİ

Kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki geleneksel ikililiğin birçok açıdan geçerliğini yitirdiğini söylemek mümkündür²²⁹. Özellikle, aşağıda daha ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere²³⁰, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin temel hakları yalnızca bireyi kamu yetkililerinin müdahalesine karşı korumak için kullanmaması aynı zamanda bireylerin ve özel kurumların müdahalesine karşı da korumasından beri bu ayrım gerçekliğini yitirmiştir²³¹. Nitekim bizim de katıldığımız görüşe göre, yargı sistemleri temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki etkisini tanımadığında devletler kendilerini gerçek anlamda “egemen” olarak adlandıramayacaktır ve egemen bir devletin, kendi toprak sınırları içinde meydana gelen tüm temel hak ihlallerine fiili veya normatif olarak katılımı gerekmektedir²³².

Özel hukuk ile temel haklar arasındaki etkileşimin, “özel hukukun anayasallaşması” şeklinde kavramlaştırıldığı görülmektedir²³³. Bu kavram ile devlet ve vatandaşlar arasındaki ilişkileri düzenlemek için geliştirilen temel hakların, özel hukuk alanında etkili olması anlatılmaktadır²³⁴. Ancak “özel hukukun anayasallaşması” kavramı kanaatimizce anayasa hukukunu hala kamu hukukunun bir

²²⁹ Franz Werro, “Préface-Vorwort”, **Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonventions**, (ed.) Franz Werro, Schulthess, 2006, s.1.

²³⁰ Bkz. Bölüm 2.2.1.

²³¹ Franz Werro / Irène Schidlin, “La protection de la personnalité et les médias: Une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel”, **Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonventions**, (ed.) Franz Werro, Schulthess, 2006, s. 161-162; Serozan, Hukukta Yöntem, s. 139.

²³² Johan Van Der Walt, **The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty**, De Gruyter, Berlin/Boston, 2014, Preface, IX.

²³³ Olha O. Cherednychenko, “Fundamental Rights and Private Law : A Relationship of Subordination or Complementarity?”, **Utrecht Law Review**, C. 3, S. 2 (2007), ss. 1-25. s. 1, s. 2; Ozan Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, **Erdal Onar Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.I, 2013, s. 437; İsmail Emrah Perdecioğlu, İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 43, 2020, s. 54; Serozan, Hukukta Yöntem, s. 139; Kumm, s. 366

²³⁴ Kavrama dair ayrıntılı açıklamalar için bkz., Jan Smits, “Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View”, **Constitutionalisation of Private Law**, (ed.) Tom Barkhuysen, Siewert Lindenbergh, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 9-12; Dilara Dönmezkuş, Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 30-34.

dalı olarak ele alan bakış açısının²³⁵ ürünüdür. Halbuki anayasaların, örneğin idare hukukunun bir üst normu olduğu gibi medeni hukukun da üstünde bir norm olarak ele alınması gerekliliği nedeniyle temel hakların özel hukuka etkisinin özel hukukun anayasallaşması kavramı ile anılması kanaatimizce yanıltıcı olacaktır.

Temel hakların özel hukuk üzerinde tek taraflı bir etkisi olduğu kanısı da kanaatimizce günümüzde artık gerçeği yansıtmamaktadır. Temel haklar ile özel hukuk arasında karşılıklı bir etkileşim olduğunu, özel hukukun temel haklara uyumlaşmasının yanı sıra bunun tersinin de daha az doğru olmadığını söylemek mümkündür; nitekim özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerin etkisiyle, temel hakların kapsamının daha geniş yorumlanması zorunluluğu doğarken, özel hukuk da özel kişiler arasında insan haklarının ayrıcalıklı bir uygulama alanını sunmaktadır²³⁶. İnsan hakları hukuku terminolojisine başvurulursa; insan haklarının, birey ile devlet arasındaki etkilerinin yanı sıra, bireyler arasında da etkileri olduğu bugün genel olarak ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde kabul görmektedir. Zira insan hakları, bir “rejim” olarak, devlet dışı aktörlere de belirli bir güvence sağlamayı amaç edinir. Özellikle de Avrupa Konseyi insan hakları rejimi, konsey bünyesindeki sözleşmelerin kapsamını birey-birey ilişkilerini de içine alacak şekilde genişletmiş, genişletmeye devam etmektedir²³⁷.

Çalışmamızda yürütülen tartışmalar ve verilen emsaller, temel haklar ile özel hukuk arasında karşılıklı bir etkileşime ışık tutacak olsa da, çalışmamızda konunun özel hukuk ihtilaflarının temel haklar üzerindeki etkisi boyutu değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla bu başlık altında, temel hakların özel hukuka etkisi açısından konu ele alınacak ve öncelikle ilk alt başlıkta bu etkiye dair teorik tartışmalar ortaya konmaya çalışılacaktır (2.1). Ancak ileride ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere, teorik ayrımlar ve farklı kavramsallaştırmalar nasıl olursa olsun sonuçta temel hakların özel hukuk üzerinde her halükarda yoğun bir etkisinin olduğu ve bu etkinin birbirine benzer sonuçlar ortaya çıkardığı, ikinci alt başlıkta öncelikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin tutumu (2.2.1) ve emsal kararları

²³⁵ Klasik anlayışa göre, anayasa yalnızca devlete yöneliktir ve iktidarın kullanılması, iktidarın birey lehine sınırlandırılması ile ilgilenen bir hukuk rejimidir. Dönmezkuş, s. 31. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. Ergül s. 436 vd.

²³⁶ Geneviève Helleringer / Kiteri Garcia, “Quelle influence pour les droit des l’homme et les droits fondamentaux en droit privé français?”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (ed.) **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Springer, 2016, s. 272.

²³⁷ Bkz. Oya Baydar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (ed.) Sibel Inceoglu, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2013, ss. 53-81.

(2.2.2) çerçevesinde ele alınacak, daha sonra da ilk başlıkta tartıştığımız teorik kavramlardan hangisi benimsenirse benimsensin bu etkinin yabancı ülke kararlarındaki etkisinin benzerliği ve çeşitliğini ortaya koymak açısından ilgili çekici bulduğumuz yabancı ülke kararları emsal olarak sunulacaktır (2.2.3).

Dolayısıyla bu başlıkta, esasen, temel hakların özel hukukun tüm alanlarına nasıl ve ne denli etkili olabileceği gösterilmek istenmektedir. Böylece temel hakların özel hukuka genel etkisinin anlaşılmasıyla, ilk başlığımızda ele aldığımız Türkiye’deki kişilik hakkı kavramına İHAM kararlarının etkisini ele aldığımız üçüncü ve son başlığımız daha iyi anlaşılabilir.

2.1. Temel Hakların Özel Hukuka Etkisinin Teorik Alt Yapısı

2.1.1. Yatay Etki Kavramı

Yatay etki kavramı, temel hakların devletle bireyler arasındaki dikey ilişkilerdeki etkisinden farklı olarak, özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerdeki etkisini ortaya koymak için kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁸. Dikey ilişkide, temel haklara sahip olan bireylerle, egemenlik yetkisine sahip olan ancak temel hakları bulunmayan devlet karşı karşıya gelirken; yatay ilişkide ise temel haklar, her ikisi de temel hak ve özgürlüklere sahip olan bireyleri etkileyecektir²³⁹. Günümüzde tartışılan, temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere etkisinin olup olmayacağı değil, bu etkinin nasıl olacağıdır²⁴⁰. Karşılaştırmalı hukukta farklı isimlerle, farklı biçimlerde kavramlaştırılmış bu etkinin kabulünün tarihsel sürecini ve ilgili kavramlar arasındaki farklılıkları derinlemesine incelemek şüphesiz ki çalışmamızın konusunu açacaktır²⁴¹.

Bu başlık altında, bu etkiye dair öğretide ve yargı kararlarında karşımıza çıkan iki temel ayrım üzerinde durulmakla yetinilecek, daha sonra da bu ikili ayrıma karşı çıkan görüş ele alınacaktır.

²³⁸ Yatay etki kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, ss.16-78.

²³⁹ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s.56.

²⁴⁰ Cherednychenko “Relationship”, s. 1.

²⁴¹ Yatay etki kavramına karşılık gelen karşılaştırmalı hukuktaki farklı isimlendirmeler için bkz. Ergül, s. 438. Amerika’daki *state action* öğretisi ve Avrupa’daki yatay etki kavramı ilişkiye dair bkz. Johan Van der Wlat, Preface IX-XXI ve ss. 2-25.

Yatay etki tartışmalarını doğrudan ve dolaylı olarak temelde ikiye ayıran bu ayrımın özünde; temel hakların asıl muhatabının kim olduğu, temel haklara tabi olan öznenin kim olduğu sorusu yer almaktadır. Doğrudan yatay etki kabul edildiğinde, temel haklar devlete olduğu kadar kişilere de ödev ve yükümlülükler getirecek, özel hukuk ilişkilerinde temel hakların ihlal edildiği iddiası özel hukuk alanında ayrıca bir yasal düzenlemeye gerek olmaksızın ileri sürülebilecektir²⁴². Dolaylı yatay etkiyi kabul eden görüşe göre ise, temel haklar devlete yönelik olarak düzenlenmiştir, bu sebeple özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanabilmesi söz konusu değildir. Bu görüşe göre, bireyler özel hukuk ilişkilerinde temel haklara doğrudan dayanamazlar ancak yasalarda düzenlenmiş olan hükümler ve kavramlar aracılığı ile temel hakların korumasından yararlanabilirler²⁴³.

Aşağıda doğrudan ve dolaylı etki kavramları daha ayrıntılı şekilde değerlendirdikten sonra ele alacağımız üçüncü başlığımızda, yatay etki kavramını bu şekilde ikiye ayırmayı yetersiz bulan veya bu ikili ayrımın yalnızca teorik bir tartışma olduğu, sonuca bir etkisi olmadığı için bu ayrıma karşı çıkan görüşlere kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

2.1.1.1. Dolaylı Yatay Etki

2.1.1.1.1. Genel Olarak: Almanya Örneği

Yatay etki kavramına karşılık gelen Almanya öğretisindeki “üçüncü kişilere etki” (Drittwirkung) kavramı²⁴⁴ Almanya’da 1949 yılında Herbert Krüger tarafından tartışmaya açılmış ve özel hukuk yargıcının anayasal ilkeleri de dikkate alması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁵. 1949 Bonn Anayasası ile, Federal Anayasa Mahkemesi’nin anayasaya uygunluk denetimi yapmak üzere kurulması ile, hem kamu hukuku hem özel hukuk açısından anayasa, Alman hukuk sisteminin merkezine oturmuş ve bunun bir sonucu olarak Federal Anayasa Mahkemesi de *Lüth*

²⁴² Dönmezkuş, ss. 35-42.

²⁴³ Dönmezkuş, s. 64-65.

²⁴⁴ *Drittwirkung* kavramı ve hakkındaki önemli teorisyenlerden Nipperday, Dürig, Leisner, Schwabe ve Canaris’in farklı yaklaşımları için bkz. Van der Wlat, ss. 288-324; Ayrıca bkz. Ulrich Preuss, “The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-political Background”, **The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism**, (ed.) A. Sajó and R. Uitz, Elevent International Publishing, 2005, s. 23 vd.

²⁴⁵ Herbert Krüger, “Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung,” **Neue Juristische Wochenschrift** 2, No. 5, 1949, ss. 163-166. (Van der Wlat’dan naklen, s. 203).

kararında özel hukuk yargıcını Medeni Kanunu yorumlarken, “*sübjektif olmayan objektif hukuk*”u dikkate alması yönünde açıkça yetkilendirmiştir²⁴⁶.

İşçilerin toplu örgütlenme hakkını kısıtlayan özel anlaşmaların anayasaya aykırı ve dolayısıyla geçersiz olduğunu düzenleyen Almanya Anayasası²⁴⁷ m. 9’daki düzenleme dışında Almanya Anayasasının anayasal hakları genel olarak bireylere değil, kamu yetkililerine yöneliktir, ancak Lüth davasından bu yana hukuk mahkemelerinin özel hukukun tercümanı olarak anayasal haklara bağlı bir kamu makamı olduğu genel olarak kabul edilmektedir²⁴⁸.

Lüth kararında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi’nin, Nipperdey tarafından önerilen doğrudan etki teorisine yanıt olarak ilk kez Dürig tarafından savunulan ‘üçüncü taraflar üzerindeki dolaylı etki teorisi’ (Lehre der mittelbaren Drittwirkung) olarak bilinen teoriyi benimsemiş olduğu görülmektedir²⁴⁹. Lüth kararına göre, Anayasa hukukundan özel hukuka belli bir entelektüel içerik yayılır ve mevcut özel hukuk kurallarının yorumlanmasını etkiler²⁵⁰. Böylece anayasa ve özel hukuk alanları birbirinden ayrıştırılarak ancak bir uyarılama, yorumlama aracılığı ile anayasanın özel hukuka uygulanması söz konusu olacaktır. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, özel hukuk yargıcından özel hukuk kavramlarının içeriğini “anayasa hukukuna içkin değerlerle” doldurmasını beklemektedir ve bu “anayasaya uygun yorum” yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini kendisi denetlemektedir²⁵¹. Mahkeme kararında, temel haklardan etkilenen kurallardan kaynaklanan özel kişiler arasında haklar ve görevlerle ilgili bir anlaşmazlığın, “esas ve usul bakımından özel hukuka ilişkin bir ihtilaf olmaya devam ettiğini” vurgulamıştır²⁵². Dolayısıyla, özel hukukun yorumunun Anayasa’ya uyması gerekse de, özel kişiler arasındaki ilişkilerde yorumlanan ve uygulanan, yine de özel

²⁴⁶ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 27. Karar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Van der Wlat, ss. 158- 168.

²⁴⁷ Almanya Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz.

<https://www.bpb.de/themen/menschenrechte/grundgesetz/213412/federal-almanya-cumhuriyeti-anayasasi/> (Son erişim: 20.11.2023)

²⁴⁸ Kumm, “Who is afraid of the Total Constitution?”, s. 355.

²⁴⁹ Cherednychenko, “Relationship”, s. 5 ve s. 8.

²⁵⁰ Almanya Anayasa Mahkemesi BVerfG 7, 15.0.1958 (Lüth Kararı), s. 205 (Cherednychenko, “Relationship”, s. 5).

²⁵¹ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 28.

²⁵² BVerfG 7, 15.0.1958, s. 205 (Cherednychenko, “Relationship”, s. 5).

hukuktur²⁵³. Mahkeme tarafından, böyle bir etkinin gerçekleşmesi de, anayasal değerlerin özel hukuk alanına giriş kapısı olarak kabul edilen genel ahlak ile ilgili Almanya Medeni Kanunu m. 826 düzenlenmesine başvurularak sağlanmıştır²⁵⁴.

Nipperdey'in doğrudan yatay etki teorisine karşı dolaylı yatay etkiyi savunan Dürig'in, anayasal hakların özel hukuka doğrudan etkisi fikrini reddetmesine ve dolaylı etki fikriyle ara bir çözümü tercih etmesine yol açan temel kaygısı, özel özerklik ilkesinin ve özel hukukun bağımsızlığının korunmasına ilişkin kaygıdır²⁵⁵. Bu görüşe göre, temel haklar özel ilişkiyi doğrudan ve tamamen etkileyecek olsaydı, bu özel özgürlüğün ciddi bir ihlali sonucunu doğuracaktır. Her ne kadar yargıçlar, özel hukuk davasına karar verirken, bireysel temel hakları korumak zorundaysa da, özel hukuk kişileri temel hakların muhatabı değil sahibidir ve her iki taraf da temel haklara sahip olduğundan, bu etki vatandaşlar ile devlet arasındaki ilişkide olduğundan daha zayıf bir etkiye sahiptir²⁵⁶.

Böylece dolaylı yatay etki teorisine göre, özel hukuk ile temel haklar arasında bir tabiiyet ilişkisi değil, tamamlayıcı bir ilişkisi söz konusu olacak ve bu ilişkide, temel haklar yalnızca özel hukuku etkileyecektir ve burada yer alan değerlerin bu hukuka nasıl uyum sağlayacağını belirleyen de özel hukuk olarak kalacaktır²⁵⁷. Temel haklar ile özel hukuk arasındaki tamamlayıcılık söz konusu olduğunda, her ne kadar temel haklar normlar hiyerarşisinde daha yüksek bir konuma sahip olsa da, bu durum özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk olarak özel hukukun temel haklar tarafından ikame edilmesine yol açmaz; Özel taraflar arasındaki ilişki resmi ve esas itibarıyla özel hukuk normlarına tabidir ve özel taraflar temel haklarla bağlı değildir²⁵⁸.

²⁵³ Cherednychenko, "Relationship", s. 5.

²⁵⁴ Cherednychenko, "Relationship", s. 5.

²⁵⁵ Günter Dürig, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung', (ed.) T. Maunz, **Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen, Verfassung**, 1956, s. 183 vd. (Cherednychenko, "Relationship", s. 5'den naklen). Bu kaygının yersiz olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Kumm, s. 359 vd.

²⁵⁶ Dirk Looschelders / Mark Makowsky, "The Impact of Human Rights and Basic Rights in German Private Law", Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Springer, 2016, s. 301.

²⁵⁷ Özel hukuk ve temel haklar arasındaki ilişkiyi tabiiyet ilişkisi veya tamamlayıcı ilişki olarak ayırmayı tercih eden Cherednychenko'ya göre bu ayırım, temel hakların özel hukuk kapsamındaki özel taraflar arasındaki ilişkileri ne ölçüde etkilediğini göstermek için işlevseldir, ancak tabiiyet ve tamamlayıcılık ilişkisi arasındaki çizgi her zaman net değildir. (Cherednychenko, s. 2.)

²⁵⁸ Cherednychenko, "Relationship", s. 3.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, dolaylı yatay etkiye dair diğer bir önemli olan *Schwangerschaftsabbruch I* (1. Kürtaj kararı)²⁵⁹ kararında *Lüth* kararına atıfla bulunarak, daha sonraki kararlarında da sıklıkla kullanacağı “Anayasal haklar, yalnızca bireyin devlete karşı koruyucu hakları değildir, aynı zamanda hukukun tüm alanlarında geçerli olan ve yasama, idare ve yargı için yönergeler ve itkiler sağlayan nesnel bir değerler düzenini somutlaştırır²⁶⁰.” şeklinde açıklamalarında bulunmuştur. Bu karara, ileride daha ayrıntılı şekilde açıklayacağımız devletin pozitif yükümlülüğü ile dolaylı yatay etki arasındaki ilişkiyi koyması açısından da ayrıca önem atfedilmektedir²⁶¹. Yine Almanya Anayasa Mahkemesi’nin, uzun yıllar boyunca temel hakların özel hukuka etkisini yalnızca *Lüth* davasında benimsenen dolaylı yatay etki kavramı temelinde kabul ettikten sonra, *Handelsvertreter* davasında daha önce yalnızca kamu hukuku bağlamında uyguladığı “anayasal hakları korumaya yönelik devlet görevleri” (*grundrechtliche Schutzpflichten*) kavramını temel hakların özel hukuka etkisi açısından ortaya koyduğu görülmektedir, ancak bu kavramı temel alarak dolaylı yatay etkiyi reddetmemekte, kavramı dolaylı yatay etkiyi tamamlayan bir yerden ele almaktadır²⁶². Almanya Anayasa Mahkemesi’nin böylece, öncelikle Canaris tarafından geliştirilen ve bu teoriyi özel hukukta anayasal hakların etkisi için yeni bir hukuki temel olarak gören ‘anayasal hakları korumaya yönelik devlet görevleri’ teorisini de takip ettiği kabul edilmektedir²⁶³.

Almanya’da doğrudan yatay etkinin karşılık bulmamasının temel dayanağı temel haklar bölümü ile başlayan Almanya Anayasası m.1 f.3’teki “Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar” düzenlemesidir²⁶⁴. Bu düzenlemenin açıkça temel hakların özel kişileri doğrudan doğruya bağlamadığına işaret ettiği; özel hukuk davalarında kişilerin

²⁵⁹ BvertGE 39, 1; 25.02.1975. (1. Kürtaj Kararı) Karara dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 30; Van der Wlat, ss. 191-218; Samantha Besson, “Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : Un essai en dogmatique comparative”, **Revue de droit suisse**, 2003, C. 1, ss. 49-96, s. 62 (“obligations positives”), Robert E. Jonas / John. D. Gorby, “West German Abortion Decision, A Contrast to Roe v. Wade”, **The John Marshall Journal of Practice and Procedure**, C. 9. S. 3, Springer, (1976), ss. 605-684.

²⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (1. Kürtaj Kararı), s. 41. (Kumm, “Who is afraid of the Total Constitution?”, s. 350.)

²⁶¹ Besson, Obligations Positives, s.59.

²⁶² BVerfGE 07.02.1990, BVerfGE 81,242(*Handelsvertreter*). (Cherednychenko, “Relationship”, s. 6)

²⁶³ Claus Wilhelm Canaris, ‘Grundrechte und Privatrecht’, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 184, (1984), s. 201, s. 210 vd. ve 225 vd. (Cherednychenko, “Relationship”, s. 6).

²⁶⁴ Almanya Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz.

<https://www.bpb.de/themen/menschenrechte/grundgesetz/213412/federal-almanya-cumhuriyeti-anayasasi/> (Son erişim: 20.11.2023)

birbirlerine karşı doğrudan temel haklara dayanamayacağı; böylece temel hakların özel hukuk davalarında, ilgili kamu makamlarının ve özellikle hukuk mahkemelerinin, mevzuatın yorumlanmasında temel haklara saygı gösterme görevleri olarak yalnızca dolaylı olarak devreye girebileceği gerekçeleri dolaylı yatay etkinin Almanya hukukunda temelini oluşturmaktadır²⁶⁵. Ancak Almanya’da her ne kadar doğrudan yatay etki benimsenmiyor ve özel hukuktaki hükümlerin yorumlanması yoluyla etki kabul ediliyor olsa da, Almanya’da özel hukuk normlarının, giderek özel taraflar arasındaki anayasal hakları yürürlüğe koymanın basit araçları haline geldiği; özel hukukun temel haklardan etkilenmesinin ötesinde, temel haklar tarafından belirlenmesi eğiliminin söz konusu olduğu da ileri sürülmektedir²⁶⁶.

2.1.1.1.2. İsviçre’nin Tutumu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İHAS, Almanya hukuku ve Türkiye Hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunun da bir parçası olarak görülmektedir ve bu bölümde de anayasal haklara dair yapılan tartışmalar, anayasanın bir parçası olarak görülen İHAS’taki temel hakları da içerecek şekilde yürütülmektedir²⁶⁷.

İsviçre’de de Almanya’da olduğu gibi İsviçre Federal Mahkemesi, temel hakların bireyler arasındaki doğrudan etkisini açıkça tanımamaktadır²⁶⁸. Örneğin Federal Mahkeme basın özgürlüğü ile İsviçre MK m. 28 (TMK m.24) ile İsviçre BK m. 41 ve m. 49 (TBK m. 49 ve m. 56) çatışmasından doğan ihtilafa ilişkin 1981 tarihli bir kararında,

“Böyle bir durumda hâkimin basının özel durumu ve misyonunu dikkate alarak madde 28’i yorumlaması gerektiğini tespit etmiştir. Bu nedenle, başkalarının kişisel çıkarlarına basın aracılığıyla bir saldırının

²⁶⁵ Kumm, s. 352. (Yazarın, bu düzenlemede temel hakların açıkça kişileri bağladığı yazsaydı da sonucun değişmeyeceği yönünde verdiği kurgusal örnekle, doğrudan etki-dolaylı etki ayrımının önemsizliğini ortaya koyduğu “Özel Hukukun Anayasallaştırılması: “Dolaylı Etki” Nasıl “Doğrudan Etki” Gibidir?” başlığı için bkz. s. 352 vd.)

²⁶⁶ Cherednychenko, “Relationship”, s. 8. Yazar, 'doğrudan' ve 'dolaylı' yatay etki gibi, temel hakların özel hukuk kapsamındaki özel taraflar arasındaki ilişkileri etkileyebileceği yolları tanımlamak için kullanılan etiketlerin, temel hakları her zaman doğru bir şekilde yansıtmadığı görüşüyle, bu farkı tabiiyet ilişkisi ve tamamlayıcı ilişki olarak ele almaktadır. (Cherednychenko, *Relationship*, s. 2).

²⁶⁷ Werro / Schidlin, s. 1.

²⁶⁸ Werro / Schidlin, s. 165; Besson, *Egalité Horizontale*, s. 251.

gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermesi ve İMK m. 28 ile İBK m. 41 ve 49 ile ilgili olarak uygulanması gerektiğinde, anayasa hukukundan (...) alınan ilkeleri göz ardı edemez. (..) Federal özel hukukun anayasa hukukundan etkilenebilmesi, anayasa hukukunun bireyler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanabileceği anlamına gelmez (...) Birey, diğer özel hukuk konularının anayasal haklarına getirebileceği saldırılara karşı medeni hukuk ve ceza kanunlarıyla korunur.”

şeklindeki açıklamaları ile açıkça temel hakların bireyler arasındaki ilişkilerde doğrudan etkisini reddettiğini ortaya koymaktadır²⁶⁹.

Yine 2017 tarihli bir kararında “özellikle genel hükümlerin ve özel hukukun belirsiz hukuki kavramlarının yorumlanması yoluyla anayasal kuralların bireyler arasındaki ilişkilere doğrudan olmasa bile en azından dolaylı olarak uygulanmasına” dair yaptığı açıklamalara,

“Ancak temel hakların bu ‘yatay’ etkisinin tanınması, bireyler arasındaki ilişkilerin yalnızca doğrudan medeni ve ceza kanunlarının kapsamına girmesini engellemez. Böylelikle birey, diğer özel hukuk konularının anayasal haklarına getirebileceği saldırılara karşı bu şekilde korunur. Dolayısıyla temyiz sahibi, aynı haklarla ilgili bir davada mülkiyetin anayasal güvencesine doğrudan dayanamaz.”

şeklinde devam ederek bu konudaki sürekli tutumunu açıkça ortaya koymaktadır²⁷⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Anayasası m. 35’e, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle²⁷¹ eklenen bu üçüncü fıkranın, dolaylı yatay etkiyi kanunlaştırdığını, bu değişikliğin temel hakların bireyler arasında anayasa hukukunun etkileyebileceği özel hukuk tarafından korunmakta olduğunu

²⁶⁹ ATF 107 Ia 277 s. 280.

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=&rank=0&azaclir=aza&highlight_docid=atf%3A%2F%2F107-IA-277%3Ade&number_of_ranks=0#page277

²⁷⁰ ATF 143 I 217, 5D_172/2016 04.04.2017, §5.2.

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-I-217%3Afr&lang=fr&zoom=&type=show_document

²⁷¹ Değişikliğin tarihçesine ilişkin bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr/history>.

düzenlediğini düşünmektedir²⁷². “Yetkililer, bireyler arasındaki ilişkilerde de temel hakların uygun olduğu ölçüde hayata geçirilmesini sağlar.”²⁷³ şeklindeki İsviçre Anayasası m. 35 f.3 düzenlemesi İsviçre öğretisinde dolaylı yatay etkiyi savunanlar tarafından temel dayanakları olarak ele alınmakta; bu düzenlemenin bir yandan tüm temel hakların bireyler arasında uygulamaya uygun olmadığını zımnen kabul ettiğini, diğer yandan da bu hakların uygulanmasının otoritenin müdahalesine bağlı olduğunu gösterdiğini ileri sürmektedirler²⁷⁴.

Nitekim ilgili değişikliğe dair “Yeni Federal Anayasaya ilişkin 20 Kasım 1996 tarihli” açıklama²⁷⁵, yatay etkiye dair gerek Federal Mahkeme’nin gerekse İsviçre öğretisinin tutumunu ortaya koymaktadır:

“Madde 31²⁷⁶: Temel Hakların Gerçekleştirilmesi : Bu maddede anayasa hukukunun yazılı olmayan ilkeleri yer almaktadır.

(...) 31. Madde, Taslak 96, istişare prosedürü sırasında bir tepki dalgasına yol açmadı. Bazı katılımcılar bunun gerekliliğini sorgulasa da, temel hakların genel etkilerini kodlayan bir maddenin oluşturulması genel olarak iyi karşılanmış, hatta bazı çevreler yatay etki ilkesinin “yani bu hakların bireyleri birbirine bağlayan ilişkiler üzerindeki etkisi (“Drittwirkung teorisi”) açıkça dahil edilmesinin de gerekli olduğunu savunmuştur.

Mevcut anayasa hukukunun bu anlayışına göre, temel haklar bireyler arası ilişkilerde de rol oynayabilmektedir; çünkü bireyin temel hakları sadece devletin gücü tarafından tehdit edilmemekte, aynı zamanda toplumsal düzenin baskısına da maruz kalmaktadır. Federal Mahkeme, bazı temel haklar üzerindeki yatay etkiyi çeşitli vesilelerle kabul ettikten sonra, yaklaşık on yıl önce, prensip olarak böyle bir etkiyi kabul etmiştir. (...)

²⁷² “Devlet organları, yani yasama organı, örgütlenme özgürlüğünün özel kişiler için de geçerli olmasını sağlar (İsviçre AY m.35/f.3; dolaylı üçüncü taraf etkisi)” 05.05.2003 tarihli ATF 5P.482/2002 kararı, 4.2.

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F05-05-2003-5P-482-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YES&. Benzer şekilde bkz. yukarıda alıntıladığımız ATF 107 Ia 277 (280).

²⁷³ İsviçre Anayasası için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr>.

²⁷⁴ Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, **Droit constitutionnel suisse Vol. II: Les droits fondamentaux**, Stämpfli, (2021), s. 68.

²⁷⁵ Yeni Federal Anayasaya ilişkin 20 Kasım 1996 tarihli mesaj, FF 1997 1, s.191-195, (https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1).

²⁷⁶ İsviçre Anayasası’nın değişikliğine dair m.31 açıklaması daha sonra önceki maddelerdeki kayma ile yürürlüğe giren Anayasa’ya m. 35 olarak yansımıştır.

Doğrudan etkiyi destekleyenler için, temel haklar özel hukuk ilişkilerini doğrudan yönetme kapasitesine sahiptir. Dolaylı etkiyi destekleyenler için etki, yorum yoluyla, yani içerik vermekle ilgili olan genel hükümlerin, belirsiz hukuki kavramların veya açık nitelikteki diğer düzenleme biçimlerinin dolambaçlı yoldan kullanılmasıyla gerçekleştirilir. Tüm bu değerlendirmelerden yola çıkarak, 96. Taslağın 31. maddesini, 1. fıkrayla bağlantılı olarak temel hakların yatay etkileri sorununa açıklık getiren yeni bir 3. fıkrayla zenginleştirmeye karar verdik.

Ancak bu ilke, özel hukuk ve ceza hukuku alanında temel hakların sürekli olarak uygulanmasını öngörmemektedir. Aslında tüm temel haklar aktarıma eşit derecede uygun değildir. Toplumsal baskının yoğunluğuna göre ayrımlar yapılması gerekiyor. Yatay etki fikri artık içtihatlar veya doktrinin yazarlarının çoğunluğu tarafından tartışılmıyorsa, bu etkinin doğrudan veya dolaylı niteliği konusunda görüşler farklılık göstermektedir.

Birinci paragraf, temel hakların tüm hukuk düzenimizin temeli olduğu ve tüm devlet sistemimize ilham vermesi gerektiği fikrini ifade ediyor. Temel hakların etkili bir şekilde hayata geçirilmesini sağlamaya yönelik genel bir yetki verir; (...) Devlete, temel hakları koruyabilecek ve hizmet edebilecek davranışları benimseme yükümlülüğünü de ima etmektedir (yetkili makamlar açısından yetkinin olumlu işlevi). Bu anlamda aynı maddenin 3. paragrafında geliştirilen bu hakların yatay etkisi ilkesi zaten 1. paragrafta duyurulmaktadır.

(...) 3. fıkra, yalnızca 1. Fıkra'da zımni olarak yer alan temel hakların işlevlerinden birini (pozitif işlev) açıklığa kavuşturmaktadır. Seçilen formülasyon aşağıdaki üç fikri ifade etmektedir. Birincisi, hâkim görüşe uygun olarak temel hakların kişiler arası ilişkilere de etki ettiği kabul edilmektedir. İkincisi, bu etkilerin sürekli olmadığı, aksine söz konusu temel hakkın niteliğine ve şartlara göre değişiklik gösterdiği görülmektedir; dolayısıyla bu, analojinin mümkün olup olmadığını görmek için her seferinde somut durumu incelememiz gerektiği anlamına gelir. Üçüncü olarak, aktarmanın yetkililerin işi olduğu yani hem yasama otoritelerini hem de kanunu uygulayan otoriteleri işi olduğu belirtilmektedir.(...)

1996 tarihli açıklamada açıkça görüldüğü üzere, 2000 yılında yürürlüğe girmiş ilgili fıkra ile, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve İsviçre öğretisindeki yaygın

görüşün etkisiyle yatay etkinin açıkça düzenlemesi ihtiyacı duyulmuş ve bu düzenleme açıkça devletin pozitif yükümlülüğünün ışığında ele alınmıştır²⁷⁷.

İsviçre’de öğretinin çoğunluğu, İsviçre Anayasası’nda erkeklerle kadınlar arasında eşit ücret konusunda kabul edildiği gibi Anayasa’da doğrudan yatay etkiyi öngören bir hüküm olmadığı sürece, doğrudan etkiye karşıdır²⁷⁸ (İsv. AY m.8 f.3). Özel ilişkilerde doğrudan etkiye karşı olunmasının temel sebeplerinden biri hem ihlali gerçekleştirenin hem de zarar gören tarafın temel hakların sahibi olduğu; devletin aksine, ihlali gerçekleştiren ile zarar gören kişiye eşdeğer bir hakka sahip olarak itiraz edebileceği ve bu nedenle temel hakların tek başına [bireyler arasındaki çatışmaları] çözmek için yeterli araç olmadığıdır²⁷⁹.

Diğer yandan, dolaylı yatay etkiyi savunanlara karşı İsviçre’de, bizim de hak verdiğimiz şekilde, Anayasa’da yer alan temel hakların çoğunun özel kişiler arasında da uygulanabileceğini²⁸⁰, İsviçre AY m. 35/f.3’ün yetkililere bireyler arasında temel hakların uygulanmasını sağlama yetkisi vermesinin doğrudan etkiyi dışladığı anlamına gelmediği, temel haklara atfedilen etki ne olursa olsun, devlet müdahalesinin her zaman gerektiği, nitekim devlet yetkililerinin ya bu ilişkiye uygulanacak kuralları belirlemiş oldukları ya da bunların uygulanmasından sorumlu oldukları savunulmaktadır²⁸¹. Benzer bir görüşü ileride kendi görüşümüzü ileri sürerken ele alacağımız için bu kısım şimdilik daha fazla ayrıntılandırılmayacaktır.

2.1.1.2. Doğrudan Yatay Etki

Bir üst başlıkta ele alınan dolaylı yatay etki öğretisi, doğrudan yatay etki öğretisine getirilen eleştiriler çerçevesinde değerlendirildiği için, doğrudan yatay etki

²⁷⁷ İsviçre’de temel hakların özel hukuka etkisine dair diğer emsal yargı kararları ve açıklamalar için ayrıca bkz. Gökhan Antalya, “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü Taraf Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 28 S. 1 (2022), s. 15 vd.

²⁷⁸ Werro / Schidlin, s. 179-180.

²⁷⁹ Malinverni / Hottelier / Hertig Randall / Flückiger, s. 66.

²⁸⁰ Örneğin ekonomik özgürlük, örgütlenme özgürlüğü, basın özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve din özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler bireyler arasında da uygulanmaya uygundur. (Werro / Schmidlin, s. 181.) Schweizer’e göre de işkence yasağı, grev hakkı vb. Anayasa’da öngörülen başkaca haklar da doğrudan yatay etkiye sahiptir ve örneğin ırkçılık yasağı düzenlemesinin doğrudan etkisi göz önüne alınmalıdır. (Rainer J. Schweizer, “Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar ad Art. 35”, Zürich/Basel/Genf, 2002, Art. 35 No 22. (Werro / Schidlin, s. 180’dan naklen)

²⁸¹ Bu görüşlere dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Werro / Schidlin, s. 180-181.

bu başlıkta ayrıca uzun uzun ele alınmayacaksa da öğretinin temelinden bahsetmek yerinde olacaktır.

Doğrudan yatay etki öğretisi temelde, anayasa ile özel hukuk kurallarının ayrı alanlar sayılamayacağı üzerine kurulması ile dolaylı yatay etki kavramından ayrılmaktadır. Nitekim Anayasal kurallar, Kelsen'in tanımladığı hukuk normları hiyerarşisinde, kamu hukuku gibi özel hukukun da üzerinde yer aldığından, anayasa hukukunun kamu hukukunun bir parçası olarak görmek yanıltıcı olacaktır. Nitekim anayasanın, hukuk sisteminin geçerlilik koşulu ilan edildiği andan sonra, artık kamu hukuku – özel hukuk arasında anayasaya uygun olma zorunluluğu açısından bir farklılık bulunmamaktadır²⁸². Temel haklar yalnızca özel hukuku dolaylı şekilde etkilemez, özel hukuk değerleri üzerinde bir önceliğe sahiptir²⁸³. Böylelikle, doğrudan yatay etki, temel hakların açık bir özel hukuk kuralı olmaksızın bireyler arasındaki ilişkilerde de uygulanabileceğini kabul eder²⁸⁴. Bir özel hukuk yargıcının görevi, uyuşmazlığı anayasayı da içine alan özel hukuk kuralları doğrultusunda çözmek ve sonra da vardığı sonucun anayasanın norm üretme yöntemine uygun olup olmadığını denetlemektir²⁸⁵.

Doğrudan yatay etki teorisi savunucularından Nipperdey'in açıklamaları, dolaylı yatay etki ve doğrudan yatay etki kavramları arasındaki farkı ortaya koymak için uygun olacaktır:

“Temel haklar kataloğunun içerdiği klozlar, sadece yasama organı tarafından anayasal talepleri hayata geçirmek için kabul edilen yasaları değil, özel hukuk ilişkilerini de doğrudan bağlamaktadır. Anayasal klozların uzun süredir işaret ettiğim bu işlevi genel olarak üçüncü kişilere etki (drittwirkung) ismiyle biliniyor. Bununla birlikte, anayasal hakların klasik ve dar anlamıyla sadece devlete karşı ileri sürülebilen sübjektif kamu hukuku hakları olduğu kabul edilirse anılan terimin yanlış olduğu söylenemez. Ancak daha doğru ifade bazı anayasal hakların "mutlak etkisi (absolute Wirkung)" olmalıydı. Burada söz konusu olan özel anayasal klozların, mevcut özel hukuk kurallarını

²⁸² Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 1.

²⁸³ Cherednychenko, “Relationship”, s. 3.

²⁸⁴ Werro / Schmidlin, s. 178.

²⁸⁵ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 30.

askıya alan, değiştiren, bunları tamamlayan ya da yeni özel hukuk kuralları yaratan objektif ve bağlayıcı anayasa hukuku olarak doğrudan normatif etkisidir. Söz konusu anayasa hukuku, hukukun anayasal olmayan alanlarına yorumlayıcı kılavuz ilkeler ya da maksimler olarak hizmet etmekle kalmaz, tüm hukuk sistemi ve hukukun tekil yapısı için normatif ilkeler oluşturur. Özel kişilere doğrudan uygulanan özel hukuk subjektif hakları, anayasaya bağlı hukukun tekil yapısından doğar. Anayasal ilkeyi ihlal eden her özel hukuk muamelesi geçersiz sayılmalıdır.²⁸⁶”

Leisner ise, dolaylı yatay etkiyi eleştirerek, doğrudan yatay etkiyi savunan başta gelen düşünürlerden bir diğeridir. Leisner’e göre, anayasanın kamu hukukuna uygulanırken “norm” olarak ele alınması ancak özel hukuka uygulanırken “değer” olarak ele alınması, özel hukuk yargıcına bir muğlaklık yaratmaktadır; anayasanın bir kamu hukuku normu olarak ele alındığı gibi bir özel hukuk normu olarak da ele alınması gerekmektedir²⁸⁷. Böylece Leisner, anayasanın özel hukuka uygulanması ile anayasanın özel hukuk olarak uygulanması ayrımını yaparak, yatay etki ile kastedilenin anayasanın anayasa normu olarak uygulanması olduğunu söyler ve bu uygulamanın ancak anayasal normun doğrudan yatay etki şeklinde uygulanması ile yalnızca özel hukukun anayasallık denetiminde karşımıza çıkabileceğini ileri sürer²⁸⁸. Diğer yandan, anayasa özel hukuk olarak uygulandığında ise, anayasa normu bertaraf edici bir şekilde uygulanmayacaktır, olayda hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkacağı için bir yatay etki sorunu da söz konusu olmayacaktır, tüm özel hukuk kurallarında kuralların birlikte uygulanması veya yarışması söz konusu olduğunda yargıcın uyguladığı yöntemle ilerlenebilecektir²⁸⁹.

2.1.1.3. İkili Ayrıma Karşı Yaklaşımlar

Yukarıda ele aldığımız şekilde, temel hakların özel hukuk ilişkilerinde doğrudan yatay etkiyi benimseyenler ile dolaylı yatay etkiyi benimseyenler birçok

²⁸⁶ Hans Carl Nipperdey, **Grundrechte und Privatrecht**, Scherpe Verlag, 1961, s. 14-15 (Van der Wlat, s. 204’ten naklen).

²⁸⁷ Walter Leisner, **Grundrechte und Privatrecht**, Beck, 1960, s. 361-377 (Van der Wlat, ss. 212-222 vd.).

²⁸⁸ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 94.

²⁸⁹ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 95

gerekçe ve çekinceyle birbirlerini reddeden bir çizgide görüşlerini savunmaktadırlar. Ancak öğretide temel hakların özel hukuk kapsamındaki özel taraflar arasındaki ilişkileri nasıl etkileyebileceğini tanımlamak için kullanılan bu teorilerin bu etkinin boyutunu her zaman doğru şekilde yansıtmadığı, temel hakların doğrudan ve dolaylı yatay etkisi arasında sıklıkla yapılan ayrımın oldukça yanıltıcı olabildiği de savunulmaktadır²⁹⁰.

Bu ayrımın yetersizliğinin yarattığı arayışla ileri sürülen başka bir teori, bu keskin ikili ayrıma karşı çıkararak, doğrudan ve dolaylı yatay etkinin birbirini tamamlayıcı olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş temel hakların özel hukuk üzerinde öncelikle bir dolaylı bir etkiye sahip olmasını gerektiğini, ancak gerektiğinde doğrudan etkiye de izin veren bir ara veya aracı etkinin (vermittelnde Drittwirkungslehre) söz konusu olabileceğini savunmaktadır²⁹¹.

Doğrudan yatay etkinin ikincil karakterine dayanan üçüncü tür bir yatay etkiyi benimseyen bu görüşe göre; özel hukukta boşluklar, yetersizlikler, Anayasa ihlalleri mevcutsa, temel hakların doğrudan yatay etkisi ikincil düzeyde müdahale edebilir²⁹². Böylece özel taraflar arasındaki özel hukuk ilişkilerinde, anayasal temel hak ve ilkeler önce ilgili kanun yorumuyla dolaylı üçüncü etki olarak uygulanacaktır, eğer uygulanacak bir kanun normu yoksa, anayasa hükümlerinde düzenlenen temel hak ve ilkeler, boşluğunu tamamlamak ya da düzeltmek için doğrudan etkili olarak uygulanacaktır²⁹³.

Bu görüşün, bu ikili ayrımın yetersiz kalması, uygulamada benimsendiği iddia edilen etkinin yanı sıra kararlarda diğer etkinin de izlerinin bulunması dolayısıyla gerçeği yansıtmaktan uzak olması nedeniyle bir ara çözüm olarak ileri sürüldüğü görülmektedir. Nitekim Almanya hukuk sisteminde benimsenen temel hakların dolaylı yatay etkisinin, özel hukukun temel hakların kullanımını sınırlayıcı

²⁹⁰ Cherednychenko, Relationship, s. 21.

²⁹¹ Werro / Schmidlin, s. 181-182. Ayrıca bkz. Schweizer, Kommentar, Art. 35 No 21 (Werro / Schmidlin, s.181'den naklen). Aynı yönde bkz. Antalya, s. 29-32.

²⁹² Ayrıntılı açıklama için bkz. Besson, Egalité Horizontal, s. 253 vd.

²⁹³ Antalya, s. 31. Antalya'ya göre, "anayasa hükümleri, bu kapsamda temel haklar kanunun yorumunda dolaylı etkisi; kanun boşluğunun, özellikle çatışma boşluğun da yani kanunun amaçsal tamamlanması ve amaçsal düzeltilmesinde doğrudan etkiye sahiptir.", s. 32.

olarak kabul edildiği Hollanda hukukundaki doğrudan yatay etkisinden çok daha geniş kapsamlı olması söz konusu olabilmektedir²⁹⁴.

Temel haklar ile özel hukuk arasındaki ilişkiyi açıklamak için doğrudan/dolaylı yatay etki ayrımının yetersiz olması nedeniyle, bu ilişkiyi tabiiyet ilişkisi ve tamamlayıcılık ilişkisi üzerinden ele alarak temel hakların yatay etki türleri arasında daha fazla farklılaşmaya ihtiyaç olduğu da ileri sürülmektedir²⁹⁵. Bu yaklaşıma göre de temel hakların özel hukuka etkisini doğrudan/güçlü dolaylı/zayıf dolaylı etki ve doğrudan/açık dolaylı/örtülü dolaylı etki olarak sınıflandırılması söz konusu olmaktadır²⁹⁶.

Diğer yandan, bu ikili ayrımın anlamsızlığını vurgulayarak, dolaylı yatay etki veya doğrudan yatay etki öğretisinin benimsenmesinin esasen ve kurumsal olarak hemen hemen aynı sonuçlara sahip olduğunu, dolaylı ve doğrudan etki arasındaki pratik farkın göz ardı edilebilir bir fark olduğunu öne süren haklı bulduğumuz bir diğer görüş; dolaylı yatay etki öğretisi kabul edildiğinde dahi, genel hükmü yorumlama adı altında yargıcın, yarışan anayasal hak iddialarını doğrudan karara bağlaması durumunda yapması gerekeceği türden bir belirleme yapması gerektiğini ileri sürmektedir²⁹⁷. Nitekim her halükarda mahkemenin kanunun genel maddelerini yorumlarken de birbiriyle yarışan ilgili hususlar arasında bir denge kurması gerekmektedir ve tıpkı yatay doğrudan etki öğretisinin kabul edilmesi durumunda olacağı gibi özel hukuk iddiaları konusunda nihai hakem olarak Anayasa Mahkemesi'nin katılımına kapı açılmakta; böylece bir taraf, hukuk mahkemesinin medeni hukuku yorumlarken anayasal hakları yeterince dikkate almadığını düşünüyorsa, Anayasa Mahkemesi'ne şikayette bulunabilmektedir²⁹⁸. Nitekim Türkiye'deki kişilik hakkı kavramına ilişkin emsal kararlarda özel hukuk yargıcının, sıradan bir özel hukuk ihtilafındaki menfaatlerin çatışması halinde olduğu gibi, yarışan temel haklar söz konusu olduğunda da bir denge kurması gerekliliğinin ortaya çıktığı, bu denge kurulmadığında da Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları ile karşılaşıldığı bir önceki bölümümüzde sıklıkla ortaya konulmuştur.

²⁹⁴ Cherednychenko, Relationship, s. 21

²⁹⁵ Cherednychenko, Relationship, s. 2.

²⁹⁶ Cherednychenko, Relationship, s. 10 vd.

²⁹⁷ Kumm, s. 352 ve s. 356-357.

²⁹⁸ Kumm, s. 356.

Kumm, bu görüşünü varsayımsal bir örnek üzerinden de açıkça ortaya koymaktadır. Bu örnek uyarınca, bir tüketici ile banka arasında olan ve çok yüksek faiz nedeniyle zayıf tarafın korunması gerekliliğinin söz konusu olabileceği bir sözleşmeyi ele almıştır. Bu örneği yatay etki öğretisi tartışmalarının merkezi Almanya hukuku üzerinden ele alan Kumm’a göre, yukarıda da açıkladığımız üzere Alman Anayasası’nda “temel hakların yasama, yürütme ve yargı erkleri açısından bağlayıcı olacağı”na dair dolaylı yatay etkiyi savunanların temel aldığı hükmün²⁹⁹ yerine, Almanya Anayasası sürpriz bir şekilde değişseydi ve anayasal hakların bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanabileceğini açıkça belirtilseydi dahi³⁰⁰, bu pratikte hiçbir şeyi değiştirmeyecektir³⁰¹.

Varsayımsal örnekte, temel hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, dolaylı yatay etki söz konusu olduğunda, Almanya Medeni Kanunu’nun “genel ahlaka aykırı hukuki işlemleri geçersiz kılan” ve Almanya’da zayıf tarafın korunması amacına hizmet eden düzenlemesine dayanarak dava açacak³⁰² ve yargıcın “genel ahlak” düzenlemesini anayasal haklar temel alınarak sözleşmeyi geçersiz kılacak şekilde yorumlamaması halinde karara itiraza edecek ve sonuçta mahkemenin kararıyla anayasal haklarının ihlal edildiğine dair Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilecektir³⁰³. Sözleşmenin geçersiz kılınması halinde ise, sözleşme özgürlüğünün korunmaması nedeniyle Almanya Federal Mahkemesi’nin yorumlandığı şekliyle kapsamlı bir özgürlük hakkını tanıyan Almanya AY m. 2/I uyarınca da karşı taraf sonuç olarak Almanya Anayasa Mahkemesi’ne şikâyetle bulunabilecektir³⁰⁴. Dolayısıyla hangi öğreti benimsenirse benimsensin anayasal korumadan yararlanan çatışan menfaatler arasındaki çatışma, bu menfaatleri her birini desteklemek için sıralanabilecek ilgili nedenlerin birbirine karşı dengelenmesiyle çözülecektir; nitekim orantılılık analizi, yalnızca meselenin bireysel

²⁹⁹ Almanya Anayasası m.1/f.3. Bkz. Bölüm 2.1.1.1.

³⁰⁰ T.C. Anayasası’nda Anayasa’nın kişileri de bağladığına dar açık hüküm bulunduğu ilişkin bkz. Bölüm 2.1.3.

³⁰¹ Kumm, s. 352.

³⁰² BGB §138/1: Genel ahlaka aykırı bir hukuki işlem geçersizdir. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (Son erişim: 20.11.2023). (Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kumm, s. 353.)

³⁰³ Kumm, s. 356.

³⁰⁴ Kumm, s. 354.

bir hak ile kolektif bir fayda arasındaki çatışma olduğunda değil, aynı zamanda hakların çatıştığı durumlarda da Mahkeme'nin içtihadının merkezinde yer alır³⁰⁵.

Kumm, tarafından verilen ve tamamen özel hukuk sınırları içinde görülecek bu varsayımın da gösterdiği gibi, hukuk davası her zaman, özel hukukun tanımlamaya çalıştığı, rakip anayasal haklara ilişkin bir dava olarak düşünülebilir³⁰⁶. Böylece hangi öğreti kabul edilirse edilsin, mevcut özel hukuk, ancak anayasal haklarla ilgili orantılılık analizi uygulayarak hüküm vermekle görevli mahkeme tarafından birbiriyle çatışan anayasal haklar arasında makul bir denge kurulduğunun gösterilmesi durumunda geçerli olacaktır³⁰⁷.

Örnekte varsayıldığı şekliyle, Almanya Anayasası'nda anayasal hakların bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanabileceğini açıkça belirtilseydi, değişecek tek şey zarar görenin temel hakkının ihlal edildiği iddiasıyla özel hukuk kişinin ismini vererek dava açabilecek olması, böyle bir değişiklik olmadığı mevcut durumda ise zarar görenin temel hakkının ihlal edildiğini dikkate almayan yargıçları ihlalin muhatabı olarak göstermesidir³⁰⁸. Her iki durumda da hukuk mahkemelerinin mevcut özel hukuku anayasal gerekliliklerle uyumlu olacak şekilde yorumlaması gerekmektedir, nitekim her iki durumda da özel bir uyuşmazlığın tarafı, anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia ederek anayasa şikâyetinde bulunabilir ve Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk mevzuatının veya hukuk mahkemeleri tarafından sağlanan yorumların anayasaya uygunluğunu incelemesini gerektirebilir³⁰⁹. Hatta açık bir yasama kuralı nedeniyle temel hakkının ihlal edilmesinin söz konusu olması durumunda dahi mahkeme, anayasal sorunun tespiti için Anayasa Mahkemesine başvuracak, aksi halde yine ilgili tarafın anayasal şikâyeti söz konusu olacaktır³¹⁰.

Nitekim Almanya'da da, Türkiye'de olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi, hukuk mahkemelerinin veya yasa koyucuların ilgili özgürlük çıkarları arasındaki

³⁰⁵ Hukuk yargıcının her halükârda temel hakları dengelemesi gerekeceğine dair ayrıca bkz. Tarkan Göksu, "Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes", **Schweizerische Juristen Zeitung**, C. 98,2002, s. 94 (Werro / Schmidlin'den naklen s. 181).

³⁰⁶ Kumm, s. 359.

³⁰⁷ Kumm, s. 355. Göksu'ya göre de tüm temel haklar bireyler tarafından ihlal edilebilir. Doğrudan yatay etkiyi dışlamak yerine, temel hakların bireyler arasında uygulamaya elverişli olması gerekliliği basitçe yetkililerin çatışan çıkarları dengeleme ihtiyacına atıfta bulunmaktadır. bkz. Göksu, s. 92 vd. (Werro / Schmidlin'den naklen s. 182.)

³⁰⁸ Kumm, s. 352.

³⁰⁹ Kumm, s. 357-358.

³¹⁰ Kumm, s. 358.

dengeyi doğru bir şekilde kurup kurmadıklarını değerlendirmek için hukuk mahkemelerinin kararlarını gözden geçirme konusunda genel yargı yetkisine sahiptir ve hukuk mahkemelerinin veya özel hukuk yasa koyucularının çatışan özgürlük çıkarları arasındaki dengeyi yanlış şekilde kurmuş ve dolayısıyla davacının veya davalının anayasal haklarını ihlal etmiş olabileceği gerekçesiyle tüm hukuk mahkemesi kararlarını ve tüm özel hukuk mevzuatını etkili bir şekilde inceleme yetkisine sahiptir³¹¹.

Kumm'a göre, Almanya özel hukuku tamamen anayasallaşmıştır³¹² ve dolaylı yatay etki savunucularının kaygıları, her iki öğretinin de aynı sonuca götürmesi nedeniyle, bizim de haklı bulduğumuz gerekçelerle, yersizdir. Anayasal hakların özel hukuka uygulanması ve bireyler arasındaki ilişkilere uygulanması, esas itibarıyla, ilgili sınırların nereye çekilmesi gerektiği konusunda herhangi bir sonuca halel getirmez ve ne özgürlükçü ne de sosyal demokrat bir önyargıyı ima eder. Bu uygulama, özel/kamu ayrımını ortadan kaldırıyor olması nedeniyle de kesinlikle totaliter değildir³¹³.

Görüldüğü üzere, yatay etki kavramını dayanak olarak gösteren, ancak birçok yönden farklılaşan ve çeşitlenen görüşlerin temel hakların özel hukuka uygulanması gerektiğine dair farklılaşmadığı, sadece bu uygulamanın nasıl olacağına dair pratikte çok da farklı bir sonuç doğurmayacak tartışmalardan ibaret olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır. Objektif değerlerin, özel hukukun genel düzenlemelerinin yorumlanması aracılığı ile özel hukuka uygulanması şeklinde özetlenebilecek dolaylı yatay etki ile “anayasal hakların mutlak etkisi” olduğunu söyleyen doğrudan yatay etki teorilerinin somut bir uyuşmazlıkta benzer sonuçlar doğuracağı, nitekim iki yaklaşımında da normlar hiyerarşisinin anayasaya verdiği üstünlük ile anayasanın

³¹¹ Kumm, s. 364. Kumm'a göre, Almanya'da özel hukuk tamamen anayasallaşmıştır, kavramsal olarak özel hukuk, Almanya'daki herhangi bir hukuk gibi, uygulamalı anayasa hukukunun bir dalı olarak nitelendirilir ve Almanya'da olduğu gibi, anayasa mahkemesi genel bir anayasal özgürlük hakkını tanıyorsa ve özel hukuk ilgili özgürlük alanlarının sınırlarını herkesin yararına belirlemekle ilgiliyse, o zaman özel hukuk gerçekte uygulanan anayasa hukukudur (Kumm, s. 359). T.C. Anayasası'nın Almanya Anayasası'ndan farkını göz önüne aldığımızda, bu görüşün T.C. hukuk sistemi için evleviyetle geçerli olabileceği söylenebilecektir.

³¹² Kumm, s. 352.

³¹³ Kumm, s. 363.

özel hukuka uygulanmasının söz konusu olduğu görüşü³¹⁴ kanaatimizce de isabetlidir.

Nitekim, temel hakların dikey etkisi çerçevesinde, devlet bireyler arasındaki ilişkiyi düzenleyen kuralları kanunlaştırdığında ve bir mahkeme bu kuralları davada yorumlayıp uyguladığında, kamu yetkililerinin her zaman bir eyleminin söz konusu olduğu açıktır. Bu doğrultuda, anayasal hak normlarının “yayılan etkisine” dayanan dolaylı bir yatay etki oluşturmak ile anayasal hakların bireyleri bağladığının basitçe kabul edilmesi arasında bir fark olup olmadığını sordüğümüzda, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal hakların özel bireyleri bağladığını kabul etmesi durumunda sonuç açısından ve hatta kurumsal olarak hiçbir şeyin değişmeyeceği görülmektedir³¹⁵. Böylece, bir hakkın zaten mutlaka bir yargıç kararı ile uygulanabilir olması ve etki edebilir olması nedeniyle, yargılamanın da bir devlet görevi olması nedeniyle, “dikey etki” nedeniyle de zaten, temel hakları uygulamak zorunda olduğunu ileri sürerek böyle bir kavrama gerek olmadığını ileri sürmek mümkündür. Özel hukuku düzenleyen kanunları kabul eden, bu kanunları uygulayan ve uyuşmazlıkları çözen bir makam olarak devlet, bir bireyin temel haklarının ihlali sürecine her halükârda katılmaktadır; temel hakların ihlalinin dile getirildiği şikâyet, zorunlu olarak kamusal bir makamın aldığı karar üzerine başvurulur. Bu görüş bizi, bizim de hak verdiğimiz şekilde, devletin pozitif yükümlülüğü kavramının zaten yatay etki ile kastedilen etki alanını da kapsadığı görüşüne götürmektedir ki, devletin pozitif yükümlülüğü kavramı bir alt başlıkta ele alınacaktır.

Dolaylı yatay etki ve doğrudan yatay etki kavramlarının yalnızca teorik bazı tartışmaları geliştirmesi, çalışmamızın özelinde İHAM kararlarının medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramının kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması gerekliliği üzerinde bir fark yaratmaması nedeniyle bu kavramlar ve farklılıkları üzerinde daha ayrıntılı şekilde durulmayacaksa da, çalışmamız boyunca alıntılanan kararlarda karşımıza çıkabilecek olmaları nedeniyle de kavramları açıklama gereği duyulmuştur. Diğer yandan, temel hakların özel hukuka uygulanması için Türkiye hukuku özelinde zaten bu kavramlara gerek olmadığına dair görüşümüz ise ileride ayrıca açıklanacaktır.

³¹⁴Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 87.

³¹⁵Kumm, s. 359.

2.1.2. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Yukarıdaki başlıklarda, özellikle dolaylı yatay etki öğretisi açıklanırken sıklıkla “pozitif yükümlülük” kavramına başvurulduğu görülmektedir. Nitekim Almanya Anayasa Mahkemesi kararlarında dolaylı yatay etki ile pozitif yükümlülük arasında açıkça ilişki kurmaktadır³¹⁶. Yine İsviçre Anayasası m. 35’e yapılan üçüncü fıkra eklemesine dair açıklamada da, ilgili maddede verilen yetki için “aynı zamanda devletin temel hakları koruyacak ve hizmet edecek davranışları benimseme yükümlülüğünü de ima eder (yetkili makamlara verilen yetkinin olumlu işlevi). Bu anlamda, aynı maddenin 3. paragrafında geliştirilen bu hakların yatay etkisi ilkesi zaten 1. paragrafta duyurulmaktadır³¹⁷.” şeklinde açıkça temel hakların özel hukukta etkisinin varlığı için pozitif yükümlülük kavramının yeterli olduğu vurgulanmaktadır.

Bu başlık altında da pozitif yükümlülük kavramına dair genel açıklamalardan sonra, İHAM’ın da temel hakların özel hukuka etkisinde pozitif yükümlülük kavramına sıkça başvurduğunu ortaya koyacağız:

Öncelikle, temel hak ve özgürlükler klasik olarak, insan haklarının sınıflandırılmasına ilişkin önerilmiş klasik temalar ekseninde³¹⁸, negatif boyutu ile ele alınmış ve devletin hak ve özgürlüklerin kullanılmasında müdahale etmeme, saygı gösterme yükümlülüğü olduğu söylenmiştir³¹⁹. Ancak zamanla hak ve özgürlükler açısından devlet bu edilgen konumundan çıkartılmış, hakların ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için devletin pozitif yükümlülükleri olduğu öğretide ve İHAM kararlarında açıkça kabul edilmiştir. Mahkeme, Devletleri artık insan hakları konusunda pasif bir tutum benimsememeye zorlamak için pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmiş, devamında da devletlerden talep edilen pozitif eylemi özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri de kapsayacak şekilde genişlettiği

³¹⁶ Bkz. Bölüm 2.1.1.1.1.

³¹⁷ Yeni Federal Anayasaya ilişkin 20 Kasım 1996 tarihli mesaj, FF 1997 1, s. 194. (https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1)

³¹⁸ Bkz. Aybay / Çelik, s. 103 vd.

³¹⁹ Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Dolaylı Yatay Etki”, (ed.) Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Beta Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2013, s. 54.

görülmüştür³²⁰. Böylelikle de Sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınmış haklar için daha geniş bir koruma sağlanmıştır.

Devletlerin taahhütlerinin derece ve kapsamlarını belirlemek amacıyla sınıflandırma yapılırken her hakkın üç tür yükümlülük gerektirebileceği ileri sürülmektedir: Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren “saygı gösterme yükümlülüğü”; devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve faillerin cezalandırmasını gerektiren “koruma yükümlülüğü” ve son olarak hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren “gerçekleştirme yükümlülüğü”³²¹.

Devletin yükümlülükleri üçlü ayırmda bu şekilde ele alınırken, İHAM devletlerin yükümlülüklerine dair negatif ve pozitif yükümlülükler olarak ikili bir sınıflandırma tercih etmiştir ve farklı teorik tartışmalar olsa da genel olarak “saygı gösterme yükümlülüğü”nün negatif yükümlülük kapsamında ele alındığını ve üçüncü kişilerin eylemlerinden dolayı sözleşmesel hakları “koruma yükümlülüğü”nün ve devletin sözleşmesel hakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlayıp sağlamaması açısından “gerçekleştirme yükümlülüğü”nün ise pozitif yükümlülükler kapsamında ele alınabileceği söylemek mümkündür³²². Pozitif yükümlülükleri negatif yükümlülüklerden ayıran şey, pozitif yükümlülüklerin devletlerin pozitif müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler müdahaleden imtina etmeyi gerektirmesidir³²³.

“Pozitif yükümlülükler” Sözleşme'nin resmi yargıçlarının etkili hak ve özgürlükleri tesis etme konusundaki sürekli kaygılarını çarpıcı bir şekilde karakterize eder³²⁴. *Cossey-Birleşik Krallık* davası³²⁵ bu ayrımı anlamak için açıklayıcı

³²⁰ Moutel, s. 40.

³²¹ Jean-François Akandji-Kombe, Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, **Conseil de l'Europe**, 2006, s.5.

³²² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 55; Ida Elisabeth Koch, “Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective”, **International Journal of Human Rights**, C. 10, S. 4, 2006, ss. 406-407.

³²³ Akandji-Kombe, s. 11.

³²⁴ Moutel, s. 48.

³²⁵ İHAM, *Cossey/Birleşik Krallık*, B. No: 10843/84, 27.09.1990 <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62198>

niteliktedir. Başvurucu cinsiyet değiştirme ameliyatının ardından medeni durumunu değiştirmesinin reddedilmesinin özel hayatına bir müdahale olduğunu ve o zamana kadar her ne zaman kimlik göstermesi gerektiğinde özel hayatının detaylarını açıklamak zorunda kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme, “başvurucunun tartıştığı durumun devletin bir eylemden kaçınması gerektiği değil bunun yerine mevcut sistemini değiştirmek için adımlar atması gerektiğidir. Bu nedenle buradaki sorun, Bayan Cossey’in özel hayatına etkili saygının bu hususta Birleşik Krallık için pozitif bir yükümlülük getirip getirmediğidir” demiştir³²⁶. Bu tür durumlar zorunlu olarak ciddi sınıflandırma sorunlarını yansıtmazken en azından iki tür yükümlülük arasında bir ayırımın yapılmasının her zaman basit olmadığını göstermektedir. Mahkemenin kendisi de birçok defa vurgu yaparak şu hususu kabul etmiştir ki “Devletin bu madde kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırı kesin bir tanıma olanak tanımamaktadır.”³²⁷.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Sözleşme tarafı devletlere hakları korumak için müdahaleden kaçınmakla yetinmektense, bazı eylemlerde bulunması gerektiğini öngören pozitif yükümlülük yalnızca içtihat hukuku ile geliştirilmiş değildir, bizzat Sözleşme tarafından da öngörülen eylem yükümlülükleri mevcuttur. Örneğin bir sanığa mahkeme tarafından atanan bir avukattan ücretsiz yardım sağlanması gerektiği³²⁸, mahkemede kullanılan dili anlamayan biri için ücretsiz tercüman yardımı sağlanması gerektiği³²⁹, devletin serbest seçimler düzenleme yükümlülüğü³³⁰ vb. devletlere Sözleşme tarafından açıkça yüklenen pozitif yükümlülükler olmakla birlikte görüldüğü üzere tüm bu pozitif yükümlülükler dikey ilişkileri etkiler niteliktedir.

Yukarıda da değinmiş olduğumuz, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin *Schwangerschaftsabbruch I* (1. Kürtaj)³³¹ kararı gerek T.C. Anayasa Mahkemesi

³²⁶ İHAM, *Cossey/Birleşik Krallık*, B. No: 10843/84, 27.09.1990, §36, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62198> (Son erişim: 20.11.2023).

³²⁷ Bkz. örneğin İHAM, *Keegan - İrlanda*, 19 Nisan 1994, §49, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62443> ; ve İHAM, *Hokkanen - Finlandiya*, 24.12.1994, §55, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62443> (Son erişim: 20.11.2023).

³²⁸ İHAS, m. 6 §3.

³²⁹ İHAS, m. 6 §3.

³³⁰ İHAS, Ek Protokol m. 3.

³³¹ BvertGE39, 1; 25.02.1975. Karara dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 30; Jonas /Gorby, ss. 605-684.

gerekse de İHAM kararlarında zaten çokça karşımıza çıkan devletin pozitif yükümlülüğü ile dolaylı yatay etki arasındaki teorik farkı ortaya koyması açısından açıklayıcıdır³³². Karar uyarınca, dolaylı yatay etki, yargıca mevcut özel hukuk düzenlemelerini anayasal haklar çerçevesinde yorumlayarak, anayasadaki objektif değerleri koruması gerekirken, koruma yükümlülüğü yasama, yürütme, yargı olarak ayırmaksızın devletin tüm organlarına bu değerlerin korunması için üzerlerine düşeni yapmakla yükümlü kılmaktadır³³³. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin sözleşmeler hukukuna dair *Handelsvertreter* kararı³³⁴ da konu hakkında açıklayıcı niteliktedir. Kararda, sözleşmeler hukukundaki bireysel özerklik ilkesinin yasal sınırlarının temel haklarca çerçevelenen objektif değerler sistemine uygun şekilde ele alınması gerektiği sonucuna varılmıştır ve kararda koruma yükümlülüğü ile dolaylı yatay etki teorisi birleştirilerek³³⁵, yasama organının taraflar arasındaki dengeyi sağlayacak kurallar öngörmek suretiyle koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi, yargı organının ise bu kuralların yokluğunda özel hukukun ilkelerini temel haklara uygun şekilde yorumlaması gerektiği vurgulanmıştır³³⁶.

Bu durumda, dolaylı yatay etki teorisi uyarınca, bir özel hukuk normunun yargıç tarafından anayasaya uygun yorumlanması sonucunda dahi, objektif değerler sistemini koruyan bir yargı kararının mümkün olmaması durumu, yargıcın işinin bitip yasamanın işinin başladığı noktadır³³⁷, yasama koruma yükümlülüğü uyarınca yasa değişikliği ile bu değerleri korumalıdır³³⁸.

Konumuz özelinde ise, bu teorileri kişilik hakkının korunması açısından ele aldığımızda, varacağımız sonuç değişmeyecektir. Şüphesiz ki temel haklar kapsamında ele alınabilecek kişilik hakkı değerlerini koruma yükümlülüğü kapsamında yasama organının da yasama faaliyeti ile gerekli korumayı gerçekleştirmesi ve gerekli düzenlemeleri yapması zaruridir. Ancak her halükârda

³³² Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 32.

³³³ Olha O. Cherednychenko, “Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?”. *Utrecht Law Review*, C. 3, S. 2, 2017, ss. 1–25. <http://doi.org/10.18352/ulr.45>. (Son erişim: 20.11.2023).

³³⁴ BVerfGE 81, 242, 07.02.1990. Karara dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Chantal Mak, **Fundamental Rights in European Contract Law**, Wolters, Kluwer, 2008, s. 70-74.

³³⁵ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 37.

³³⁶ Thomas Meindl, **La Notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles français et allemandes**, Paris, L.G.D.J., 2003, s. 386-387.

³³⁷ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 32.

³³⁸ Günter Dürig, **Grundrechte und Zivilrechtsprechung** (Johan van der Wlat, Horizontal Effect Revolution and The Question of Sovereignty, s. 207’den naklen).

gerek koruma yükümlülüğünün devletin tüm organlarına yüklenmesi, gerekse de dolaylı yatay etki teorisi sonucunda yargıcın özel hukukun genel kavramlarını, temel haklar çerçevesinde yorumlanması gerekliliği nedeniyle, kanunda bilerek tanımının yapılmasından kaçınılmış olan ve yargıca geniş bir alan tanınmış olan “kişilik hakkı” kavramının kapsamındaki değerleri, yargıcın temel hakları dikkate alarak belirlemesi gerektiğini söylemek mümkün olacaktır.

Diğer yandan, bizim de isabetli bulduğumuz şekilde, pozitif yükümlülük kavramı varken yatay etki teorisine gerek olmadığını, zaten bir kişi yine devlet tarafından oluşturulan bir özel hukuk kuralına dayanarak veya bir özel hukuk kuralının yokluğu nedeniyle başka birinin bir temel hakkını ihlal ederse, bu durumun zaten anayasaya (ve konumuz özelinde İHAS tarafından korunan temel haklara da) aykırılık teşkil edeceği; hukukun üstünlüğünün söz konusu olan anayasal devletlerde, belirli bir yaşam alanının özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı tabi olduğu fark etmeksizin, anayasal normların uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³³⁹.

İHAM ‘ın “Belçika Dil davası” olarak ifade edilen kararında belirttiği gibi, *Sözleşme’nin "esas" amacı bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumaktır. (...). Bununla birlikte, Devleti bu tür bir müdahaleden kaçınmaya zorlamakla yetinmemektedir: bu negatif taahhüde, aile hayatına etkin saygının doğasında bulunan pozitif yükümlülükler eklenebilir*³⁴⁰. Aynı yıl, Mahkeme, başka bir kararında, 6. maddede (“adil yargılanma hakkı”) devlete düşen pozitif yükümlülüklerle ilişkin şöyle bir ifadeye yer vermiştir: “Sözleşme kapsamında üstlenilen bir taahhüdün yerine getirilmesi bazen Devlet tarafından pozitif önlemler alınmasını gerektirir, bu gibi durumlarda devlet sadece pasif kalmaz ve (...) fiiller ve ihmaller arasında ayırım yapılmasına gerek yoktur(...). Ancak, etkili bir adalete erişim hakkı sağlama yükümlülüğü bu taahhütler kategorisine girmektedir”³⁴¹. Bundan sonra 1980’lerde daha net bir şekilde başlayacak olan bir pozitif yükümlülükler tekniği oluşturma süreci başlamış ve böylece devlet müdahalesi

³³⁹ Kumm, s. 359. Ayrıca bkz. Jürgen Schwabe, **Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr**, Goldmann, 1971, s. 20 (Van Der Walt, s. 223-225’ten naklen.).

³⁴⁰ İHAM, *Belçika Dil Davası*, 23.07.1968, §31, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62083> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁴¹ İHAM *Airey/İrlanda*, 09.10.1979, seri A n° 32, § 25 vd. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61978> (Son erişim: 20.11.2023).

aranmıştır. Örneğin makul bir süre içinde yargılanma hakkı³⁴², ifade özgürlüğü hakkı³⁴³, transseksüel kişilerin özel hayatlarına saygı hakkı³⁴⁴, çevreye yönelik ciddi riskler hakkında bilgi edinme hakkı³⁴⁵ ve daha sonra mülkiyet hakkı³⁴⁶ gibi çok çeşitli alanlarda Mahkeme, devletin pozitif yükümlülükleri olduğuna hükmetmiştir.

Mahkeme yine, *Marckx-Belçika* kararında, Sözleşme'nin m.8 §1'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkının kullanılmasına, devletin, §2'deki katı koşullar dışında müdahale edemeyeceğini ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, *"Sözleşmenin "esasen" amacı bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumaktadır. Bununla birlikte Devlet'i bu tür bir müdahaleden kaçınmaya zorlamakla yetinmez: bu negatif taahhüdüne, aile hayatına etkili bir saygının doğasında bulunan pozitif yükümlülükler de eklenir."*³⁴⁷

Görüldüğü üzere, yatay etki kavramına başvurmaya gerek olmaksızın İHAM kararları açıkça devletin temel hakların somut ve etkili korunması için devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerle temel hakların özel hukuka etkisini kabul etmektedir. Temel hakların özel hukuka etkisine dair öğretilerdeki bu kavramlara çalışmamız boyunca alıntılanan kararlarda karşımıza çıkabilecek olmaları nedeniyle kısa da olsa açıklık getirme gereği duyulmuşsa da, Türkiye hukuku özelinde zaten bu kavramlara ve tartışmalara gerek duyulmaksızın Anayasa'daki açık hükümler nedeniyle temel hakların özel hukukta uygulanması gerektiğine dair görüşümüz bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

2.1.3. Türkiye ve İHAS ilişkisi

Leisner'e göre, anayasa normlarının içerdiği normatif düzenlemeler çift yönlüdür. Anayasa normunun muhatabı bir yandan yargıç, diğer yandan bireylerdir.

³⁴² İHAM, *Union Alimentaria Sanders SA/İspanya*, Seri A no.157, 07.07.1989, §40, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62175> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁴³ İHAM, *Fuentes Bobo/İspanya*, 29.02.2000 tarihli, B: no.39293/98, §38, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-63608> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁴⁴ İHAM, *Rees/Birleşik Krallık*, B. No. 9532/81, 17.10.1986, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62121>; İHAM, *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, B. No. 28957/95, T. 11.07.2002, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65153> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁴⁵ İHAM, *Guerra ve diğerleri/İtalya*, B. no, 14967/89, T. 19.02.1998, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62696> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁴⁶ İHAM, *Öneryıldız/Türkiye*, B. no. 48939/99, T. 18.06.2002, § 145, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65067> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁴⁷ İHAM, *Marckx/Belçika*, B. No. 6833/74, 11.06.1979, §31, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62092> (Son erişim: 20.11.2023).

Tüm devlet organları gibi yargıcın da, hukuku uygularken anayasayı dikkate alması gerekmektedir. Bu yönüyle Anayasa normları, uygulanması gereken ve uygulandığında diğer normları bertaraf eden “temel yorum normlarıdır”³⁴⁸. Anayasa normu diğer yönüyle ise, özel hukuk kişileri için haklar içerdiği gibi ödevler de içermektedir. Böylece özel hukukun diğer kaynaklarından doğan hak ve yükümlülükleri tamamladığı ileri sürülebilir. Bu yönüyle artık anayasal yorum normu değildir; kamu hukukunun doğrudan kaynağı olduğu gibi özel hukuk yargıcı için de artık anayasal norm değil; özel hukuk normu olarak ele alınması ve özel hukukunun doğrudan kaynağı olarak yararlanılması gerekmektedir³⁴⁹. “Anayasanın özel hukuk olarak uygulanması” demek de, anayasanın diğer özel hukuk normlarıyla “birlikte” uygulanmasıdır ve böylece anayasanın devleti, devlet organlarını muhatap aldığı ilişkiler, anayasanın hiyerarşik olarak alt normu bertaraf edici biçimde uygulandığı ilişkiler iken, özel hukuk kişileri arasında özel hukuk normu olarak ele alındığında bu hiyerarşik olarak üstün, bertaraf edici özelliği olmayacaktır³⁵⁰. Anayasa yargıcı, özel hukuk alanını düzenleyen kuralların anayasadaki sınırlamalara uygun üretilip üretilmediğini tıpkı kamu hukukunu düzenleyen kurallarda olduğu gibi kontrol edecektir, özel hukuk yargıcı ise anayasayı bir özel hukuk normu olarak uygulayacaktır³⁵¹.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, Leisner bu teorisini genel olarak tüm anayasalar için ileri sürse ve bu teorinin tüm anayasaları kapsadığı tartışmaya açık da olsa, Anayasa’nın “*Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*” başlıklı 11. maddesi ve “*Temel haklar ve ödevler*” üst başlıklı 12. maddesi gerek başlığı gerek içeriği ile Anayasamızın yalnızca devlet organlarını muhatap almadığını, özel hukuk kişilerine de hitap ettiğini ve özel hukuk kişileri için de bağlayıcı olduğunu zaten, tüm bu teorik tartışmalara gerek kalmaksızın açıklıkla ortaya koymaktadır³⁵²:

³⁴⁸ Walter Leisner, **Grundrechte und Privatrecht**, Beck, 1960, s. 375 (Van der Wlat’dan naklen, s. 218).

³⁴⁹ Van der Wlat, s. 219.

³⁵⁰ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 94. Boyar, Leisner’in bu yöndeki görüşleri ile, hukukun monist bir normatif düzen oluşturduğunu teslim ettiğini ve özel hukuku kamulaştırmaktansa, anayasayı özel hukuk kuralı haline getirdiğini vurgulamıştır.

³⁵¹ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 135. Ayrıca, Anayasa’nın özel hukuka etkisinin farklı görünümüne dair açıklamalar için bkz. Selim Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 6, 1989, s. 17-35.

³⁵² Benzer şekilde, Anayasa’nın “eğitim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesi, “çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı 49. maddesi, “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesi vb. birçok

XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü

*Madde 11 – Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve **diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.** (...)*

I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği

Madde 12 – Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve **diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da** ihtiva eder.*

İlgili anayasal düzenlemenin, yukarıda da açıkladığımız üzere hem Almanya’da hem İsviçre’de temel hakların dolaylı yatay etkisini savunanların dayanak olarak kullandığı Almanya Anayasası m.1 f.3’teki “Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.” düzenlemesi³⁵³ ile İsviçre Anayasası m. 35 f.3’teki “Yetkililer, bireyler arasındaki ilişkilerde de temel hakların uygun olduğu ölçüde hayata geçirilmesini sağlar”³⁵⁴ düzenlemeleri ile arasındaki fark çok açıktır. Bu düzenlemeleri temel alarak dolaylı yatay etkiyi savunanlara karşı dahi bu düzenlemelerin tek başına dolaylı yatay etkiyi işaret etmediğini ileri sürerek temel hakların doğrudan etkisini savunanlar var iken, T.C. Anayasası’nın yukarıda alıntılaradığımız maddesine rağmen temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere etkisine dair Türkiye’de dolaylı yatay etkiyi savunmak kanaatimizce mümkün gözükmemektedir³⁵⁵.

Nitekim yine Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması” başlıklı 14. maddesinin 2. fıkrası da açıkça, “*anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya **kışilere**, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*” şeklinde düzenlenmiş olup; yatay etki, pozitif yükümlölük gibi

maddenin lafzıaçıkça T.C. Anayasası’nın sadece devleti değil, özel hukuk kişilerini de doğrudan muhatap aldığını göstermektedir.

³⁵³ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama ve Almanya Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz. 2.1.1.1.1.

³⁵⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama ve İsviçre Anayasası için bkz. 2.1.1.1.2.

³⁵⁵ Türkiye’de temel hakların özel hukuk üzerinde dolaylı yatay etkisi olduğuna dair bkz. Dönmezkuş s. 36, Serozan, Hukukta Yöntem, s. 340.

teorik tartışmalara başvurmaya gerek olmaksızın, Anayasamızın bu maddesi “anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin” kişiler arasındaki ilişkilerde de nasıl yorumlanması gerektiğine açıklık getirmiştir ve Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk kişileri arasında da uygulanacağını açıkça dile getirmektedir.

Anayasamızda, tüm teorik tartışmaları geride bırakacak şekilde, temel hakların iç hukuka etkisine dair açık düzenlemeler yukarıda alıntıladıklarımızla da sınırlı değildir. T.C. Anayasası m. 90/5, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar, kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” hükmünü havidir. Bir uluslararası anlaşmanın nasıl yapıp yürürlüğe konacağı, anlaşmanın türüne göre m. 90’ın diğer fıkraları ile 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun’da açıkça belirtilmiştir. İşte bir uluslararası antlaşma, burada belirtilen usullere göre yürürlüğe konmakla, iç hukukun bir parçası haline gelecek; diğer bir deyişle gerek idare organları gerek mahkemelerce, aynı bir iç hukuk kanunu gibi somut olaylarda uygulanabilecektir. Görüldüğü gibi, Türkiye’de, uluslararası anlaşmaların iç hukukun bir parçası olabilmesi için usulüne göre yürürlüğe konması yeterli olup, ayrıca bir aktarma (ya da transformasyon) işlemine gerek bulunmamaktadır³⁵⁶. İHAS’ın da bir iç hukuk normu olarak tanındığı ve özel hukuk yargıcının da dikkate alması gereken “kanun”lardan biri olduğu açıktır.

Bununla da kalınmamış, 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa m. 90 düzenlemesine, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” şeklinde yapılan ekleme ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere iç hukukumuzdaki yasalar karşısında öncelik tanınmıştır³⁵⁷. Görülmektedir ki, bu hüküm yargıçlara, önlerine gelen bir davada uygulanacak yasal düzenleme ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmenin çatışması

³⁵⁶ Ahmet Murat Bilgin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, MÜHF - HAD, C. 22, S.1, 2016, s.81-130, s. 85.

³⁵⁷ Sibel İnceoğlu, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, (ed.) Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul, Beta, 3. Baskı, 2013, s. 8. (“İHAS ve Anayasa”)

halinde uluslararası sözleşmeyi uygulama yükümlülüğü vermektedir³⁵⁸. AY m. 90 düzenlemesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin denmekle, bu düzenleme kapsamına hangi uluslararası düzenlemelerin girdiği bazı noktalarda tartışmalı olsa da³⁵⁹ konumuz özelinde ele aldığımızda, Anayasa m. 90 son fıkra gereğince, İHAS ve ek Protokollerin hükümlerinin de yasa ile çatışması durumunda davaya bakmakta olan yargıcın Sözleşmeyi ve eki Protokolleri dikkate alması gerektiğine dair bir tartışma söz konusu değildir³⁶⁰.

Bu noktada ulusal yargıcın, genel ve soyut kurallardan oluşan İHAS'ı somut olaya nasıl uygulayacağı sorusu akla gelmektedir. Ulusal yargıcın, tamamen özerk bir şekilde kendi yorumuyla İHAS'ı uygulaması önündeki en büyük engel, elbette yine Türkiye hukuku açısından bağlayıcı olan İHAM kararları olacaktır. Ulusal yargıcın, İHAS'ı uygularken İHAM kararlarını dikkate almaması ve İHAM kararlarına uygun yorumda bulunmamasının İHAS'ın bağlayıcılığının doğurması istenen sonuç olmadığı açıktır³⁶¹. Mahkeme'nin kararlarının bağlayıcı olduğu, tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılması için gereken her şeyi yapmanın tüm taraf devletlerin üzerinde bir yükümlülük olduğu düşünüldüğünde, Sözleşmenin değerlendirilmesinde yargı organının yorum ve içtihatlarının da dikkate alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır³⁶².

Yine Türkiye hukukunda benimsenen temel yorum ilkesine göre de, yargıcın, kendisi için bağlayıcı olan düzenlemeyi “sözüyle ve özüyle” ele alması

³⁵⁸ Bu değişikliğin, insan hakları kapsamına girmeyen bir uluslararası anlaşmanın kanun ile çatışması veya tüm uluslararası anlaşmaların Anayasa ile çatışması sorusuna cevap vermediğine ve bu sorulara ilişkin öğretilerdeki yaklaşıma ilişkin bkz. Bilgin, 104 vd. Bilgin'e göre, T.C Anayasası'nın, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, İHAS ile büyük oranda uyumlaştırılması nedeniyle, gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşme'nin yargı organı olan İHAM'ın Sözleşme'yi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali her zaman canlıdır. (Bilgin, s. 83.)

³⁵⁹ Bu soru hakkındaki tartışmalar için bkz. Mesut Gülmez, “Mesut Gülmez'in Konuşması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, TBB Yayınları, Ankara, 2005, ss. 38-82.

³⁶⁰ AY m. 90 düzenlemesinin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ve usulüne uygun şekilde onaylanmış antlaşmaların iç hukukla bütünleşmesi, uluslararası hukukun parçası olan bu antlaşmaların ulusal hukukun bir parçasına dönüşmesi, böylece "monist" (tekçi, birici) yaklaşımın benimsenmesi sonucunu doğurduğuna; AY m. 90 düzenlemesi uyarınca, bu nitelikteki uluslararası anlaşmaların başta yasama organı olmak üzere yürütme ve yargı organlarını da bağlayan, uymaları ve uygulamaları gereken bir düzenleme olarak yorumlanması gerektiğine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gülmez, ss. 47- 49.

³⁶¹ İncoğlu, İHAS ve Anayasa, s. 9.

³⁶² Bilgin, s. 83.

gerekmektedir³⁶³. Dolayısıyla yargıcın İHAS'ın ilgili maddesini yalnızca lafzını dikkate alarak yorumlaması yetersiz kalacaktır; İHAS'ın bütününe, ruhuna uygun yorum yapılması için de İHAM kararlarının yol göstericiliğine ihtiyacı vardır. İHAS'ta sözleşmenin ruhuna uygunluk ölçütü gibi bir ölçüt açıkça yer almasa da, İHAM kararlarında Sözleşme'nin ruhuna³⁶⁴, Sözleşme'deki maddelerin ruhuna³⁶⁵ ve Sözleşme'nin başlangıcına³⁶⁶ atıf yapılarak içtihat oluşturulduğu görülmektedir³⁶⁷. Nitekim, yaklaşık 70 yıl önce kaleme alınan İHAS, o dönemin anlayışını yansıtmaktayken, İHAM kararları topluma, devlete ve bireye dair dönüşümü dikkate alabilmekte ve dinamik bir yorumla hakları genişletme eğilimindedir³⁶⁸.

Kaldı ki, Anayasa Komisyonu tarafından da “Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumları dahil bağlayıcı yetkisini, kanunla kabul etmesinin, iç hukukunda bu doğrultuda değişiklikler yapmasını zorunlu kıldığı ve bu yansımanın en kısa süre de gerçekleştirilmesi gereği” ifadesi ile İHAM kararlarının da bağlayıcılığı açıkça ifade edilmişken³⁶⁹, İHAM kararlarının özel hukuk yargıcı tarafından dikkate alınması gerektiğine dair tereddüde yer kalmamıştır. Nitekim Yargıtay’ın bu husustaki açık kabulü “*T.C. Anayasasının 90. maddesinin son fıkrası; (...)hükmünü içermektedir. Bu durumda, mahkemelerce önlerine gelen uyuşmazlıklarda usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Hâl böyle olunca, Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) konunun nasıl düzenlendiğinin ve Sözleşme’nin*

³⁶³ Nitekim TMK m. 1 f.1 düzenlemesi “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” şeklindedir. Bu düzenleme ışığında kanunun sistematığına ve amacına uygun yorum yapılması gerektiğine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erman s. 41. Amaca uygun yorumda günün güncel gelişmelerinin, değer yargılarının dikkate alınmasının yanı sıra; amacın kapsamına “insan haklarını koruma amacının da girdiğine dair bkz. Serozan, Hukukta Yöntem, s. 137-139.

³⁶⁴ Bkz. Avrupa Komisyonu, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere/Belçika*, B. No. 6878/75-7238/75, 18.11.1982, §45.

³⁶⁵ Bkz. İHAM, *Hakanson and Stureson/İsveç*, B. No 11855/85, 21.02.1990, §66, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62195> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁶⁶ Bkz. İHAM, *Brumarescu/Romanya*, B. No. 28342/95, 28.10.1999, §61-62, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62891> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁶⁷ İncoğlu, Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 46.

³⁶⁸ İncoğlu, Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, s. 49.

³⁶⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, s. 872. https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf (Son erişim: 20.11.2023)

uygulanmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İHAM) kararlarının incelenmesi yerinde olacaktır.” şeklindeki açıklamaları ile ortaya konulmaktadır³⁷⁰.

Diğer yandan, 2010 yılındaki değişiklik ile Anayasamızın bir parçası haline gelen, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hakların ihlali iddiası ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanıyan m. 148/3 düzenlemesi Türkiye hukuku ile Sözleşme arasındaki ilişkiyi arttırmıştır³⁷¹. Bu madde ile öngörülen bireysel başvuru, İnsan Hakları Sözleşmesi dolayısıyla tanınmış, “sözleşmeye bağlı” bir başvurudur³⁷². Madde gerekçesi de açıkça³⁷³ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yönteminin kabul edilme amaçlarının arasında Türkiye aleyhine İHAM önüne getirilen davaların yoğunluğunu azaltmak olduğunu ortaya koymaktadır.

2010 yılındaki bu değişiklik ile ilk defa İHAS’a doğrudan atıf yapan AY m. 148 düzenlemesi, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” şeklinde olup, bu madde Anayasa’daki tüm hak ve özgürlükler bakımından bireysel başvuru yolunu öngörmekten imtina etmekte, görüldüğü üzere yalnızca İHAS kapsamındaki hak ve özgürlükler açısından bireysel başvuru yolunu açmaktadır.

Bu noktada İHAS’ın yalnızca lafzen ele alınması halinde, bahsedilen hak ve özgürlüklerin, yalnızca yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı, kişi özgürlüğü benzeri birinci kuşak hakları kapsadığı³⁷⁴ ve dolayısıyla oldukça daraltılmış bir bireysel

³⁷⁰ Yarg. HGK., E. 2017/1340 K. 2018/1622 T. 6.11.2018 (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023). Aynı cümlelerle gerekçe oluşturduğu başka bir kararında Yargıtay, kadının evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra tek başına kullanmasına izin verilmemesinin İHAS m.8 ile bağlantılı olarak m.14’e aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. (Yarg. HGK., E.2014/889 K.2015/2011 T. 30/9/2015). (Lexpera, Son erişim: 20.11.2023). Yine ilgili İHAS düzenlemesini (m.10) ve düzenleme hakkında İHAM tarafından yapılan yorumları açıkça dikkate alındığı güncel bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD, E. 2021/24550 K. 2022/1706 T. 7.2.2022 (Legalbank, Son erişim: 20.11.2023).

³⁷¹ AYM bireysel başvuruları ve İHAS arasındaki ilişkiye dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. İnceoğlu, Anayasa ve İHAS ilişkisi, ss. 7-21; Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, (ed.) Ece Göztepe / Aykut Çelebi, **Demokratik Anayasa**, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2012, ss. 298-338.

³⁷² Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 53.

³⁷³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, s. 901. https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf (Son erişim: 20.11.2023)

³⁷⁴ Birinci kuşak haklar olarak adlandırılan siyasi ve medeni hakları kapsayan bu hakların, tarihsel süreçte aristokrasi-burjuvazi çatışması sonucu ortaya çıktığına dair bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuk**, 6. Baskı, İmge, 2002, s. 41-43. Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 36-38.

başvuru hakkı tanındığını iddia etmek mümkündür. Bu durumda, ilk bakışta ikinci, üçüncü ve dördüncü³⁷⁵ kuşak haklara³⁷⁶ dair AYM'ye bireysel başvuru imkanının olmayacağı düşünülebilecekse bile, İHAS düzenlemelerinin kapsamını belirleyen İHAM kararlarının bu görüşün önünde en büyük engel olduğu açıktır³⁷⁷. Nitekim, ancak İHAM kararlarının oluşturduğu genişletilmiş kapsamın esas alınması ile bireysel başvuru mekanizmasının getirilmesinin gerekçesi hayata geçebilecek ve madde gerekçesinde karşımıza çıkan Türkiye aleyhine İHAM önüne getirilen davaların yoğunluğunu azaltmak amacı gerçekleştirilecektir³⁷⁸.

Görüldüğü üzere bireysel başvuruya dair düzenleme ve ilgili maddenin gerekçesi de bizleri, Anayasa'ya aykırı karar vermemesi gereken ulusal yargıcın, İHAS kapsamında değerlendirilebilecek bir uyuşmazlıkta yalnızca İHAS düzenlemelerini dikkat almakla kalmayıp, İHAS düzenlemelerinin kapsamını ortaya koyan İHAM kararlarını da dikkate alarak karar vermesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararları da benzer doğrultuda gelişmekte ve AYM'nin İHAS'ta açıkça zikredilmemiş fakat İHAM kararları sayesinde içtihat yoluyla kapsam içine sokulmuş bazı hakları ve ilkeleri dikkate aldığı, gerekçelerinde sadece İHAS'a atıfta bulunmanın ötesine geçerek İHAM kararlarına da atıfta bulunduğu görülmektedir³⁷⁹.

İlk bakışta, ikinci ve üçüncü kuşak haklara dair, Anayasa m. 65 uyarınca “devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” devlete pozitif yükümlülük getirmiş olduğu³⁸⁰, dolayısıyla İHAS'ı, İHAM kararlarının oluşturduğu genişletilmiş kapsamda dikkate almamanın söz konusu olduğu söylenebilecektir. Ancak örneğin, üçüncü kuşak haklardan çevre hakkının ihlalinde, ihlalin boyutunun özel yaşama saygıya (İHAS m. 8) ve mülkiyet hakkına (Ek protokol m. 1) bir müdahale

³⁷⁵ Bazı yazarlar, bilim ve teknolojide, bilişim teknolojisi ve genetik mühendisliği gibi alanlardaki gelişmelerin insan yaşamı üzerindeki etkileri ışığında, bir dördüncü kuşak haklar kümesi önermektedir. Bu çerçevede, genetik kimliğe ilişkin haklar, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, unutulma hakkı gibi kategoriler bu kuşakta değerlendirilir (bkz. Aybay / Çelik, s. 111 vd.).

³⁷⁶ İHAM'ın Çevre hakkına dair kararı için bkz. *Taskın and others v Turkey*, B.No. 46117/99, 10.11.2004, § 48, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-67400> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁷⁷ İHAM'ın birçok davada medeni ve siyasi hakların sosyal yönünü vurguladığı yönünde bkz. Koch, s. 408.

³⁷⁸ İnceloğlu, Anayasa ve İHAS ilişkisi, s. 10.

³⁷⁹ Örneğin bkz. AYM B. No. 2019/42944 T. 17.6.2021, §20-27.

³⁸⁰ İHAM'ın pozitif yükümlülüklerini yerine getirilmesinde mali kaynakların yetersizliği gerekçesini ele almasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ersin Bayra, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2023, ss.79-84.

sayılabileceği hallerde İHAM, devletin mali kaynaklarının yetersizliğini bir gerekçe olarak kabul etmemektedir. Böylece, Anayasamız tarafından devlete pozitif yükümlülük yükleyen haklar yönünden de, önce AYM'ye bireysel başvuruda ve daha sonra da İHAM önüne gelen davalarda bir ihlal kararının çıkmasının önüne geçmek için, ulusal yargıcın İHAM'ın kararlarını dikkate alarak devletin mali kaynaklarının yetersizliği gerekçesini yorumlaması gerektiği görülmektedir.

Konumuz özelinde ise, kişilik hakkı kavramına girecek bir uyumsuzluk karşısında, ulusal yargıcın gerek ulusal öğreti gerek ulusal içtihatlar tarafından kişilik hakkı değerleri kapsamında sayılan özel hayatın, İHAS kapsamında birinci kuşak haklardan özel yaşama saygı (m.8) düzenlemesi ile uyuşması şüpheye yer bırakmadığı için, bu uyumsuzluğun İHAS'ta düzenlenen özel yaşama saygı kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna varmak kolay olacaktır. Ancak bu noktada altı çizilmesi gereken husus, İHAM'ın birinci kuşak haklar kapsamında düzenlenen özel yaşama saygı düzenlemesinin kapsamını bazı ikinci kuşak ve üçüncü kuşak hakları da kapsayacak şekilde ele aldığıdır³⁸¹. İşte bu noktada çalışmamızın konusu olan Medeni Hukuk'un kişilik hakkı kavramına İHAM kararlarının etkisi ile karşı karşıya kalmamız kaçınılmaz hale gelmektedir.

Bu sonuca, yalnızca Anayasamızdaki açık düzenlemeleri takip ederek gelinebildiği gözden kaçmamalıdır. Bu açık düzenlemelere rağmen, 2004 yılı sonrası ve dahası 2010 yılı değişikliğine rağmen, İHAS'ın ve dolayısıyla İHAM kararlarının özel hukuka etkisine dair yatay etki kavramına veya pozitif yükümlülük kavramına başvurmaya gerek olmadığı, bu kavramlar üzerine yürütülen teorik tartışmaların sonuca etkisizliği kanaatimizce açıkça görülmektedir.

Kaldı ki, yukarıda daha ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere³⁸², TMK m. 23 f.1 düzenlemesi “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.” şeklindeki kısıtlaması ile kişilik hakkının korunması kapsamında kişinin özgürlüklerini yeri geldiğinde kendisinden dahi koruduğu görülmektedir. TMK'da sıkça görüldüğü üzere, “özgürlükler” kavramı ile burada bir kanun hükmünün başka bir kanun hükmüne atıf yaptığını ve “özgürlükler”

³⁸¹ İHAM'ın, İHAS'ta düzenlenen birinci kuşak haklar olarak adlandırılan medeni ve siyasi haklar üzerinden ikinci kuşak ve üçüncü kuşak haklar olarak adlandırılan kapsayacak şekilde ele aldığına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Koch, ss. 405-409; Bayra, 64-79.

³⁸² Bkz. Bölüm 1.3.2.9.

kavramının içini doldurmamız için özgürlüklerle ilgili düzenlemelere bakmamız gerektiğinin kabulü ile dahi, temel hakların özel hukuk kişileri arasında uygulanması açıklanabilir. Atıf halinde çoğu kez atıf yapılan hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde, uygulanacağı öngörülür ve burada dolaylı bir uygulama varsa da, bunun “dolaylı etki” ile karıştırılmaması gerekir. Nitekim madde içinde atıf yapılan hükmün özel hukuk kişisi tarafından doğrudan ileri sürülemeyeceği, bu hükme dayanarak doğrudan bir hak talebinde ve iddiada bulunamayacağını söylemek mümkündür değildir. TMK m. 23 f.1 düzenlemesinde “özgürlükler”e yapılan atfın uygulanmasında da genel kabul gören bu yaklaşımdan ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır.

Özel hukuk normlarının ve uyumsuzluklarının özel hukuk yargıcı tarafından temel haklar boyutuyla da değerlendirilmesi gerektiğine dair yapılan gerekçelendirmelerin tümünde³⁸³, yatay etki kavramı yerine devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünü ve yahut T.C. Anayasa’nın yasama, yürütme, yargı organlarının yanı sıra tüm kişileri de bağlayıcı olduğuna dair açık hükmünü dikkate aldığımızda da aynı sonuca, aynı gerekçelerle varmak yine mümkün olacaktır. Dolayısıyla, tartışma temel hakların özel hukuk olaylarında da uygulama alanı bulması gerektiği hakkında değil, bu uygulamanın hangi yöntemle gerçekleşmesi gerektiğine dair yürütülen teorik ayrımlardan kaynaklanmaktadır, bu ayımlar da çalışmamız özelinde İHAM kararlarının kişilik hakkı kapsamına giren değerleri genişlettiğini değiştirmemektedir: *“Anayasanın özel hukuku uygulanması meselesi hakkında aslında bir tartışma bulunmamaktadır. Öğretideki farklılaşma bu uygulamanın nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği, başka bir deyişle uygulama yöntemi meselesine odaklanmaktadır. Anayasanın, özel hukuka*

³⁸³ Örneğin, temel hakların özel hukuk uyumsuzluklarına da uygulanacağına dair isabetli gerekçelendirmelerden biri: “Yatay etkide kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Özel hukuk kuralları genelde irade serbestisi ilkesi uyarınca “ taraflar aksini kararlaştırmadıysa” devreye girer ve yargıçların, bu kuralları Anayasa’nın da dayanağı olan temel hukuk ilkeleri ışığında yorumlayıp uygulamaları gerekir. Ancak özel hukuk normları arasında emredici hukuk normları da vardır; ki bunların pek çoğunun genel anlamda “kamu düzeni” ile ilgili bulunduğu, somut nitelikleri itibarıyla ise “temel hakları koruma normu” olduğu söylenebilir. Evlenme yaşını düzenleyen, kişilik haklarını koruyan, ahlâka mugayir sözleşmelerin hukukî rejimini yahut haksız fiil nedeniyle verilen maddi ve manevi zararların tazminini düzenleyen özel hukuk normlarının her biri anayasal hakların özel hukuk alanında somutlaşması mahiyetinde olduğundan, bu normların dikkate alınmaması doğrudan temel hak ihlâline yol açabilir. Böyle bir durumda özel hukuk uyumsuzluğu yalnızca âdil yargılanma hakkı kapsamında olmaktan çıkar ve kanaatimce, kendisi ile doğrudan ilgili bulunan anayasal hak kapsamında bir denetime konu olur.” Osman Can, “‘Dolaylı Etki’ ve ‘İyi Yönetişim’ Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 35, 2018, s. 30.

uygulanmasını engelleyen tek şey vardır: O da özel hukuk uyumsuzluğunun konusunun anayasal önem³⁸⁴ taşınamamasıdır³⁸⁵.”

Sonuç olarak, öğretilerdeki görüşlerin hangisi kabul edilirse edilsin, günümüzde temel hakların özel hukuk ihtilafları üzerinde de etkili olması gerektiği ortaya konulmuştur. Aşağıdaki başlıkta ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, bu etkiye dair hangi teorik kavram veya yöntem benimsenmişse benimsensin uygulamada bu etkinin özel hukukun her alanına yayıldığı görülmektedir. Böylece bu bölümde temel hakların özel hukuka etkisine dair teorik tartışmaların ortaya konulmasının ardından, bir sonraki bölümde bu etkiye dair İHAM’ın tutumu ve emsal kararları (Bölüm 2.2.1.) ile yabancı ülke emsal kararlarının (Bölüm 2.2.2.) ele alınması temel hakların özel hukuka etkisinin daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacaktır. Böylece ilk bölümde farklı boyutlarıyla ortaya koyduğumuz Türkiye’deki kişilik hakkı kavramının, ikinci başlıkta ele aldığımız temel hakların özel hukuka etkisinin kabulü ile, İHAM kararları doğrultusunda Türkiye’de çok çeşitli emsal kararlarda da karşımıza çıkması gerektiği üçüncü bölümde daha etkin bir şekilde ortaya konulabilecektir.

2.2. Temel Hakların Özel Hukuka Etkisine Dair Uygulamadaki Yaklaşımlar

Bilindiği üzere, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararları tarafı olan devletleri bağlar ve Mahkeme, kural olarak devletlerin İHAS’a aykırılıkları ile denetim yetkisine sahiptir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere Mahkeme’nin amacı öncelikle devletlerle bireyler arasındaki “dikey ilişkideki” İHAS’a aykırılıkları tespit etmektedir³⁸⁶. Nitekim İHAS m. 19, Mahkeme’nin kuruluş amacını açıkça “bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar’a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur” şeklinde belirtmektedir.

³⁸⁴ Anayasal önem kriterine dair Almanya Anayasa Mahkemesinin yorumu için bkz. Andreas L. Paulus, “Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve “Temel Anayasal Önem” Kavramı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 29 S. 1 (2013), s. 139-149. <https://dergipark.org.tr/en/pub/anayasayargisi/issue/52012/678268> (Son erişim: 20.11.2023)

“Federal Anayasa Mahkemesi nezdindeki kira davasının kabul edilebilirliğine ilişkin verilen bu karara göre, temel anayasal önemin varlığı için üç husus gereklidir: (1) anayasa hukukuna ilişkin bir meseleye dair güçlü şüphelerin bulunması; (2) kararın belli bir etkiye sahip olması; (3) karar verilirken temel anayasal önem arz eden hususun ele alınacak olması.”

³⁸⁵ Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 43. Anayasanın özel hukuka uygulanmasında anayasal önem taşıması sınırına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Boyar, “Anayasa ve Özel Hukuk”, s. 43-51.

³⁸⁶ Bkz. Bölüm 2.2.1.

Devletin ve devlet görevlilerinin taraf olduğu ilişkilerde İHAM'ın karar alma yetkisi bu tezin konusu olmadığından, ayrıca üzerinden durulmayacaktır. Ancak kuruluş amacının lafzına bakıldığında İHAM'a açıkça tanınan bu yetkinin, doğrudan devletin taraf olmadığı özel hukuk ilişkilerine genişlemesi yolundaki adımların ve nedenlerinin yine İHAM'ın bizzat verdiği kararlar ile ortaya konmuş olduğunun altını çizmek gerekir. Bu nedenle, bu bölümün ilk kısmında öncelikle İHAM kararlarının kapsamının özel hukuk ilişkilerine de genişlemesinin temelleri ele alınacak ve ikinci kısımda İHAS'ın özel hukuk ilişkilerine etkisine dair İHAM'ın tutumu kararları çerçevesinde ortaya konulacaktır. Bölümün üçüncü ve son kısmında ise, İHAS'ın özel hukuk ilişkilerine ne denli etkili olabileceğinin görülebilmesi amacıyla, İHAM'ın çok farklı özel hukuk ilişkilerinde verdiği çeşitli emsal kararlar üzerinde durulacaktır.

2.2.1. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

2.2.1.1. İHAM'ın Genişleyen Yetki Alanının Temeli

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "Mahkeme'nin yargı yetkisi" başlıklı 32. maddesi,

1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar.

2. Mahkeme'nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir.

şeklinde olup, bu madde uyarınca Mahkeme'nin Sözleşme ve Protokolleri yorumu ile yetkili olduğuna kanaat getirdiği tüm sorunlara dair yetkili olabileceği görülmektedir.

Bu düzenlemenin, yorum kuralları ile ilgili herhangi bir belirlilik içermediği, herhangi bir yönlendirmede bulunmadığı görülmektedir³⁸⁷. İHAM ise, karşısına gelen ihtilafla ilgili İHAS'ı ve Protokollerini yorumlamasına ilişkin olarak, 22 Mayıs

³⁸⁷ Beatrice Moutel, *L'Effet Horizontal de la Convention Européenne des Droits de L'Homme en Droit Privé Français Essai Sur la Diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Limoges Üniversitesi, Limoges, 2006, s. 9.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin ilkeleri düzenleyen m. 31-33 düzenlemelerinin kendisine rehberlik ettiğini belirtmiştir³⁸⁸. Bu Sözleşme'nin “genel yorum kuralı” başlıklı m. 31 §1 düzenlemesi, “Bir andlaşma, hükümlerin andlaşmanın bütün içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.” şeklindedir.

Mahkeme'nin, yukarıda bahsi geçen hükümlerin kendisine tanıdığı geniş yetkiyle, özel hukuk ilişkilerine dair de karar vermesinin temelinde “Sözleşme teorik veya göz boyayıcı hakları değil somut ve etkili hakları güvence altına almaktadır.”³⁸⁹ düşüncesi yatmaktadır. Mahkeme, Wemhoff/Almanya kararında da³⁹⁰, sözleşmeyi yorumlarken, “ tarafların taahhütlerine en sınırlı kapsamı verecek yorumu değil, sözleşmenin amacına ulaşması için en uygun yorumu” tercih etmesi gerektiğini belirtilerek, genişletici yorumu benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Yine Mahkeme birçok kararlarında³⁹¹ “Sözleşme'nin, dinamik bir karaktere sahip olan, Devletlere pozitif yükümlülükler getiren ve günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunun” da sıklıkla altını çizerek Mahkeme'nin Sözleşme'nin geniş yorumlanmasına dair benimsediği yaklaşımı vurgulamaktadır.

Böylece değişen toplumsal-siyasi koşullara etki etme arayışı ve Sözleşme'nin günümüz koşullarına göre yorumlanması çabası Mahkeme'nin Sözleşme'nin uygulama alanını genişletmesi sonucunu doğurmuştur. Bu doğrultuda, Avrupa İnsan Hakları pozitif hukuku ile yalnızca Sözleşme ve protokolleri değil, aynı zamanda ve hatta esas olarak Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumladığı kararlar da anlaşılmaktadır³⁹². Mahkeme'nin Sözleşme'nin etkin yorumunda başvurduğu

³⁸⁸ İHAM, *Golder/Birleşik Krallık*, B. No. 4451/70, 21.02.1975, §29, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62054> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁸⁹ İHAM, *Airey-İrlanda*, B. No. 6289/73, 09.10.1979, §26, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61978> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁹⁰ İHAM, *Wemhoff/Almanya*, B. No. 2122/64, 27.06.1968, §8, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62151> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁹¹ İHAM, *Mazurek-Fransa*, 01.02.2000, § 30 ve §49 <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62151> ; İHAM, *Johnston ve diğerleri-İrlanda*, B. No. 9697/82, 18.12.1986, §53, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62066> ; *Tyrer-Birleşik Krallık*, B. No. 5856/72, 25 Nisan 1978, §31, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62143> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁹² Moutel, s. 11.

“Sözleşme’de yer alan hakları korumak için pasif kalmakla yetinemeyecek olan”³⁹³ devletlerin pozitif yükümlülükleri Mahkeme’nin özel hukuk ilişkilerine dair de karar almasının zeminini oluşturmaktadır. Bu içtihatlarla, “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin I. Bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerini tanırlar.” şeklinde İHAM m.1 düzenlemesi dayanak oluşturmaktadır. Nitekim Mahkeme, özel hukuk ilişkisinden doğan bir ihtilafa dair verdiği *Ukrayna v. Sovtransavto Holding* kararında³⁹⁴ bu hususu açıkça dile getirmiştir:

“Mahkeme, Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca her Sözleşmeci Devletin ‘yetki alanı içindeki herkese Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlayacağını’ yineler.

Bu belge ile tanımlanan hakların etkili bir şekilde kullanılmasını garanti altına alma yükümlülüğü, Devlet için pozitif yükümlülükler gerektirebilir. Böyle bir durumda, Devlet kendisini pasif kalmakla sınırlayamaz ve ihmaller ile eylemler arasında ayırım yapmaya gerek yoktur.

1 No’lu Protokol’ün 1. Maddesi ile güvence altına alınan hakla ilgili olarak, bu tür pozitif yükümlülükler, uyumsuzluğun gerçek kişiler veya tüzel kişiler arasında olduğu durumlarda bile mülkiyet hakkını korumak için gerekli bazı önlemleri gerektirebilir.”

Görüldüğü üzere Mahkeme, hem Sözleşme’nin 1. maddesine hem de pozitif yükümlülükler tekniğine başvurarak, Devletin yükümlülüklerini yatay ilişkilere genişletmeyi oldukça kolay bir şekilde gerçekleştirmiştir³⁹⁵.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin, yalnızca tarafı olan devletleri bağlayan bir uluslararası hukuk aracı olarak ele alınması nedeniyle Sözleşme’nin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere etkisi, ülkelerin anayasalarındaki temel hakların bu

³⁹³ İHAM, *Airey-İrlanda*, B. No. 6289/73, 11.09.1979, §25, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61978> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁹⁴ İHAM, *Sovtransavto Holding-Ukrayna*, B. No. 48553/99, 25.07.2002, § 96, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65191> (Son erişim: 20.11.2023).

³⁹⁵ Moutel, s. 38.

ilişkilere etkisi tartışmalarına göre biraz daha geç ortaya çıkmıştır³⁹⁶. Nitekim, İHAM'a başvurular her halükârda devlet aleyhine yapılmaktadır. Sözleşme'ye göre devletin öncelikle kendisine bağlı olan organların hak ihlallerinden doğrudan bir sorumluluğu vardır, ancak bir özel kişinin temel hak ihlalini gerçekleştirdiği durumlarda ise, hakkı zarar gören kişiyi korumak için gerekli olan adımların atılmaması dolayısıyla üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle de sözleşmenin tarafı olan devletin dolaylı olarak³⁹⁷ sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır³⁹⁸. Artık devlet bireylerin birbirlerinin haklarını çiğnedikleri durumlarda da uluslararası anlamda sorumlu tutulabilmektedir³⁹⁹.

2.2.1.2. İHAM'ın Tutumu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınan hakların özel hukuk kişileri üzerine etkisine dair öncelikle pozitif yükümlülük kavramını temel almış olduğu için Mahkemenin bu kavramı kabul etmesine dair yaptığı açıklamalara kısaca değinmek yerinde olacaktır. Her ne kadar bu kavramı öncelikle özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiler için kullanmasa da, pozitif yükümlülüğün amacını ve Mahkeme tarafından nasıl ele alındığını anlamak için birkaç kararı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

İHAM'ın haklara etkili bir koruma sağlanabilmesi için devletlerin negatif yükümlülükleri olduğu gibi pozitif yükümlülüğü de olduğunu da açıkça dile getirdiği ilk karar olarak kabul edilen Belçika Dil Davasını⁴⁰⁰ öncelikle anmak gerekir. Dava konusu uyuşmazlık, Belçika'da, Hollanda'ca konuşanların çoğunluğu oluşturduğu bölgede oturan ve Fransızca konuşan veya kendilerini çoğunlukla Fransızca ifade eden çocukların zorunlu temel eğitiminin Hollandaca değil Fransızca olması

³⁹⁶ Samantha Besson, “Comment Humaniser le Droit Privé sans Commodifier Les Droit de L’Homme”, (ed.) Franz Werro, **Droit civil et Convention Européenne des droits de l’homme**, Schulthess, 2006, s. 3.

³⁹⁷ Yazar, bu sorumluluğa “*dolaylı özel sorumluluk*” olarak adlandırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki burada kastedilen, etkinin dolaylı olması değildir, sorumluluğun dolaylı olmasıdır. Devlete sorumluluğun dolaylı olması, yürütülen başvuru mekanizması ile ilgilidir. Alexander Williams, “A fresh perspective on hybrid public authorities under the Human Rights Act : private contractors, rights-stripping and 'chameleonic' horizontal effect”, *Public Law*, 2011, s.146. (Westlaw, Son erişim: 20.11.2023)

³⁹⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. Williams, ss. 139-163.

³⁹⁹ Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Yatay Etki”, s. 60.

⁴⁰⁰ İHAM, *Belçika Dil Davası*, 23.07.1968, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62083> (Son erişim: 20.11.2023).

üzerinedir. Uyuşmazlık, giriş bölümünde açıkladığımız çalışma sınırının dışında kaldığından karar üzerinde daha fazla durulmayacak olsa da, bu karar ile ilk defa Mahkeme, pozitif yükümlülük kavramını özel hayata saygı hakkı üzerinden kapsamlı şekilde tartışmış ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine taraf devletlerin sözleşme tarafından güvence alınan haklara gerçek bir koruma sağlanabilmesi için yükümlülüklerinin pozitif boyutu olduğunu da kabul etmiştir.

Mahkeme, daha sonraki birçok kararı ile⁴⁰¹ bu savını yeni unsurlar ekleyerek genişletmiştir ve güvence altındaki hakların, bireyler tarafından etkili bir şekilde kullanılmasının garanti altına alınması için sözleşme hükümlerinin biri negatif diğeri pozitif olmak üzere ikili bir boyuta sahip olduğunu kabul etmeye devam etmiştir⁴⁰².

Mahkemenin görüşüne göre, pozitif yükümlülükler uyarınca uygulamada ulusal makamların bir hakkı güvence altına almak için gerekli tedbirleri alması⁴⁰³, başka bir deyişle ulusal makamların makul ve uygun tedbirler alarak bireyin haklarını koruması gerekmektedir⁴⁰⁴.

Mahkemenin temel olarak pozitif yükümlülüğü kabul etmesine dair açıklamalarda, genellikle “Sözleşme’nin amacının hakların kuramsal ve göstermelik olarak değil, somut ve etkin bir şekilde korunması olduğu” vurgusu yer almaktadır⁴⁰⁵.

Devletin haklara yalnızca saygı göstermeyip ayrıca hakların gerçekleştirilmesini sağlaması, temel haklar açısından garantörlük işlevinin de olmasına İHAS m. 1’deki “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu

⁴⁰¹ Örneğin bkz., İHAM, *Marckx/Belçika*, B. No. 6833/74, 11.06.1979, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62092> ; İHAM, *Airey-İrlanda*, B. No. 6289/73, 09.10.1979, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-61977> ; İHAM, *Van Oosterwijck/Belçika*, B. No. 7654/76, 06.11.1980, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62107> ; İHAM, *Siliadin – Fransa*, B. No. 73316/01, 26.07.2005, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-69890> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁰² Akandji-Kombe, s. 6.

⁴⁰³ İHAM, *Hokkanen/ Finlandiya*, B. No. 19823/92, 24.08.1994, §55, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62459> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁰⁴ İHAM, *López-Ostra - İspanya*, B. No. 16798/90, 09.10.1994, §51, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62468> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁰⁵ İHAM, *Von Hannover/Almanya*, B. No. 59320/00, §71, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-66402> (Son erişim: 20.11.2023).

Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.” düzenlemesi dayanak gösterilmektedir⁴⁰⁶.

Nitekim Assanidzé – Gürcistan kararında da Mahkeme,

“Sözleşme'nin 1. Maddesi, Taraf Devletlerin “kendi yetki alanlarındaki herkese Sözleşme'nin I. Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına almalarını” gerektirir. Bu hükümden, Taraf Devletlerin, ihlal anında “yetki alanları” veya yetkileri dahilindeki herhangi birinin korunan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden sorumlu olduğu sonucu çıkmaktadır.”⁴⁰⁷

şeklinde m. 1'e önem atfetmektedir.

Bu maddeye dayandırılarak pozitif yükümlülüklerin devletin yargı yetkisinde bulunan kişileri koruma görevinden doğduğu ortaya konmaktadır. Devlet bu görevi esas olarak Sözleşmenin bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanmasını güvence altına alarak yerine getirecek, böylece, pozitif yükümlülük teorisi Sözleşmenin kapsamını bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletecek ve bu dar kapsamda “yatay etki” olarak anılacaktır⁴⁰⁸.

İnsan haklarının geleneksel olarak yalnızca kamu makamlarının eylemlerine karşı korumanın, artık zamanımızın gerekliliklerini karşılamadığı görülmektedir. Nitekim, birçok alanda ortaya çıkan yeni özel hukuk güçlerine karşı da, savunmasız olanların korunması ve eşitsizliklerin hafifletilmesi gereği doğmuştur. Yanı sıra, devletler de kendi taahhütlerinden kaçınmak için özel hukuk kişilerinin arkasına saklanma eğiliminde olabilmektedirler. Nitekim 1993 tarihli bir kararında⁴⁰⁹ da Mahkeme açıkça, “Devlet, sorumluluklarını özel kuruluşlara ve kişilere devrederek

⁴⁰⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 54.

⁴⁰⁷ İHAM, Assanidzé/Gürcistan, B. No. 71503/01, 08.04.2004, §137, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-66255> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁰⁸ Agandji-Kombe, s. 14.

⁴⁰⁹ İHAM, Costello Roberts/Birleşik Krallık, B. No. 13134/87, 25.03.1993, §27, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62361> (Son erişim: 20.11.2023).

sorumluluğundan kaçamaz.” demekle kararlarının özel hukuk ilişkilerine genişleme nedenlerinden birini daha açıkça ortaya koymaktadır⁴¹⁰.

Mahkemenin, üçüncü kişilere karşı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin 1985 tarihli *X ve Y – Hollanda* kararında, uyuşmazlığa konu olayın tarafları, zihinsel engelli bir kişinin babası ve bu kişinin kaldığı özel bir yurttur. 16 yaşındaki Y, kaldığı özel yurdun sorumlu kişinin damadı tarafından tecavüze uğramış, babası şikâyetle bulunmasına rağmen Y’nin bizzat şikâyetle bulunması aranmıştır. Mahkeme bunun üzerine,

“Başvuruya neden olan olgular, kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğünü kapsayan ve "özel hayat" kapsamındaki cinsel yaşamı ile ilgilidir.

Mahkeme, 8. maddenin temel amacının öncelikle, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğunu, ancak bunun yalnızca Devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamak olmadığını, bu negatif yükümlülüğe ek olarak, aynı zamanda özel veya aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesinin doğasında var olan pozitif yükümlülükleri kapsadığını da hatırlatır. (9 Ekim 1979 tarihli Airey kararı, Seri A no. 32, s. 17, para. 32). Bu yükümlülükler kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde dahi özel yaşama saygıyı sağlamayı amaçlayan önlemlerin alınmasını kapsayabilir.”

Diğer yandan Mahkeme, aşağıda daha ayrıntılı ele alacağımız bir kararında⁴¹¹ konu hakkındaki yaklaşımını bir çerçeveye oturtmaktan imtina ettiğini açıkça dile getirmiştir. Mahkeme kararında, sözleşmenin koruyuculuğunun, “özel kişiler arasındaki ilişkilere hangi ölçüde yayılabileceğine dair” genel bir teori geliştirmekten imtina etmiş ve bu iradesini Verein gegen Tierfabriken/ İsviçre kararında açıkça, “bunu arzu etmediğimiz gibi, böyle bir şey gerekli de değildir” şeklinde ortaya koymuştur⁴¹².

⁴¹⁰ Sözleşme düzenlemelerinin kapsadığı alanın İHAM kararları ile genişlemesine ilişkin duyulan kaygılara ilişkin bkz. Moutel, s. 25.

⁴¹¹ İHAM, Vgt Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, B. No: 24699/94, 28.06.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64092> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴¹² İHAM, Vgt Verein Gegen Tierfabriken/ İsviçre, B. No: 24699/94 28.06.2001, §46, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64092> (Son erişim: 20.11.2023).

2.2.1.3. İHAM'ın Genişleyen Alanında Karşımıza Çıkan Özel Hukuk İhtilaflarından Örnekler

Sözleşmenin maddeleri gözden geçirildiğinde, bazı maddelerinin gündelik hayatımızda özel hukuk kişileri arasında ne denli önemli olabileceği görülürken, doğası gereği, sadece taraf devletlere sorumluluk yükleyen ve özel hukuk ilişkilerine konu olamayacak maddeleri de mevcuttur. Örneğin kanunsuz ceza olmayacağını öngören Sözleşme m. 7, serbest seçim hakkını düzenleyen Ek Protokol-m.3, borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağını ve vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağını öngören Ek Protokol 4-m. 1 ve m. 3 bu maddelere örnek olarak sayılabilir. Bu saydığımız maddeler gibi doğası gereği özel hukuk ilişkilerine konu olamayacak düzenlemeler dışındaki düzenlemelerin her birinin, İHAM tarafından özel hukuk ilişkilerine dair ihtilaflarda değerlendirildiği kararlar gün geçtikçe artan sayıda karşımıza çıkmaktadır.

Bu başlıkta, İHAM'ın özel hukuk ilişkilerine dair ne denli çeşitli ihtilaflarda kararları olduğunu ortaya koymak adına bazı kararlar kısaca örnek niteliğinde ele alınacaktır. İHAM'ın kişilik hakkı kapsamında üzerinde durulabilecek kararları başka bir başlıkta ayrıca değerlendirileceğinden bu başlık altında bu kararlar ele alınmayacaktır.

2.2.1.3.1. *Young, James ve Webster/ Birleşik Krallık Kararı*⁴¹³

Young, James ve Webster kararı, Sözleşmenin yatay ilişkilerinde uygulanmasını tanıyan ilk kararlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararda öncelikle Mahkeme tarafından 1. maddeye göre her Sözleşmecî Devletin, kendi yargı yetkisi dahilindeki herkes için Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri tanıdığı vurgulanmıştır. Mahkemeye göre “*Bu nedenle, bunlardan birinin ihlali, ulusal yasa koyucunun bu yükümlülüğü yerine getirmemesinden kaynaklandığında, sorumluluk devlete düşer. Bununla birlikte, davanın ortaya çıkmasına neden olan olayların doğrudan nedeni, British Rail ile demiryolu sendikaları arasındaki 1975 anlaşmasında yatıyorsa, ilgili tarafların şikâyetçi olduğu muameleyi hukuka uygun kılan, o tarihte yürürlükte olan iç hukuktur. Dolayısıyla, Sözleşme'nin ihlal*

⁴¹³ İHAM, *Young, James ve Webster/Birleşik Krallık*, B. No. 7806/77, 13.08.1981, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62164> (Son erişim: 20.11.2023).

edilmesinden dolayı davalı Devlet'in sorumluluğu bu temelde ortaya çıkmaktadır; başvuranların iddia ettiği gibi, sorumluluğun devletin işveren statüsünden mi, yoksa British Rail üzerinde uyguladığı kontrolden mi kaynaklandığını belirlemeye gerek yoktur.”

Young, James ve Web kararı, yatay etkinin iki şekilde inşa edildiğini göstermektedir. Kararda bir yandan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu raporundaki pozitif yükümlülükler başvurulurken, diğer yandan da, Sözleşme'nin 1. maddesine atıf yapılmaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 1. maddesi, pozitif yükümlülükler teorisi lehine uzun süre ikincil sırada kalmış ve yatay etki pozitif yükümlülükler temelinde gelişim göstermeye devam etmiştir⁴¹⁴.

Hükümet, bu tür görevden almaların bir şirketin yöneticileri tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle kendisine bir sorumluluk isnat edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak İnsan Hakları Avrupa Komisyonu raporunda⁴¹⁵, sözleşmenin yalnızca bireyi devlete karşı korumakla kalmayan, aynı zamanda devletin bireylerin haklarını başkalarının eylemlerine karşı da korumakla yükümlü olduğunu belirterek, Hükümet'in bu gerekçesini kabul etmemiştir.

2.2.1.3.2. Verein gegen Tierfabriken/ İsviçre Kararı⁴¹⁶

Uyuşmazlık konusu, hayvanların korunması konusunda faaliyet gösteren bir derneğin reklamlarının, ulusal düzeyde yayın yapan tek kurum olan SSR'in (İsviçre Yayın ve Televizyon Kurumu), reklamlar konusunda anlaşmış olduğu bir özel hukuk kişisi olan AGW şirketi tarafından yayınlanmasının kabul edilmemesidir. Kararda, bu uyuşmazlıkta devletin bir sorumluluğu olup olmadığına dair savlar ayrı bir başlık altında ele alınmıştır ve bu konuda derneğin İHAM'a başvurunda ileri sürdükleri dikkate değerdir:

“Başvuran derneğe göre, Devlet, ortaya çıkan “özelleştirme”nin temel hakları ihlal ettiği koşullar altında özel hukuka tabi kişilere görevleri devretme yetkisine sahip değildir. İsviçre'de radyo ve

⁴¹⁴ Moutel, s. 48. Mahkeme'nin yatay etkiye ilişkin kararlarında bu iki temelden hangisine dayanacağı hakkındaki karar farklılıklarına dair eleştiriler için bkz. Moutel, s. 116 vd.

⁴¹⁵ İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, 14 Aralık 1979 tarihli rapor, §168.

⁴¹⁶ İHAM, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken/ İsviçre*, B. No. 32772/02, 30.06.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64092> (Son erişim: 20.11.2023).

televizyon programlarının yayınlanması her zaman Devlet tarafından verilen bir imtiyazın verilmesine tabi olduğundan, bu imtiyazların, bu imtiyazları düzenleyen yasaları hazırlarken, ifade özgürlüğüne uygunluğu garanti etmesi gerekir⁴¹⁷... Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayrım nedeniyle , bazı durumlarda ifade özgürlüğünün, bir kişiye, reklam verenlerin finanse ettiği bir televizyon programın "reklam arası"nda sosyal konularda görüş ifade etme hakkı verdiği gerçeği yeterince dikkate alınmamaktadır.”

Hükümetin temel iddiası ise, AGW'nin reklamı yayınlamayı reddetmesi, İsviçre makamlarının sorumluluğunda olmadığıdır. Nitekim özel hukuk kurallarına göre kurulmuş ve yönetilen söz konusu şirket üzerinde hükümetin, herhangi bir kontrolü bulunmamaktadır. Hükümetin açıklamaları arasında, şirketin bir yazısında reklamı reddetme gerekçesi olarak, özellikle ticari menfaatlerine zarar veren ve yayın haklarını etkileyen reklamları yayınlamak zorunda olmadığına belirtildiği, dolayısıyla yayınlamama gerekçesinin kişisel nitelikte olduğu da yer almaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi ise kararında, SSR yayınlarının artık reklam programları ile ilgili olarak, yerel, bölgesel ve yabancı yayıncılarla rekabet halinde olduğunu, artık tekel konumunda olmadığını, başvuranın reklamlarını başka kanallarda da yayınlamasının imkanı olduğunu, yayıncının reklamı yayınlamak gibi bir kamu hukuku yükümlülüğü olmadığını, başvuran derneğin siyasi fikirlerini yaymak için başka araçlara da sahip olduğunu, AGW'nin derneğe bu olanakları da sunduğunu ileri sürerek, dernek aleyhine karar vermiştir.

Hükümet tarafından yapılan açıklamalarda, İsviçre Federal Mahkemenin kararı zaten Sözleşme m. 10 tarafından güvence altına alınan hakları kendi önünde talep edebileceğini kabul ederek ele aldığını ve uyuşmazlığı İHAM içtihatları ışığında incelemiş olduğu ileri sürmüştü ve Federal Mahkemenin hem anayasal hakların hem de Sözleşme haklarının özel kişiler arasındaki ilişkilerde “yatay” olarak uygulanabileceğini kabul ettiğini ancak bu davada Federal Mahkemenin, uyuşmazlığın öncelikle özel hukuk açısından çözülmesinin uygun olacağı kanaatinde olduğunu söylemiştir. Nitekim Hükümet, AGW'nin reddetmesinin, şüphesiz özel

⁴¹⁷İHAM, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken/ İsviçre*, B. No. 32772/02, 30.06.2009, § 38, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64092> (Son erişim: 20.11.2023).

kişiler arasındaki temel hakların "yatay" etkileriyle ilgilenen Rekabet Komisyonu tarafından incelemeye tabi tutulduğunu ileri sürmüştür.

İHAM, devletin bir sorumluluğu olup olmadığına dair ileri sürülen tüm savlar karşısında, taraflar arasında özel hukuka tabi bir sözleşme olduğunu ve AGW'nin sözleşme özgürlüğünden yararlanan özel bir taraf olarak hareket ettiğini dikkate almasına rağmen İsviçre devletini "pozitif yükümlülükler"i dayanak göstererek Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesinin ihlalinin sorumlu bulmuştur⁴¹⁸..

“AGW'nin bir İsviçre özel hukuk şirketi olduğu taraflarca tartışılmazdır. Bu nedenle, başvuranın başvuran derneğin reklamını yayınlamayı reddetmesinin davalı Devletin yargı yetkisine girip girmediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, özellikle AGW'nin bir reklam almaya karar verdiğinde, sözleşme özgürlüğünden yararlanan özel bir taraf olarak hareket ettiği yönündeki iddiasını dikkate almaktadır.

Sözleşme'nin 1. Maddesi uyarınca, Sözleşmeci Devletler “kendi yetki alanları dahilindeki herkese... Sözleşmede [... Sözleşmede] tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alırlar”. Mahkemenin Marckx v. Belçika (13 Haziran 1979 tarihli karar, Seri A no. 31, s. 14-15, § 31; ayrıca bkz. Young, James ve Webster / Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Seri A no. 44, s. 20, § 49), bir Devletin Anayasa ile güvence altına alınan haklara herhangi bir müdahaleden kaçınma konusundaki negatif yükümlülüklerine, bu hakların içerdiği “pozitif yükümlülükler” de eklenebilir.”

Bu kararın yatay etki teorisi için ayrıca bir önemi bulunduğunu vurgulamakta fayda vardır. Nitekim yatay etkinin teorik temellerinde özel yetkilerin, özel gücün

⁴¹⁸ İHAM konuyu birçok yönden ele alarak vermiş olduğu bu kararında özetle, başvuran derneğin fikirlerini yayma özgürlüğü ile AGW ve SSR'nin hangi bilgileri kamunun dikkatine sunmayı seçeceklerine karar verme hakları arasında bir çatışma olduğunu, başvuranın bakış açısının kabul edilmesi ile, "yayın hakkına" devletin müdahalesinin tanınması anlamına geleceğini, 10. Madde'nin bu durumda üçüncü bir tarafı, yaymak istemediği bilgileri yaymaya zorlayacağını, son olarak, halkın televizyon programlarındaki uygunsuz reklam kesintilerinden korunması gerektiğini dikkate katmış ve bu hususları orantılılık temelinde, demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ele alarak Sözleşmenin 10. Maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü açısından ihlal kararı vermiştir.

kötüye kullanılmasının önüne geçmek olduğu ileri sürülmektedir⁴¹⁹. Bu yönüyle kararın, yatay etki teorisinin özüne çok uygun olduğu söylenebilecektir⁴²⁰.

Günümüzde, klasik olarak devlete ait olan görevlerin özel kişilere devredildiği uyuşmazlıklarda, bu görevin bir özel kişi eliyle gerçekleştirilmiş olmasının devletin yükümlülüklerinden muaf tutamayacağını ayrıca vurgulamaktadır⁴²¹. Bu örneklerin, pozitif yükümlülüklerin alt başlığı olarak ele aldığımız yatay etkinin kapsamının sınırında kaldığını söylemek mümkün olacaktır, yine bir özel hukuk tabiriyle burada mahkeme bir nevi “perdenin aralanması” teorisi benzeri bir dayanak yaratması şaşırtıcı değildir.

2.2.1.3.3. *Steel ve Morris/Birleşik Krallık Kararı*⁴²²

Bu olayda London Greenpeace adında bir örgüte üye başvuru, içerisinde fast-food zinciri Mc Donalds aleyhine ciddi iddialar ve suçlamalar bulunan bir broşür dağıttıkları için İngiliz mahkemelerince yüksek miktarda para cezasına çarptırılmışlardır. Davalı devletin savunmasına göre, İngiliz hukuku uyarınca bu tür ağır suçlamalar söz konusu olduğunda, iddia sahipleri iddialarının doğruluğunu gösterebilmeli aksi takdirde özür dileyerek bu iddiaları geri almalıdırlar.

Bu olayda, London Greenpeace (Greenpeace International ile hiçbir bağlantısı olmayan) adlı küçük bir kuruluşla ilişkilendirilen başvurular, 1980'lerin ortalarında, McDonald's'a karşı başlatılan bir kampanya kapsamında altı sayfalık bir broşür dağıtmışlardır. McDonald's ile ilgili ağır iddialar ve suçlamalar içeren broşür nedeniyle itibarı zedelendiği iddiası ile dava açan McDonald's davayı kazanmış ve

⁴¹⁹ İnsan haklarının özelleştirilmesine ve özel yetkilerin kötüye kullanılmasına dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. Frances Raday, “Privatising Human Rights and the Abuse of Power”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 13, 2000, ss. 103-136.

⁴²⁰ Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 65.

⁴²¹ Özel bir anaokulundaki dayak cezası ile ilgili olarak, eğitimin özel okullar aracılığı ile gerçekleştirildiği hallerde de devletin yükümlülüklerinden muaf olamayacağına ilişkin bkz. İHAM, *Costello Roberts – Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25.03.1993, §27-28, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62361> (Son erişim: 20.11.2023). Yine Polonya devletinin, II. Dünya Savaşında zorla çalıştırma konusunda tazminat yükümlülüğünü, bu konuda kurulmuş olan bir özel hukuk vakfına devretmesi halinde de devletin sorumluluğunun devam ettiğine dair bkz. İHAM, *Wos / Polonya*, B. No: 22860/02, 01.03.2005, §53, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-75720> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴²² İHAM, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15.02.2005, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-68228> (Son erişim: 20.11.2023). Kararın çevre ve hayvan hakları açısından önemi ve İHAM'ın benzer konudaki kararları için bkz. Erkan Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 47, s. 121-160.

dava sonucunda İngiliz mahkemeleri başvuranların yüksek miktarda tazminat ödemesine karar vermiştir.

Broşürde şirketin, üçüncü dünyadaki açlıktan sorumlu olduğu; küçük çiftçileri topraklarından, kabilelerin de yağmur ormanlarındaki yaşam alanlarından sürülmesinden sorumlu olduğu iddiaları yer almaktadır. Broşürde ayrıca, şirketin sunduğu yiyeceklerin besleyici niteliklerinin olmaması ve bu yiyecekleri tüketmenin yarattığı sağlık riskleri ile ilgili iddialar yer almaktadır. Şirketin reklam kampanyaları tarafından çocukların kötü niyetli bir şekilde hedef alındığı, şirket tarafından hayvanların üremesine ve kesimine dair acımasız uygulamalar yürütüldüğü benzeri iddialar da broşürde yer almaktadır.

Başvuranların davayı adil bir şekilde taraf olabilmek için maddi durumlarının olmamasına rağmen, adli yardım başvurularının reddedilmesi; davanın İngiliz yargı tarihinin en uzun yargılamalarından biri olup 313 duruşmada sonuçlanması, davanın kesinleşmesinin 9 yıl 6 ay sürmesi gibi nedenlerle başvuranların Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair çok yönlü iddiaları mevcuttur ve ilgili karar bu açılardan da tartışmalar içermektedir⁴²³. Ancak bu tartışmalar doğrudan başvuranlar ile savunmacı devlet arasındaki dikey ilişkiyi ilgilendirdiğinden burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

İHAM tarafından, her ne kadar temeldeki uyuşmazlık tamamen iki özel hukuk kişisi arasında olsa da, yatay etkiye veya pozitif yükümlülüğe herhangi bir atıf yapılmasına gerek duyulmaksızın uyuşmazlık ele alınmış ve savunmacı devletin Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü koruyan 10. Maddesi açısından da ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirmede⁴²⁴, her iki başvuranın da “broşürün hazırlanmasına katılmadıkları, sadece bir broşür dağıtan insanlardan, içerdiği her bilginin doğruluğunu kanıtlamalarını istemenin, onlar gibi aktivistler üzerinde dayanılmaz bir yük oluşturacağı ve bunun kamusal tartışmayı boğmaya katkıda bulunduğu, büyük çok uluslu şirketlerin en azından mali kayıp yaşadıklarına dair kanıt olmadan iftira davası açamaması gerektiğini, broşürde yer alan bilgilerin

⁴²³ İHAM, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15.02.2005, §49, §107-109, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-68228> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴²⁴ İHAM, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15.02.2005, §85 ve §98, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-68228> (Son erişim: 20.11.2023).

zaten büyük ölçüde kamusal olduğu” iddiaları karşısında, İngiltere’deki iftira ile ilgili yasasının ve mevcut davadaki uygulamasının "başkalarının itibarını veya haklarını koruma" meşru amacını güttüğünü belirtmişse de, karar verilmesi gerekenin müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusu olduğunu vurgulamıştır.

Hükümet, başvuruların gazeteci olmadıklarına ve dolayısıyla 10. madde kapsamında basına sağlanan yüksek düzeyde korumadan yararlanmamaları gerektiğini, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin şirketin itibarını korumak için gerekli ve ölçülü olduğunu savunmuştur. Ancak Mahkeme, demokratik bir toplumlarda Londra Greenpeace gibi küçük, resmi olmayan militan grupların bile, faaliyetlerini etkili bir şekilde yürütebilmesi ve ana akım dışındaki bu tür grupların ve bireylerin, sağlık ve çevre gibi konularda bilgi ve görüşler yayarak kamusal tartışmaya katkıda bulunmalarına izin vermede açık bir kamu yararı olduğu yönünde kararını oluşturmuştur⁴²⁵.

2.2.1.3.4. ***Sovtransavto Holding-Ukrayna Kararı***⁴²⁶

İlgili karar, özünde ticaret hukuku kapsamında ele alınabilecek bir uyuşmazlıktan doğmuştur ve sonucunda da İHAM, tamamen özel hukuk kişileri arasındaki bu uyuşmazlık nedeniyle başvuran şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği kararına vermiştir. Başvuruya konu olan uyuşmazlıkta, Rusya merkezli başvuru şirketi, Ukrayna şirketi olan Sovtransavto-Lugansk'ın (SL), %49 hissesine sahiptir. S.L. şirketinin yönetimi, yaptığı sermaye arttırımı ve ana sözleşme değişikliği ile şirketi tek başına yönetme ve şirket varlıklarını tek başına kontrol etme hakkını elde etmiştir. Başvuran şirketin sahip olduğu hisselerin oranı %49'dan %20.7'ye düşmüştür. Bunun üzerine, Rus şirket, SL'nin ana sözleşmesinde değişiklik yapan kararlar ile bu değişiklikleri onaylayan yürütme kurulu kararının hukuka aykırı olduğunun tespitini istemiş, ilgili genel kurulun SL hissedarları ve temsilcileri haberdar edilmeden ve katılmalarına imkân verilmeden toplanmasının ve ayrıca tutanakların bütün hissedarlar tarafından imzalanmamış olmasının, yürürlükteki mevzuata ve şirket tüzüğüne aykırı olduğunu iddia etmiş, ancak S.L. ve yönetim

⁴²⁵ İHAM, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15.02.2005, §89.

⁴²⁶ İHAM, *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No. 48553/99, 25.07.2002, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65191> (Son erişim: 20.11.2023).

kurulu aleyhine, sermaye artırımı kararlarının hukuka aykırı olarak tanınması için iç hukukta yaptığı başvuruların hepsinden olumsuz sonuç almıştır.

Böylece Rus şirket, İHAM'a yaptığı başvuruda, şirkette çoğunluk paylarına ve kontrol yetkisine sahip özel hukuk kişilerinin yaptığı tasarrufların ve bu tasarrufları etkili şekilde denetlemeyen kamu makamlarının kendisinin mülkiyet hakkını ihlal ettiklerini ileri sürmüştür.

İHAM, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda dahi mülkiyet hakkı açısından pozitif yükümlülüklerin mevcut olabileceğini kabul ederek, ilgili devletin başvuru şirketin mülkiyet hakkından etkili olarak yararlanabilmesini sağlayamadığı sonucuna varmıştır.

2.2.1.3.5. *Danilenkov ve diğerleri/Rusya Kararı*⁴²⁷

Danilenkov ve diğerleri/Rusya kararında Sözleşme m.14'te düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği bir uyuşmazlık söz konusudur. Sözleşme m. 14 gereğince, korunan hakların kullanılmasında ayırım yapılmaması gereken kuşkusuz öncelikle devlettir ancak daha önce de bahsettiğimiz üzere, İHAM'ın devletlerin pozitif yükümlülükler doğrultusunda Sözleşme'nin özel hukuk ilişkilerine de uygulanması gerektiğinin kabul gerekçelerinden biri de, özellikle de bir dönem önce devlet tekelinde bulunan işletmelerin bugün özelleşmesi ve çok uluslu şirketlerin son derece belirleyici bir güce sahip olmasıdır⁴²⁸.

Uyuşmazlığa konu olayda da, başvuru Kaliningrad Ticaret Limanı isimli özel bir şirkette çalışmaktayken, maaş artışı ve özlük haklarına dair taleplerde bulunmuşlar, grev yapmışlardır. Bu sürecin devamında, sendika üyesi işçilerin farklı ekiplere nakledilmeleri, yarı zamanlı işlerde çalıştırılmaları ve en sonunda da işçi fazlası olarak ilan edilip şirketin yeniden yapılandırılması gerekçesiyle işten çıkarılmaları söz konusu olmuştur. İşçiler her ne kadar iç hukukta başvurdukları bazı hukuk davalarını kazanmış olsalar da, davalarda hiçbir şekilde ayrımcılık yasağına aykırılık ile ilgili bir karar alınması sağlanamamıştır.

⁴²⁷ İHAM, *Danilenkov ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67336/01, 30.07.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-93855> (Son erişim: 20.11.2023.)

⁴²⁸ İHAM, *Danilenkov ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67336/01, 30.07.2009, §53.

Örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen İHAS m.11'in koruduğu haklar bağlamında ayrımcılık yasağını düzenleyen İHAS m. 14'ün ihlal edildiğine dair kararında İHAM, örgütlenme özgürlüğü düzenlemesinin “herkesin” hakkından bahsettiğini ve ayrımcılık yasağının niteliği ne olursa olsun hak ve özgürlükleri güvence altına alan tüm maddelerin her birinin ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamıştır. Böylece, İHAM’a göre örgütlenme özgürlüğü, bir sendika tarafından korunmayı tercih etmiş olmak nedeniyle ayrımcılığa uğramama hakkını da içermektedir⁴²⁹.

Rusya devletinin, ayrımcılık yasağını ihlal edenin bir özel şirket olduğuna ve devletin şirketin faaliyetlerinin hepsini etkin bir şekilde kontrol etmesinin söz konusu olamayacağı iddialarını haklı bulmayarak,

“Mahkeme, Devletin, sendika üyeliğine dayalı ayrımcılığa karşı açık ve etkili adli koruma uygulama konusundaki pozitif yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmediği kanaatindedir. 11. madde ile birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucu çıkmaktadır.”⁴³⁰

şeklindeki gerekçesi ile devletin pozitif yükümlülükleri uyarınca özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de hakların etkin korunmasından sorumlu olduğunu vurgulamıştır. Nitekim, *“Mahkeme'ye göre, ayrımcı muameleye maruz kalmış bireylerin bu muameleye itiraz edebilmeleri ve tazminat ya da bu bağlamda başka bir telafi şekli elde etmek için yasal yollara başvurabilmeleri çok önemlidir.”⁴³¹*

2.2.2. Temel Hakların Özel Hukuka Etkisine İlişkin Yabancı Ülke Emsal Kararları

2.2.2.1. Genel Olarak

İster devletin pozitif yükümlülüğüne dayandırılınsın, ister üçüncü taraf etkisi teorisi ile desteklensin, isterse de yatay etki olarak adlandırılınsın... Nedeni ister üye olunan uluslararası yapılara uyumlaşma olsun, ister tarafı olunan uluslararası

⁴²⁹ İHAM, *Danilenkov ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67336/01, 30.07.2009, §123, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-93855> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴³⁰ İHAM, *Danilenkov ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67336/01, 30.07.2009, §136.

⁴³¹ İHAM, *Danilenkov ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67336/01, 30.07.2009, §124

sözleşmelerin sonucu olsun, isterse de toplumsal ve teknolojik değişime ayak uydurma... Temel haklar ister iç hukuka dahil edilmiş ve kanunlarla eş konumda olsun, istenirse bu hakları korumak için anayasaya dahil edilmiş hükümlerden yararlanmak tercih ediliyor olsun ve yahut da isterse bu etkiye anayasa ile eş konumlandırılmış başka bir uluslararası temel haklar metni dayanak olsun... Bu başlık altında vereceğimiz birçok emsal kararda bu soruların cevabı çeşitlense de, sonucun aynı olduğu, özel hukuk kapsamında değerlendirilen birçok düzenlemenin ve özel hukuk ihtilaflarında verilen kararların (farklı seviyelerde de olsa) temel haklardan tüm dünyada etkilenmekte olduğu açıkça görülmektedir. Emsal kararlarda, temel hakların özel hukuka etkisi hangi isim, hangi yöntem ve hangi nedenle karşımıza çıkıyor olursa olsun, hiçbirinin temel hakların etkisinin nereye kadar uzanması gerektiği tartışmasından kurtulmayı sağlamadığı anlaşılmaktadır.

Yargı kararlarında, ilgili anayasal hükme veya uluslararası sözleşme hükmüne atıf yapılarak hangi temel hakkın ihtilaf konusu olduğu zikrediliyor olsa da, sıklıkla özel hukuktaki genel hükümlerden yararlanıldığı görülmektedir. Nitekim özel hukuk genel hükümleri genellikle açık dokulu (open texture) normlardır ve yargı, bu hükümleri yorumlarken ve uygularken temel hakları dikkate almaktadır⁴³². Dolayısıyla kararlarda temel haklardan yararlanılırken dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, hakkaniyet, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak veya çalışma konumuzu ilgilendiren kişilik hakkı gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir⁴³³. Bu açık dokulu normlar özel ilişkiler alanında temel hak ve özgürlüklerin tanınmasına hizmet eder ve bireylerin çatışan hak ve çıkarları arasında

⁴³² Verica Trstenjak, “General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law”, (ed.) Verica Trstenjak and Petra Weingerl, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Springer, 2016, s. 8, s.11.; Stefan Perner, Moritz Zoppel, “Human Rights and Private Law in Austria”, s. 104-105.

⁴³³ Gustavo Tepedino, “Human Rights in Private Law: The Brazilian Experience”, s. 123. Mélanie Samson / Louise Langevin, “Le rayonnement des droits de la personne en droit privé québécois: Que de chemin parcouru... mais que de chemin à parcourir!”, s. 153 ve s. 178; Helleringer / Garcia, “Quelle influence pour les droit des l’homme et les droits fondamentaux en droit privé français?”, s. 256; Looschelders / Makowsky, s. 295 ve s. 300; Christina Deliyanni-Dimitrakou / Christina M. Akrivopoulou, “The Influence of Human Rights and Basic Rights on Greek Private Law”, s. 330; E. Navarretta, E. Bargelli, “The Influence of Human Rights and Basic Rights in Italian Private Law: Strategies of ‘Constitutionalisation’ in the Courts Practice”, s. 431, s. 432.; Hiroki Hatano, “Les Droits de l’Homme en Droit Privé au Japon – Influences Indirectes sauf une Exception”, s. 442; Jorge Sinde Monteiro ve diğerleri, “Human Rights and Private Law in Portugal”, s. 509.

denge kurulmasını kolaylaştırır⁴³⁴. Özel hukuktaki bu tür hükümler, temel hakların etkisine açılan geçit görevi görmektedir⁴³⁵.

Temel hakların özel hukuk alanında etkisini gösterdiği emsaller özel hukukun çok farklı alanlarında karşımıza çıkabilmektedir. Sıklıkla sözleşme özgürlüğünü veya mülkiyet hakkını sınırlamak için kullanıldığı veya aile hukukunda eşcinsellerin, kadınların, çocukların haklarını günümüz gelişmelerine göre genişletme işlevi gördüğü anlaşılmaktadır. Özellikle de temel haklarla yakından bağlantılı olan kişilik haklarını koruduğu için temel hakların etkisine daha açık olan haksız fiil hukukunda ise⁴³⁶, zarar kavramının temel haklar sayesinde çok çeşitli emsallerde karşımıza çıktığı, kişilik hakkının temel haklar ile yakın ilişkisi sayesinde ülkenin arkeolojik hazinelerinin korunmasına⁴³⁷ dahi hizmet edebildiği görülmektedir.

Son yıllarda temel haklara ilişkin artan hassasiyet sayesinde, ülkemizde de olduğu gibi özel hukukun birçok alanında birçok yeni veya değişen yasal düzenleme ile karşılaşmak mümkündür. Ancak bu başlık altında, temel hakların etkisiyle ulusal düzenlemelerde gerçekleşen yasal değişikliklerinden bahsetmeye kalkmak, sonsuza açılan bir kapı gibi olacaktır. Biz bu başlık altında, Türkiye’de de emsal olmasını umarak, birçok farklı ülkenin ulusal yargıçlarının özel hukuk ihtilafına konu kararlarında temel haklardan ne denli yararlandığını, ilgi çekici bulduğumuz örneklerle ortaya koymaya çalışacağız. İlk bölümde Kıta Avrupası yargıçlarının kararlarında temel hakların etkilerini görürken, sonraki bölümde doğrudan İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararlarının etkisi olmasa da, benzer temel hakların özel hukuk içtihatlarında tüm dünyada etkisinin artışına dair emsal olması açısından denizaşırı birkaç ilginç karara yer vereceğiz.

⁴³⁴ Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 331. Trstenjak’ın sözleşme hukukuna dair temel hakların etkisine dair yaptığı açıklama temel hakların tüm özel hukuk alanlarındaki etkisi için söylenebilir; “Sözleşme hukukunda temel hakların etkisinin tematik dayanaklarından biri, genel hükümlerin ve belirsiz hukuki kavramların uygulanmasındaki etkileridir.” Trstenjak, s. 13.

⁴³⁵ Olha O. Cherednychenko, “The Impact of Fundamental Rights on Dutch Private Law: Revolution or Evolution?”, s. 459; Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 330.

⁴³⁶ Trstenjak, s. 49.

⁴³⁷ Bkz. Bölüm 2.2.2.2.3.

2.2.2.2. Kıta Avrupası'ndan Emsal Kararlar

2.2.2.2.1. Sözleşme Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkı

Özel hukukun en “özel” alanlarından birinin, temel ilkesi “sözleşme özgürlüğü” olması nedeniyle, sözleşmeler hukuku olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşmeler hukuku böylece özel tarafların özerkliğini korumakta ve ilişkilerini kendilerine en uygun şekilde düzenlemelerine olanak tanmaktadır⁴³⁸. Ancak sözleşmeler hukukunun yine merkezinde kabul edilen sözleşme taraflarının eşit olduğu kabulü, yerini gün geçtikçe sözleşmelerin zayıf tarafının korunması gerektiği gerçekliğine bırakıyor gibi gözükmektedir. Sözleşmenin eşit iki tarafının çatışan çıkarları ve hakları arasındaki dengenin sağlanmasında dahi önemli bir işleve sahip olan temel haklar, zayıf tarafın korunmasında evleviyetle önemli bir rol oynamaktadır.

Bu hususta, ilgi çekici kararlardan biri Almanya'da karşımıza çıkmaktadır. Almanya Anayasa Mahkemesi, *Bürgschaft* davası diye anılan davada, ticari açıdan deneyimsiz ve parasız bir kişinin, borcunun mali kapasitesini fazlasıyla aşmasına rağmen yakın bir aile üyesine kefil olduğu bir kefalet sözleşmesi için hukuk mahkemelerinin temel haklar açısından böyle bir sözleşmenin içeriğini kontrol etmekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir⁴³⁹. Mahkeme, babasının borcuna kefil olan bir çocuğun “pazarlık gücündeki yapısal eşitsizliğin” zayıf taraf açısından istisnai derecede külfetli bir sözleşmeye yol açtığı durumlarda, hukuk mahkemelerinin bu tarafın kişisel özerklik temel hakkını korumakla yükümlü olduğunu belirtmiştir⁴⁴⁰. Nitekim Almanya Medeni Kanun'u genel hükümlerinde (§§ 138, 242 BGB) ahlaka ve dürüstlük kuralına yapılan atıflar, mahkemelerin öncelikle anayasal temel haklardan kaynaklanan objektif değerlere göre somutlaştırma yapmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁴¹. Böylece Mahkeme, özel hukukun genel hükümleri çerçevesinde sözleşmeye müdahale ederek, kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ve sosyal devlet

⁴³⁸ Cherednychenko, s. 458. Türkiye, İsviçre ve Almanya hukuk sistemlerinin sözleşme özgürlüğüne yaklaşımına dair açıklamalar için bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 163-164.

⁴³⁹ BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*). Ayrıntılı açıklama için bkz. Smits, s. 10; Looschelders / Makowsky, s. 300; Mak, s. 75-82.

⁴⁴⁰ Cherednychenko, s. 459.

⁴⁴¹ Looschelders / Makowsky, s. 300.

ilkesiyle bağlantılı olarak kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır⁴⁴².

Almanya Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme özgürlüğü ilkesine karşı zayıf tarafın korunmasının ağır bastığı bir kararı da, temel hakların evlilik sözleşmelerine etkisini karşımıza çıkarmaktadır. Nitekim Almanya Anayasa Mahkemesi, hukuk mahkemelerinin zayıf eşin herhangi bir dezavantajını engellemek için evlilik sözleşmelerinin içeriğini kontrol etmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴³.

Yine sözleşme hukukunda zayıf tarafın korunduğu kira sözleşmelerinde temel haklara başvurulmuş birçok kararın da karşımıza çıktığını görmekteyiz. Örneğin Fransa Yargıtayı açıkça İHAS'a atıfta bulunduğu kararında⁴⁴⁴, kira sözleşmesindeki konutta yalnızca kiracı ve çocuklarının kalabileceğine dair hükümlere dayanarak kiralayanın açtığı davada istinaf mahkemesinin ret kararını onamıştır. Zira Mahkeme'ye göre, özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen İHAS m. 8 uyarınca, böyle hükümlerle kiracının yakınlarını ağırlama olanağından mahrum bırakılması mümkün değildir. Benzer bir karar İtalya'da da bir sözleşmenin temel haklar ile çelişmesi halinde doğrudan temel hakları uygulayabildiği örneklerden biri olarak karşımıza çıkmıştır⁴⁴⁵. Konut kira sözleşmesinin, kiracının aile üyeleri dışındaki kişileri uzun süre ağırlamasını yasaklayan maddeye ilişkin davada İtalya Yargıtayı, kira sözleşmesindeki maddenin "Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen toplumsal dayanışmanın zorunlu görevlerine" aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir⁴⁴⁶.

Ayrımcılık yasağının sözleşme hukukundaki bir etkisi de, Avrupa Adalet Divanı'nın sigorta sözleşmeleri ile verdiği oldukça tartışmalı bulunan⁴⁴⁷ bir kararında karşımıza çıkmaktadır. *Test-Achats* davası⁴⁴⁸, toplumsal cinsiyetin sigorta riskinin

⁴⁴² Cherednychenko, s. 459.

⁴⁴³ BVerfG 2001a (Looschelders / Makowsky, s. 300).

⁴⁴⁴ Cass. civ, 3, 06.03.1996, No: 93-11.113, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007035565/> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁴⁵ Cass, No. 14343/2009, 19.06.2009, Ayrıntılı bilgi için bkz. Navarretta / Bargelli, s. 431.

⁴⁴⁶ Navarretta / Bargelli, s. 431. Temel haklar arasındaki ayrımcılık yasağını dürüstlük kuralı ile bağlantılı olarak kullanan Milano Mahkemesi, çalışanın eşine sağlık bakımı sağlayan bir iş sözleşmesinin bu maddesinin, evlilik bağı olmasa da çalışanın birlikte yaşadığı kişi için de kullanılması gerektiğine hükmetmiş olduğu karar için bkz. Navarretta / Bargelli, s. 431.

⁴⁴⁷ Looschelders / Makowsky, s. 301.

⁴⁴⁸ Avrupa Adalet Divanı, Case C-236/09, *Test-Achats*, ECLI:EU:C:2011:100, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-236/09> (Son erişim: 20.11.2023).

değerlendirilmesinde bir faktör olduğu özel hayat sigortası sözleşmelerindeki sigorta primleri ve yardımlarıyla ilgilidir. ABAD, ayrımcılık yasağı ve kadın-erkek eşitliği düzenlemelerine dayanarak⁴⁴⁹, sigorta sözleşmelerinde tarifelerin cinsiyete özel olarak değerlendirilmesinin, direktifin amacına ve temel eşitlik haklarına aykırı olduğuna karar vermiştir⁴⁵⁰.

Kira sözleşmelerine konu emsallerde, kiralayanın mülkiyet hakkı ile kiracının bilgi edinme hakkı çatışması da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Hollanda'da karşımıza çıkan davalarda, ev sahibinin veya kiralama kurumunun izni olmadan kiralık bir binaya uydu anteni kurulmasını yasaklayan kira sözleşmeleri söz konusudur. Kiracılar bu iznin verilmemesine mahkeme önünde itiraz etmiş ve iddialarını desteklemek için İHAS m. 10 düzenlemesine başvurmuşlardır⁴⁵¹. Mahkemeler, özgür ve demokratik bir toplumda bilgi edinme özgürlüğünün temel önemini kabul ederek, kiracılarının çıkarlarını korunmaya değer görmüş ve her vakanın özel koşuluna bağlı olarak kiracıların bu konudaki çıkarlarını, mülk sahiplerinin sözleşmeyle korunan çıkarlarıyla dengelemek zorunda kalmıştır⁴⁵². Benzer bir konuda, Almanya Yargıtay'ı, kiracının bilgi alma özgürlüğü nedeniyle eve bir televizyon uydusu kurma konusundaki menfaatinin ev sahibin mülkiyet hakkından üstün geldiği yönünde hüküm kurmuştur⁴⁵³.

Fransa Yargıtay'ının, İHAS m.11'de düzenlenen örgütlenme özgürlüğünü temel aldığı bir karar da temel hakların kira sözleşmesi ihtilaflarına etki ettiği bir emsal olarak gösterilebilir⁴⁵⁴. Söz konusu dava, ticari bir alanda bir spor salonu işleten davacı tarafından, bu ticari alanın tüccarları derneğine tüm kira süresi boyunca zorunlu üye olmasını düzenleyen kira sözleşmesindeki şartın iptali ve ödediği üyelik aidatlarının geri ödenmesi talebi ile açılmıştır. Kiracı, sözleşmenin bu maddesi ile, amacı üyelerinin ortak çıkarı doğrultusunda, kiralanan mülkün bulunduğu alışveriş merkezinin ortak hizmetlerinin yönetimini ve bu ticari merkezin reklam tanıtımını sağlamak olan bir tüccarlar derneğine katılmayı taahhüt etmiştir.

⁴⁴⁹ Atina İlk Derece Mahkemesinin üreme hakkına ilişkin kadın-erkek eşitliği üzerine verdiği ilgi çekici bir başka karar için bkz. Bölüm 2.2.2.2.2.

⁴⁵⁰ Trstenjak, s. 21.

⁴⁵¹ Cherednychenko, s. 467.

⁴⁵² Cherednychenko, s. 467.

⁴⁵³ BVerfG 1991b, 2005a (Looschelders / Makowsky, s. 307.)

⁴⁵⁴ Cass. civ. 1ère, 20.05.2010, No: 09-65.045.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022258286> (Son erişim: 20.11.2023).

Paris İstinaf Mahkemesi, ilgili maddenin kiracının almayı beklediği faydalar dikkate alınarak yapılan gönüllü bir taahhüt olması nedeniyle İHAS m.11'de düzenlenen örgütlenme özgürlüğüne aykırı olmadığı ve kiracının kira sözleşmesini üçüncü bir kişiye devretmek suretiyle ve sözleşmenin yenilenmemesi ile sözleşmeyi sona erdirmesi her zaman mümkün olduğundan, sözleşme sürekli taahhüt yasağını da ihlal etmediği gerekçeleri ile kiracının taleplerini reddetmiştir. Ancak Fransa Yargıtayı, açıkça *“Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen her kişinin etkili başvuru hakkı bulunduğu”* söz ederek *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin hükümlerinden ve bunun Avrupa Mahkemesi tarafından yorumlanmasından”* yararlanmak suretiyle, kiracının bir tacir birliğine üye olmasını ve kira süresi boyunca üyeliğini sürdürmesini öngören kira sözleşmesi hükmünün kesin hükümsüz olduğuna hükmetmiş ve kiraya veren ile derneğin haksız olarak toplanan katkı paylarını kiracıya tazmin etmesine karar vermiştir⁴⁵⁵.

Kira sözleşmesine dayalı ihtilafların din özgürlüğünü temel alan davalara konu olduğu da görülmektedir. Hollanda'da, Arnhem İstinaf Mahkemesi, kira sözleşmesinin taraflarının, kiracının Protestan Kilisesi'nin hedeflerine ulaşmak için yeterli çabayı göstermemesi halinde sözleşmenin feshedilmesi konusunda anlaştıkları bir durumu ele almıştır⁴⁵⁶. Protestan Kilisesi olan mülk sahibi, kiracı dini inancını değiştirip Yehova Şahidi olduğunda, bu sözleşme şartına dayanarak sözleşmeyi feshetmiştir. Hollanda İstinaf Mahkemesi, söz konusu sözleşme şartının kiracının din özgürlüğünü ciddi şekilde zedelediğini tespit ederken, ihlal kararını dürüstlük kuralına ve kamu düzenine aykırılık üzerinden vermiştir⁴⁵⁷.

İHAS m. 9'da düzenlenen din özgürlüğü, yine bir kira ilişkisinde bir Fransa kararında da karşımıza çıkmaktadır⁴⁵⁸. Davaya konu olayda üç binanın maliki şirket, kiracılara haber verdikten sonra binaların bulunduğu alana bir çit çekmiş, o zamana kadar açık kalan girişi elektrik sistemiyle kapatarak, girişleri dijital kod ve manyetik kartla açılacak şekilde düzenlemiştir. Davacı kiracı, kiraya verene dini nedenlerden

⁴⁵⁵ Benzer karar için bkz. Cass. civ. 3, 12.06.2003, Bull. civ III, no.125, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007047969/> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁵⁶ Court of Appeal Arnhem, 25.10.1948, Nederlandse Jurisprudentie, 1949, 331 (Protestantse Vereniging/Hoogers). Ayrıntılı açıklama için bkz. Cherednychenko, s. 459; Smits s. 11.

⁴⁵⁷ Benzer şekilde kamu düzeni kavramından yararlanan İtalyan karar bkz. Navarretta / Bargelli, s. 431.

⁴⁵⁸ Cour de Cass. civ. 3e, 18.12.2002, No: 01-00.519, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046554/> (Son erişim: 20.11.2023).

dolayı Şabat ve tatil günlerinde bu kilitleme sistemlerini kullanamadıklarını, konutun girişine mekanik bir kilit takmasını ve onlara giriş için anahtarları vermesi talebini iletmişse, kiraya veren taleplerini karşılamamıştır. Paris İstinaf Mahkemesi, kiracının dini inançlarının gerektirdiği uygulamaların kira sözleşmesinin kapsamına girmemesi ve kiralayan açısından özel bir yükümlülük doğurmaması nedeniyle davacı kiracının aleyhine karar vermiştir. Fransa Yargıtay'ı ise, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun ifa edilmesi gerektiğini vurgulamış ve “Anayasa ve uluslararası metinlerle güvence altına alınan din özgürlüğünü uyarınca” sözleşmenin dengesi değiştirmeyecek şekilde ek bir kilit takılması ve anahtar yaptırılması gerektiğine kanaat getirmiştir.

Özel hukuk ihtilaflarında, mülkiyet hakkının başka temel haklarla çatışmalarına tanık olduğumuz tek alan şüphesiz ki kira hukuku değildir. Örneğin Almanya’da, Dresden Bölge Mahkemesi 2005 tarihli bir kararında, bir grubun bir süt fabrikasının duvarına genetik mühendisliğine karşı bir slogan yansıtmasını, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek izin verdiği gibi; Almanya Anayasa Mahkemesi de 2011 tarihli bir kararında, toplanma özgürlüğünün özel alanda toplanmayı meşrulaştırabileceğine hükmetmiştir⁴⁵⁹.

Hollanda’da, Amsterdam İstinaf Mahkemesi bir kararında, mülkiyet kavramının kapsamını dolayısıyla bu kavram kapsamında korunması gereken menfaati, İHAS ek Protokol m. 1 kapsamında düzenlenen mülkiyet hakkının İHAM tarafından geniş yorumlandığı şekliyle ele almış, böylece İHAM kararına uygun olarak⁴⁶⁰ haksız fiilden kaynaklanan bir iddiayı zarar görenin mal varlığı kapsamında ve mülkiyet hakkı korunması çatısı altında değerlendirmiştir⁴⁶¹.

Davaya konu ihtilaf, tren istasyonundaki kaza sonucu ağır yaralanan bir kadın ile Hollandalı demiryolu şirketi N.S. Reizigers arasında zararın tazmine ilişkindir. Davada, şirketin sorumluluğu belirlenmiş olsa da şirket, Hollanda Medeni Kanunu m. 8:110 (1)⁴⁶² öne sürerek mağdura tam tazminat ödemeye itiraz etmiştir. Nitekim

⁴⁵⁹ Looschelders / Makowsky, s. 306.

⁴⁶⁰ İHAM, *Pressos Compania Naviera SA ve Diğerleri/Belçika*, B. No. 17849/91, 20.11.1995, § 38. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62520> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁶¹ Hof Amsterdam 12.08.2004, NJF 2004, 543 (NS Reizigers/Mevrouw B). Karara ilişkin bkz. Cherednychenko, s. 466.

⁴⁶² Hollanda Medeni Kanunu m. 8.111 : Taşımacı, Taşıyıcı, zarara neden olma kasıyla gerçekleştirmiş olduğu veya dikkatsizce ve bu zararın muhtemelen bu eylem veya ihmalden kaynaklanacağını bilerek

kasıt ve bilinçli taksir kenar başlıklı bu hükme göre taşıyıcının sorumluluğu mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararın çok altında kalacak şekilde sınırlandırılabilir. Zarar gören, sorumluluğu sınırlandıran hükme dayanılmasını dürüstlük kuralına ve İHAS ek Protokol m.1'e aykırı olacağını ileri sürmüş, İstinaf Mahkemesi de zarar görenin gerekçesini haklı bulmuştur. İstinaf Mahkemesi'ne göre, Hollanda Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünün İHAS ek Protokol m.1'e aykırı olmamasına rağmen, bu hükmün bu temel hakkın ışığında yorumlanması ile mevcut davada zarar görene karşı sorumluluğun sınırlandırılması için kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır⁴⁶³.

Fransa Yargıtay'ı da bir kararında mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken menfaatleri yine İHAM'ın mülkiyet hakkını geniş yorumlayarak ele aldığı bir kararına atıfla değerlendirmiştir. Böylece İHAM'ın İHAS tarafından korunan mülkiyet hakkının kapsamına dair bir kararında⁴⁶⁴ yaptığı yorum sonucunda, Fransa'da sosyal yardımların da "mal" olarak nitelendirilmesi dolayısıyla mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması söz konusu olabilmıştır. Bu konuda Fransa Yargıtay'ı açıkça⁴⁶⁵,

"4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 14. maddesini ve bu Sözleşmenin 20 Mart 1952 tarihli 1 No'lu Protokolünün 1. maddesini dikkate alarak; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlandığı şekliyle, bu metinlerin birleşiminden, imza sahibi Devletlerin, kendi yetki alanları dahilindeki herhangi bir kişinin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını tanıdığı ve güvence altına aldığı ortaya çıkmaktadır."

işlediği eylemlerinden veya ihmallerinden zararın doğduğu ölçüde sorumluluğunun sınırlandırılması talebinde bulunamaz. (Cherednychenko, s. 466.)

⁴⁶³ Cherednychenko, s. 466.

⁴⁶⁴ İHAM, Gaygusuz/Avusturya, B. No: 17371/90, 16.09.1996, § 33 vd., <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62619> : Avusturya'nın bir Türk vatandaşına yalnızca uyruğu nedeniyle hak sahibi olma süresi sonunda işsizlik yardımı vermeyi reddetmesi nedeniyle yapılan başvuruda Avusturya aleyhine karar veren İHAM gerekçesinde, sosyal yardımların mülkiyet teşkil ettiğini ve dolayısıyla mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini değerlendirmiştir. Buradan sözleşmenin koruduğu kapsama girdikleri ve bu konuda da eşit muamele uygulanması gerektiği sonucunu çıkarmıştır. (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁶⁵ Cour de Cass. Soc. 14.06.1999, Bozkurt-CPAM de Saint-Etienne, B. No: 97-12.487 <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041026/> (Son erişim: 20.11.2023).

diye belirtmek suretiyle sosyal yardımın mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir mal olarak değerlendirirken yalnızca İHAS hükümlerinden değil İHAM'ın bu hükümlere dair yorumundan da yararlanmıştır.

2.2.2.2.2. Aile Hukuku

Temel haklardan oldukça etkilenen bir alan olarak aile hukuku ilk akla gelenlerden biri olacaktır. Ancak aile hukuku ilişkileri her ne kadar özel hukuk kişileri arasında olsa da, aile hukukunun devlet politikası için önemi, bu alanın ayrıntılı şekilde düzenlemesi sonucunu doğurduğundan, aile hukukunun temel haklardan etkilenmesi daha çok yasa değişiklikleri sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla temel hakların aile hukuku üzerinde daha çok klasik dikey etkisi görülmektedir, örneğin eşcinsel birlikteliklerine veya evliliklerine dair yeni düzenlemeler veya kadının doğumla kazandığı soyadını evlendiğinde de kullanabileceğine dair değişiklikler⁴⁶⁶ temel hakların yasal düzenlemeler üzerindeki somut etkisinin güncel sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Yeterince tartışılmış ve birçok ülkede yasal düzenlemelere yansımış bu örnekleri bu başlık altında ele almaktan imtina ederek, daha farklı emsaller üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Örneğin, Fransa'da evliliğin butlanına ilişkin bir davada temel hakların etkisiyle alınan bir karar oldukça ilgi çekicidir⁴⁶⁷. Davaya konu olayda, X-Y, 1969'da evlenmiştir, 1973'te kızları doğmuştur, 1980'de boşanmışlardır. Daha sonra X, 1983'te kayınpederi (K) ile evlenmiştir ve kayınpeder, 2005 yılında öldüğünde, tüm malvarlığını eşi X'e bırakmıştır. Bunun üzerine, 2006 tarihinde, K'nın oğlu Y, Fransa Medeni Kanun'u m.161 düzenlemesi uyarınca kayınpeder ile gelini arasındaki evlenme engelini dayanarak evliliğin butlanı davası açmıştır. İstinaf Mahkemesi, talebin ilgili düzenlemenin meşru amaçlarına uygun olması nedeniyle haklı olduğunu değerlendirerek evliliğin butlanına hükmeder. Fransa Yargıtayı, bu yasağın aile çevresi içinde sağlıklı ve istikrarlı ilişkiler sürdürerek ailenin homojenliğini korumaya yönelik meşru amaçlara, aynı zamanda çevrelerindeki yetişkinler arasındaki statü ve bağların değişmesiyle etkilenebilecek çocukların korunmasına hizmet ettiğini belirtir; ancak İHAM'ın, devletlerin İHAS m. 12'de

⁴⁶⁶ Bu konuda bkz. 1.3.2.1.

⁴⁶⁷ Cour de Cass. Civ., Chambre civile 1, 04.12.2013, No: 12-26.066

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028290997/> (Son erişim: 20.11.2023)

düzenlenen evlenme hakkının özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması ve azaltmaması gerektiği yönündeki yorumunu hatırlatır. Y, eşini mirasçı yapan babasının ölümünün ardından, evlilik 22 yıl sürdürten sonra evliliğin butlanı davası açmıştır. Fransız Yargıtayı, Y'nin ilgili düzenleme uyarınca bu davayı açabilecekler arasında olduğunu, bu evliliğin miras haklarına zarar verici sonuçları olduğunu kabul etmişse de, evliliğin itirazsız şekilde 20 yıldan fazla sürmüş olması nedeniyle, ilgili evlilik engeli hükmünün uygulanmasının İHAS m. 12'de güvence altına alınan evlenme hakkının özüne saldırı anlamına geleceğini ve İHAS m. 8'de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ilkesine haksız müdahale niteliği taşıyacağını belirterek İstinaf Mahkemesi'nin kararını hukuka aykırı bulmuştur.

İHAS tarafından korunan evlenme hakkına ilişkin bir karar da, miras hukukunu da ilgilendiren bir davada Almanya'da karşımıza çıkmaktadır. Almanya Yargıtay'ı, kraliyet vasiyetindeki, torunların kraliyet içindeki bir evlilikten gelmeleri veya kraliyet içinde bir evlilik yaşamaları gerektiğine ilişkin vasiyet şartının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Ancak Almanya Anayasa Mahkemesi'nin kararı, bu durumun eş seçimi üzerinde gereksiz bir baskı oluşturacağı ve evlenme özgürlüğü hakkını ihlal edeceğini yönünde olmuştur⁴⁶⁸.

Aile hukukunun önemli başlıklarından biri olan çocuğun velayetine dair ihtilaflar da temel haklardan etkilenen özel hukuk başlıkları arasında yer alır. Almanya Anayasa Mahkemesi, evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkının kime verileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın velayetin doğrudan anneye verilmesini, babanın ebeveynlik hakkını ihlal ettiği kararını verirken⁴⁶⁹, İHAM'ın bu karardan bir yıl önce Almanya'nın bu uygulamasının özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen İHAS m. 8 ve ayrımcılık yasağını düzenleyen İHAS m. 14'e aykırı olduğuna hükmettiği kararının etkisi şüphesizdir⁴⁷⁰. Yine Almanya Anayasa Mahkemesi, 2014 yılında verdiği bir kararında, İHAS m. 8'de korunan özel hayata ve aile hayatına saygı ilkesinin büyükanne ve büyükbabalar ile onların torunları arasındaki aile ilişkilerini de koruduğuna, böylece çocuğun velayeti konusunda

⁴⁶⁸ BVerfG 2004b (Looschelders / Makowsky, s. 311).

⁴⁶⁹ BVerfG 2010a (Karar hakkındaki ayrıntılı açıklama için ve bu karardan sonra konuyla ilgili getirilen yasal düzenlemeler için bkz. Looschelders / Makowsky, s. 309-310). Aynı konuda, İHAM kararlarının etkisiyle yasal değişiklikler yapan Avusturya'daki gelişmelere dair bkz. Perner / Zoppel s.109.

⁴⁷⁰ İHAM, *Zaunegger/Almanya*, B. No: 22028/04, 03.12.2009, § 62 vd., <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-96059> (Son erişim: 20.11.2023).

mahkemelerin karar alırken büyükanne ve büyükbabayı dikkate almak zorunda olduğuna karar vermiştir.

Şüphesiz ki, aile hukukunda temel hakların etkisinin çokça tartışıldığı güncel konulardan biri de eşcinsel ilişkilerdir. Temel haklara saygı, eşcinsel evliliklerin ve birlikteliklerin tanınmasının gerekliliği olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷¹. Ancak henüz eşcinsel evlilikleri tanımaktan imtina eden devletlerde de bu temel hakların bu konudaki etkisi görülmektedir. Nitekim henüz eşcinsel birlikteliklerin kurumsallaşmamış olduğu Polonya'da, İHAM'ın bu konuda yine İHAS m. 8 ve İHAS m. 14'ün ihlal edildiği yönünde vermiş olduğu kararın etkisiyle⁴⁷², ölen kiracının eşcinsel "eşinin" de kira sözleşmesini devam ettirme hakkı olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁷³. Benzer şekilde, İtalya Yargıtay'ı, İtalya yasalarına göre eşcinsel eşlerin evliliklerini tescil ettirmelerine izin verilmemesine rağmen, eşcinsellerin İHAS m. 8 uyarınca, özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkına sahip oldukları vurgulamıştır⁴⁷⁴. İtalya Anayasa Mahkemesi'nin evli olmayan farklı cinsten partnerlerin ölen partnerin yerine kira sözleşmesinde yer alması hakkını tanıdığı kararını, Mahkeme'nin temel haklardan 'konut hakkı'nın dokunulmazlığına dayandırması açısından dikkat çekicidir⁴⁷⁵.

Yine aile hukukunu ilgilendiren üreme hakkıyla ilgili olarak da temel hakların etkisi kaçınılmazdır. Bu konuda karşımıza çıkan Avusturya Anayasa Mahkemesi kararı, İHAS m. 14'e göre cinsel yönelim veya cinsiyete dayalı farklı bir hukuki muamelenin ayrımcı olmaması için geçerli ve objektif bir gerekçenin bulunması gerektiğini vurgulayarak, lezbiyen çiftlerin tıbbi yardımla üreme kapsamı dışında tutulmasının İHAS m. 14'ü ihlal ettiğine hükmetmiştir⁴⁷⁶. Bu konuda oldukça ilgi çekici bir karar ise Yunanistan'da karşımıza çıkmaktadır. Üreme haklarına ilişkin kadın ve erkek eşitliğine ilişkin 2827/2008 sayılı kararı da son derece ilgi çekicidir. Atina İlk Derece Mahkemesi, kadın ve erkek eşitliğine dayandırdığı kararında, hem erkeklerin hem de kadınların üreme hakkına sahip olduğunu ve bu nedenle erkeklerin

⁴⁷¹ Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm 3.2.3.1 ve 3.3.2.

⁴⁷² İHAM, *Kozak/Polonya*, B. No: 13102/02, 02.03.2010, § 99 vd., <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-97597> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁷³ III CZP 65/12, 28.11.2012 (Trstenjak, s.38.).

⁴⁷⁴ Cass no. 4184/2012 (Navarretta/Bargelli, s. 430).

⁴⁷⁵ İtalyan Anayasa Mahkemesi No. 404/1988 (Navarretta/Bargelli, s. 425).

⁴⁷⁶ VfGH 10.12.2013, G 16/2013. (Perner/Zoppel s.110).

de yumurta bağış ve taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olabileceklerine karar vermiştir⁴⁷⁷.

2.2.2.2.3. Kişilik Hakkı

Çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde ortaya koymayı amaçladığımız üzere, kişilik hakkı bireyleri bir dizi ihlale karşı etkili bir şekilde koruma yeteneğine sahip bir “çekirdek” niteliği taşımakta, temel haklarla sürekli etkileşim halinde olduğu için yeni hakların oluşmasına yönelik doğurgan bir görev görmektedir ve bunu yapabilmek için, kendi normatif içeriğinin tükendiği durumlarda ilgili olacak belirli temel haklarla bir korelasyon geliştirir⁴⁷⁸. Böylece çok farklı şekilde, çok farklı davalarda karşımıza çıkabilen kişilik hakkını, çalışmamız boyunca birçok yönüyle ele aldığımız için, bu başlık altında yalnızca ilgi çekici birkaç yabancı emsal dava üzerinde duracağız.

Hollanda hukukunda kişilik hakkına dair genel düzenlemenin, Hollanda Yargıtay’ı tarafından kişinin kökenini bilme hakkının tanınması için yasal bir temel olarak kullanıldığı dava, kişilik hakkının yeni kavramların türemesine dayanak olma işlevine emsal olarak gösterilebilir⁴⁷⁹. Hollanda’da evli olmayan annelere destek sağlayan bir Roma Katolik kurumunda evlilik dışı doğan çocuk, kurumun işlevlerini devralan Valkenhorst Vakfı’ndan, kuruma annesi tarafından sağlanan babasının kimliğine dair bilgileri kendisiyle paylaşılmasını istemiştir. Valkenhorst, anneye karşı sır saklama borcu olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiş, o sırada hayatta olan anne de izni vermeyi kabul etmemiş ve ilk derece mahkemesi de anneye karşı borçlu olunan sır saklama yükümlülüğünün çocuğun babasını bilme menfaatinden üstün olduğuna hükmederek çocuğun aleyhine karar vermiştir. Hollanda Yargıtay’ı,

“Davanın karara bağlanmasında hareket noktası olan ve kişinin özel hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkı gibi anayasal haklarının kökeninde yatan genel

⁴⁷⁷ Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 380. 2010 yılında, İstinaf Mahkemesi tarafından bu yöndeki ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuka aykırı bulunduğuna ilişkin bkz. Kirsty Horsey, Katia Neofytou, “The Fertility Treatment Time Forgot: What Should be Done About Surrogacy in the UK?”, (ed.) Horsey / Kirsty, **Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embryology**, Routledge, 2015, ss. 117-135, s. 124.

⁴⁷⁸ Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 356-357.

⁴⁷⁹ HR 15.04.1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst) (Dava hakkın ayrıntılı bilgi için bkz. Cherednychenko, s. 462).

kişilik hakkı, aynı zamanda kişinin ebeveynlerini tanıma hakkını da içerir.

Bu hak, bir kişiye şu gibi durumlarda ... [mevcut davada] Valkenhorst gibi bir vakfa karşı, vakfın ebeveynleri hakkında bildiği bilgilerin kendi talebi üzerine ifşa edilmesi yönünde bir talep hakkı verir⁴⁸⁰. ”

şeklindeki açıklaması ile kişilik hakkının yeni kavramlar doğuran işlevini ortaya koymaktadır.

Nitekim, Almanya’da da bu hak yine genel kişilik hakkı kavramından çıkışla (Almanya Anayasası m.1 ve m.2 doğrultusunda), çocuğun ebeveynlerini bilme hakkı ile ilgili olarak aile hukukunu etkilemiş, Almanya Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında çocuğun babasını bilme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmış ve çocuğun kendi annesine karşı bu talebi ileri sürdüğü bilgi edinme hakkı da annesinin genel kişilik hakkıyla sınırlandırılmıştır⁴⁸¹.

İtalya’da ise, evlat edinilen çocuğun biyolojik annesinin kimliğini öğrenmek talebi karşısında İtalya Anayasa Mahkemesi başlangıçta annenin mahremiyet hakkının çocuğun kişisel kimlik hakkından üstün olduğunu savunmuşsa da⁴⁸² Mahkeme, İHAM’ın 2012 yılında verdiği ihlal kararının etkisi ile⁴⁸³, daha sonraki kararında anneye hâlâ isminin gizli kalmasını isteyip istemediğinin gizli olarak sorulması gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁸⁴.

Yine aile hukukunu ilgilendiren bir olayda kişilik hakkı kavramı, üreme hakkıyla girdiği çatışmada boşanmanın haklı sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Selanik Asliye Mahkemesi’nin önüne gelen davada, çocuk sahibi olmak isteyen kocanın, karısının hormon tedavisi görmesi konusundaki sürekli talebini, Mahkeme boşanma nedeni olarak kabul etmiş; eşlerin tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olup

⁴⁸⁰ HR 15.04.1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst), para. 3.2. (İngilizce çevirisi için bkz. Cherednychenko, s. 462).

⁴⁸¹ Çocuğun babasını bilme hakkına dair bkz. BVerfG 1989a, 1997a, 2010c ve annesinin kişilik hakkının bu hakkın sınırı olduğuna ilişkin bkz. (BVerfG 1997a) (Looschelders / Makowsky, s. 308).

⁴⁸² İtalyan Anayasa Mahkemesi No. 425/2005. (Looschelders / Makowsky, s. 308).

⁴⁸³ İHAM, *Godelli/İtalya*, B. No. 33783/09, 25.09.2012, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-113332> (Son erişim: 20.11.2023).

⁴⁸⁴ İtalya Anayasa Mahkemesi no. 278/2013. (Looschelders / Makowsky, s. 308).

olmama konusundaki kararı verecek olanın kadın olduğunu değerlendirerek, kadının uzun süreli hormon tedavisi görmesi ısrarına karşı kişilik hakkına dayanarak bedeni ve anneliği konusunda özerk olarak seçim yapma hakkını tanımlamıştır⁴⁸⁵.

İtalya'daki bir davada ise, bu sefer üreme sonucunda bir anne ve babanın, kişilik hakkının ihlali sonucuna varılmıştır. Nitekim doğum öncesi yanlış teşhis nedeniyle annenin kürtaj yapamaması sonucunda engelli olan bebek söz konusu olduğunda, İtalya Yargıtay'ı üreme konusunda kendi kaderini tayin hakkına dayanarak anne ve babaya maddi ve manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir⁴⁸⁶.

Kişilik hakkının, özel hukukta başka bir yeni kişilik değerinin oluşmasına emsal olan bir başka dava da, Hollanda Yargıtay'ı, bir kişinin, savaş sırasında genç yaşta işlediği bir suçla artık kamuoyu önünde karşı karşıya getirilmeme hakkı olduğu talebini değerlendirmiştir. *Parool* davası diye anılan davada⁴⁸⁷, davacının mahkûm edilmesinin üzerinden 40 yıldan fazla bir süre geçmiş, suça dair cezasını çekmiş, daha sonra de affedilmiştir. Mahkeme, kişilik hakkı kapsamında kişinin “yalnız bırakılma hakkı”nın da bulunduğu gerekçesiyle davacı lehine karar vermiştir. Daha sonra benzer bir olay nedeniyle⁴⁸⁸, ABAD önüne gelen başvuruda, bu sefer kişilik hakkı kapsamında “unutulma hakkı” karşımıza çıkacaktır. Davada⁴⁸⁹, Costeja González adını Google grubunun arama motoruna girdiğinde, 1998 yılına ait bir gazetenin Costeja González'in sosyal güvenlik borçlarının tahsili için haciz işlemlerinin ardından düzenlenen bir emlak müzayedesine dair haberlerle karşılaştığını belirterek, bu verilerin kaldırılmasını Google'dan talep ettiyse de talebine bir karşılık alamamıştır. ABAD önüne gelen başvuruda, ifade ve bilgi edinme özgürlüğüne karşı veri sahibinin, özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması hakları ışığında, söz konusu bilgilerin artık kamuya açıklanmamasını talep edebileceğine karar vererek “unutulma hakkı”nı tanımıştır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ Selanik Çok Üyeli Asliye Mahkemesi'nin 15298/2010 sayılı kararına dair bkz. Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 380.

⁴⁸⁶ Cass. no. 14488/2004; Cass. no. 13/2010 (Navarretta / Bargelli, s. 427).

⁴⁸⁷ HR 06.01.1995, NJ 1995, 422 (Parool) (bkz. Cherednychenko, s. 462.)

⁴⁸⁸ Yalnız bırakılma hakkına dair ayrıntılı açıklama ve unutulma hakkı arasındaki ilişki için bkz. Turgut, s. 19 vd.

⁴⁸⁹ ABAD, Case C-131/12, Google Spain SL, ECLI:EU:C:2014:317. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

⁴⁹⁰ Unutulma hakkıyla ilgili ayrıca bkz. Bölüm 1.3.2.6.

Kişilik hakkı kapsamında karşımıza çıkabilecek çeşitliliği ortaya koymak açısından, kişinin özel hayatına saygı hakkının yanı sıra dinlenme hakkı ve sağlık hakkı gibi temel haklarla ilişkilendirmiş Portekiz Coimbra İstinaf Mahkemesi'nin kararından bahsedilebilir⁴⁹¹. Bir barın çıkardığı gürültü nedeniyle Mahkeme'nin önüne gelen dosyada⁴⁹², Coimbra İstinaf Mahkemesi, açıkça kendi Portekiz Medeni Kanunu ve Portekiz Çevre Kanunu yanı sıra açıkça İHAS'ın ilgili hükümlerine de atıfta bulunarak, kişinin dinlenme hakkı, özel ve aile hayatının huzuruna saygı hakkı ve sağlık hakkı ile başka bir kişinin ekonomik girişim hakkının çatıştığı tespitiyle, bu haklar dengesinde kişilik hakkının ekonomik girişim hakkından üstün tutulması gerektiğine kanaat getirerek, açılan davada kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat kararı vermiş ve ilgili barın gece 22.00'den sonra kapanması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁹³.

Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından bir ileri giderek, kültürel çevrenin korunmasını da kişilik hakkının bir parçası olarak değerlendiren Yunanistan Trikala Asliye Mahkemesi'nin kararı kayda değerdir⁴⁹⁴. İhtilafa konu olayda, ünlü bir şarkıcı manastır şehri Meteora'da şarkıları için bir video klip çekip yayınlamıştır. Şehrin rahipleri, bu faaliyetin kendi kişilik haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Yunanistan Anayasası'ndaki kültürel çevrenin medeni ve sosyal bir hak olarak korunmasını öngören maddesi ile Yunanistan Medeni Kanunu'nun kişilik hakkını düzenlemesini birlikte yorumlayarak davayı kabul etmiştir ve Yunanistan'da böylece çevre gibi kolektif ve anayasal olarak korunan bir çıkarın, kişilik hakkı gibi özel hukuk hakkıyla birleşmesiyle nasıl bir boyut alabildiğini ortaya koymuştur⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ CJ, 15.01.2002, XXVII, T-I, (2002), 5 (Monteiro ve diğerleri, s. 507).

⁴⁹² Gürültü kirliliği de dahil çevresel kirliliklerin kişilik hakkı ihlali kapsamında değerlendirilmelerine ilişkin bkz. Bölüm 3.2.1.2.

⁴⁹³ Yine gürültü kirliliği yanı sıra, başkaca çevresel rahatsızlıkların da karşımıza çıktığı 2003 karar tarihli bir başka davada, Portekiz Yargıtay'ı "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" temel hakkı kapsamında davacı lehine hüküm kurmuştur. Olayda, yol inşaatı için kamulaştıran bir arazinin yanındaki konut sakini, yapılan viyadüğün 40 m yüksekliğinde ve konuttan sadece 30 m uzakta olduğunu; yolun inşasından önce evin sessiz olduğu, herhangi bir gürültü veya duman kirliliğinin olmadığı, erişimin iyi olduğu, güneşe iyi maruz kaldığı ve geniş ve güzel manzaralara sahip olduğu kanıtlamış, yol yapıldığında tüm bu olanaklardan mahrum kaldığını ileri sürmüştür. Portekiz Yargıtay'ı, konut sakinlerinin konutun onlara sunabileceği tüm huzuru, yaşam kalitesini ve refahı kaybetmiş olduğuna kanaat getirerek, kamulaştırma kuruluşunu yalnızca kamulaştırılan kısım için değil, arazinin tamamı için tazminat ödemesine hükmetmiştir. (Monteiro ve diğerleri, s. 507-508).

⁴⁹⁴ Trikala ilk derece mahkemesi, 349/2001 (Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 357).

⁴⁹⁵ Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 357.

Yunanistan ilk derece mahkemelerinin, kişilik hakkı ve çevre hakkını yorumlarken oldukça ilerici olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim su alanlarının ortak kullanımının bozulduğu/ortadan kaldırıldığı durumlarda (Yanya İlk Derece Mahkemesi, 471/1996, Mesollogi İlk Derece Mahkemesi, 134/1997) veya kamu erişiminin (örneğin deniz kıyısının) kısıtlandığı durumlarda kişilik hakkının ihlali nedeniyle ihtiyati tedbir ve uzaklaştırma kararı verilen kararlara rastlamak mümkünken; kişilik hakkının ülkenin arkeolojik hazinelerinin ve anıtlarının korunmasını, muhafaza edilmesini ve bunlardan yararlanılmasını kapsadığına dair (Atina İlk Derece Mahkemesi 10961/1997) de oldukça farklı bir karara rastlamak mümkündür⁴⁹⁶.

Tüzel kişilerin de kişilik hakkı korumasından hakkın niteliğine uygun düştüğü ölçüde yararlanabildiğini gösteren ilginç bulduğumuz bir emsal kararı da paylaşmak yerinde olacaktır. İlgili davada Slovenya Anayasa Mahkemesi⁴⁹⁷, rekabetin korunmasından sorumlu kamu kurumuna, yargı kararı olmaksızın tüzel kişilerin işyerleri hakkında inceleme yapma yetkisi verilip verilemeyeceği sorusu ile karşı karşıya kalmıştır. Böylece Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bir şirketin özel hayatın gizliliği hakkını koruyup korumadığını, koruyorsa tüzel kişilerin özel hayatına müdahalenin önceden yargı kararı gerektirip gerektirmediği meselesini irdelemiştir. Mahkeme, hukuk düzeni içerisinde yapay bir şekil olan tüzel kişiliğin, anayasal olarak korunan mahremiyet hakkından da yararlandığını belirterek, Slovenya Anayasası'ndaki mekân mahremiyeti ve iletişim gizliliği haklarını, İHAS m. 8'den ve İHAM'ın ilgili maddeye dair içtihatlarından yararlanarak ele almıştır. Bu çerçevede Mahkeme'ye göre, “Tüzel kişilerin mekânsal mahremiyeti ve iletişim mahremiyeti, gerçek kişilerin mekânsal mahremiyeti ve iletişim mahremiyetine göre daha az korunma altında” olduğunu söylemek mümkünse de; tüzel kişilerin varlığının ve faaliyetlerinin normal bir şekilde yerine getirilebilmesi için, makul bir ölçüde dışarıdan müdahalelere karşı korunan ve insan alt yapısındaki üyelerinin, tüzel kişiliğin kuruluş amacına yönelik huzur içinde faaliyetlerde bulunabileceği belli bir korunaklı iç alanın bulunması önemlidir. Sonuç olarak Slovenya Anayasa

⁴⁹⁶ Bu kararların; ortak eşyaların ve ortak kullanım eşyalarının kullanım hakkının, devletin anayasal olarak korumakla yükümlü olduğu insan onuruna, kişiliğin özgür gelişimine ve çevrenin korunmasına dayandırıldığına dair bkz. Deliyanni-Dimitrakou / Akrivopoulou, s. 368.

⁴⁹⁷ Petra Weingerl, “The Influence of Fundamental Rights in Slovene Private Law”, (ed.) Verica Trstenjak, Petra Weingerl, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Springer, 2016, s. 552.

Mahkemesi; tüzel kişilerin, işleyişine ilişkin gerçekleri ve verileri devletin keyfi müdahalelerinden ve özel kişilerin müdahalelerinden korunması ve genel olarak kamuya açık olmayan ve faaliyetlerini yürüttükleri bir alandaki istenmeyen müdahalelere karşı mahremiyetleri ile güvenli ve mahremiyet içinde iletişim kurma olanaklarının korunmasını rekabetin korunmasından sorumlu kamu kurumunun yargı kararı olmaksızın tüzel kişilerin işyerleri hakkında inceleme yapma yetkisi karşısında üstün tutmuştur⁴⁹⁸.

2.2.2.3. Denizaşırı Ülkelerden Emsal Kararlar

Temel hakların özel hukuka etkisinin artması eğilimi yalnızca Avrupa ülkelerinde görünmemektedir. Nitekim daha önce de açıkladığımız üzere, temel hakların özel hukuk üzerindeki etkisinin artmasına neden olan sosyolojik, ekonomik ve teknolojik gelişmeler tüm dünyada benzer bir sonuç doğurmaktadır. Bu bölümde, Avrupa dışındaki ülkelerin bu eğilimden azade olmadığını ve gitgide küçülen dünyada bu konuda da emsal olabilecek çok farklı kararların karşımıza çıkabileceğini ortaya koymak için yalnızca birkaç ilgi çekici karar üzerinde durulacaktır.

Örneğin sözleşmeler hukuku ve mülkiyet hakkına dair daha önceki bölümde ele aldığımız kararlara benzer kararların Kanada’da karşımıza çıktığına rastlamaktayız. Nitekim Quebec İstinaf Mahkemesi Desroches davasında, bir apartmanın sahibinin mülkünü serbestçe kullanma hakkının kendisine, konut başına düşen kişi sayısını ikiyle sınırlayan bir politika benimseme yetkisi verdiği iddiasını değerlendirmiştir. Mahkeme, eşitlik hakkı da dahil olmak üzere Quebec Kişi Hakları ve Özgürlükleri Şartı tarafından korunan hakların, mülkiyet hakkının kapsamını kısıtlayan “kanunla öngörülen sınırlamaların” bir parçası olduğunu, eşitlik hakkının mülkiyet hakkına içsel bir sınır teşkil ettiğini ve mülkiyet sahibinin bu politikasının çocuklu kişilere karşı ayrımcı bir etki yarattığını belirterek mülk sahibi aleyhine karar vermiştir⁴⁹⁹. Benzer şekilde, Kanada’da mülkiyet hakkının özel hayata saygı hakkıyla sınırlandırılabilmesine dair bir kararda, mülk sahibinin kiracının konutta

⁴⁹⁸ Weingerl, s. 552-553.

⁴⁹⁹ Commission des droits de la personne c. Desroches, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.). (Karara ilişkin bkz. Samson/Langevin s. 176).

sigara içmesini yasaklamasının mahremiyet hakkının ihlali olarak kabul edildiği karşımıza çıkmaktadır⁵⁰⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise ABD Yüksek Mahkemesinin, Anayasanın özel davranışlara değil, yalnızca hükümet eylemlerine karşı koruma sağlaması gerekliliğinin sınırlarını genişlettiği bir karar⁵⁰¹, yine mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı çatışmasında karşımıza çıkmaktadır. Shelley/Kraemer davasında⁵⁰² Yüksek Mahkeme, mülk sahiplerinin mahallelerinin etnik saflığını koruma için Afrikalı Amerikalıların ve diğer azınlıkların ev satın almasını veya kiralamasını engelleyen anlaşmalarının uygulanması için tedbir kararı verilmesinin anayasaya aykırı bulmuş; mahkemelerin bu tür hükümleri yürürlüğe koymasının devleti anayasaya aykırı ırk ayrımcılığına dahil ettiğini ve devlet eylemi teşkil ettiğini tespit etmiştir⁵⁰³.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmeden doğan bir menfaatten yararlanmak için temel bir haktan sözleşmeye dayalı olarak feragat edilmesi durumunda bu temel hakkın korunup korunmayacağı konusunda birçok tartışmaya konu olan⁵⁰⁴ Syndicat Northcrest/Amselem kararına değinmek yerinde olacaktır⁵⁰⁵. Karara konu olayda, lüks bir sitede yaşayan Yahudi mülk sahipleri, dini inançları doğrultusunda Sukot tatilleri sırasında balkonlarına sukalar (küçük kulübeler) kurmuşlardır. Ancak ilgili sitenin ortak malikler birliği, maliklerin arasındaki sözleşmede yer alan, güvenlik ve estetik nedenleriyle balkonlara yapı yapılmasını yasaklayan hükme dayanarak sukaların kaldırılmasını istemiş ve ortak arazi üzerinde topluca kullanabilecekleri bir suka yapılmasını teklif etmişse de, bir anlaşmaya varılamaması üzerine ilgili sözleşme hükmüne dayanarak dava açmıştır. Kanada Yüksek Mahkemesi, davalıların din özgürlüklerini savundukları davada, temel bir haktan feragat edilmesinin, özgürce ve bunun gerçek sonuçları ve etkileri hakkında

⁵⁰⁰ Koretski c. Fowler, 2008 QCCQ 2534 (bkz. Samson/Langevin, s. 176).

⁵⁰¹ Jonathan M. Miller, "The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States", (ed.) Verica Trstenjak / Petra Weingerl, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, Springer, 2016, s. 584.

⁵⁰² Shelley/Kraemer, 334 U.S. 1, 19–21 (1948) (bkz. Miller, s. 584).

⁵⁰³ Daha sonra ABD'de kabul edilen gayrimenkul satışında veya kiralanmasında ve ilgili hizmetlerin sağlanmasında ırk, renk, din veya ulusal köken nedeniyle ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler için bkz. Miller, s. 584.

⁵⁰⁴ Tartışmalar için bkz. Samson / Langevin, s. 152.

⁵⁰⁵ Syndicat Northcrest / Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551, inf. [2002] R.J.Q. 906, REJB 2002-30953 C.A.), bkz. Samson / Langevin, s. 151.

tam bilgi sahibi olarak ifade edilmesi gerektiğini; bu feragat hükmünün bir iltihaki sözleşmede olamayacağını; böyle bir feragatin açık ve kesin ifadelerle formüle edilmesi gerektiğini belirterek, ilgili yapıların yangın durumunda yeterli geçiş imkanı vermesi şartıyla, söz konusu tatilin sürdüğü birkaç gün boyunca maliklerin balkonlarına geçici sukalar yerleştirmelerine izin vermiştir⁵⁰⁶. Mahkeme, (imzalanmadan önce anlaşmayı okumamış olan) mülk sahiplerinin, anlaşmayı imzalayarak din özgürlüklerinden açıkça feragat etmediklerine⁵⁰⁷ ve sukaların inşasının diğer mülk sahipleri için yaratacağı rahatsızlıkların, temyizde bulunanların din özgürlüklerini kullanmalarına "geçerli sınırlamalar" getiremeyecek kadar "minimum" olduğuna kanaat getirmiştir⁵⁰⁸.

Sözleşme özgürlüğü ve temel hakların çatışması ile ortaya çıkan bir başka soru da, temel hakların korunmasının, özellikle ayrımcılık yapmama ilkesi açısından⁵⁰⁹, sözleşme tarafının seçimi üzerinde de bir etkisi olup olmadığıdır⁵¹⁰. Japonya’da karşımıza çıkan bir dava, bazı hamamlara asılan “Yalnızca Japonlar” yazısı ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, Japonya’da çok ünlü olan halka açık hamamların özel kullanım kurallarını bilmeyen Rus denizcilerin limana bakan bir hamamı ziyareti sırasındaki davranışları nedeniyle şehre yayılan kötü söylentilerle, bu hamam iflas etmiştir ve bunun üzerine bazı hamamlar “Yalnızca Japonlar”ın işletmelerine girmelerine izin vermek istemişlerdir. Bunun üzerine, bir Alman ve iki Amerikalı tarafından açılan manevi tazminat davasında, Saporra Mahkemesi, girişin reddedilmesini “özel kişiler arasında bile yasak olan ırk ayrımcılığı olarak” nitelendirerek hamamı işleten şirketin haksız fiil sorumluluğunu kabul etmiştir⁵¹¹.

⁵⁰⁶ İlgili karar § 93. (Bkz. Samson / Langevin, s. 151.)

⁵⁰⁷ Samson / Langevin, s. 151.

⁵⁰⁸ İlgili karar § 84. (Bkz. Samson / Langevin, s. 151.)

⁵⁰⁹ Bu konuda Kanada’da, üyelik sözleşmelerinin golf kulübüne yalnızca haftanın günleriyle (hafta sonları hariç) girebilmelerini sınırlandıran sözleşme hükmüne karşı golf kulübüne üye olan kadınlar tarafından açılmış olan davada, Mahkeme, böyle bir hükmün ayrımcılık teşkil edeceğini, daha az ödeseler bile üyelik sözleşmesinin böyle sınırlama getiremeyeceğine hükmetmiştir. (Quon/Club de golf de la vallée du Richelieu Inc., (1994) 21 C.H.R.R. D/55 (T.D.P.Q.). (Samson / Langevin, s. 149). Nitekim karara dayanak olan Quebec Kişi Hakları ve Özgürlükleri Şartı m. 15 açıkça, “hiç kimse ayrımcılık yaparak başkalarının ulaşım araçlarına veya ticari kuruluşlar, oteller, restoranlar, tiyatrolar, sinemalar, parklar, kamp alanları ve karavan gibi halka açık yerlere erişimlerini ve orada mevcut olan mal ve hizmetleri elde etmelerini engellemez.” düzenlemesini içermektedir.

⁵¹⁰ Trstenjak, s. 15.

⁵¹¹ Sapporo Mahkemesi, 11.11.2002, Hanrei-jihou, no. 1806, 84. (Bkz. Hatano, s. 443)

Yukarıdaki başlıkta da ele aldığımız üzere, temel hakların özel hukuk üzerindeki etkisi yalnızca sözleşmeler hukuku üzerinde kendini göstermemektedir. Örneğin, Brezilya’da bir dernek üyesinin gerekli yargılama ilkeleri uygulanmadan ve savunması alınmadan dernekten ihraç edilmesi durumunda, Brezilya Federal Yüksek Mahkemesi, “Anayasanın güvence altına aldığı temel hakların yalnızca hükümet yetkililerini doğrudan bağlamadığını, aynı zamanda özel tarafların özel güçlere karşı korunmasını da hedef aldığını” belirterek temel haklar üzerinden ihracı hukuka aykırı bulabilmektedir⁵¹².

Japonya’da ise, yukarıdaki çevre hakkı ile verdiğimiz emsallere benzer şekilde, Osaka havalimanı çevresinde yaşayanların korunan temel haklarından çevre hakkına ilişkin olarak, havalimanının gürültüsünden rahatsız olmaları üzerine açılan davada, Osaka İstinaf Mahkemesi de çevre hakkı ile bağlantılı olarak kişilik hakkının ihlal edildiğini kabul ederek, davacıların manevi zararlarının tazminine ve havalimanının saat 21.00’den itibaren kullanımının durdurulmasına karar vermiştir⁵¹³.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, aile hukuku açısından tüm eyaletleri etkileyecek bir karar, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından 2015 yılında alınmış ve Mahkeme tarafından, evliliğin temel bir hak olması nedeniyle eşcinsel çiftlerin aynı evlenme hakkından yararlanması gerektiği gerekçesiyle eşcinsel evliliğin anayasal olarak korunduğuna hükmedilmiştir⁵¹⁴.

Son olarak, günümüzde yaygın şekilde görülen “evden çalışma” eğilimine dair bir karardan da emsal olması açısından bahsetmek yerinde olacaktır. Nitekim Kanada’da karşımıza çıkan kararda, bir çalışanın evden çalışmasını zorunlu kılan işverene karşı açılan davada Mahkeme davayı, çalışanın mülkiyetinden serbestçe

⁵¹² Tepedino, s. 118.

⁵¹³ 27.11.1975, Hanrei-times No. 330. 116 (Bkx. Hatano, s. 446.)

⁵¹⁴ Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584, 2015. (Miller, s. 587). Bu alanın aynı zamanda ABD Yüksek Mahkemesinin uluslararası insan hakları uygulamalarından etkilendiği gösteren bir alan olduğu, zira eşcinsel evlilik meselesine ilişkin uluslararası uygulamaya değinmese de 2003 yılındaki bir eşcinsel sodomiye suç sayılması ile ilgili bir kararında Avrupa insan hakları içtihat hukukundan yararlandığına ilişkin bkz. Miller, s. 587

yararlanma hakkı ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde ele alarak, bu hakların işverenin evden çalışmayı zorunlu kılmasını engellediğine hükmetmiştir⁵¹⁵.

Görüldüğü üzere, Kıta Avrupası ülkelerinden denizaşırı ülkelere kadar hukuk sistemleri ne kadar farklı olursa olsun ve temel hakları dikkate alma nedenleri veya temel hakların özel hukuka etkisine dair teorik açıklamaları ne olursa olsun, mülkiyet hakkından kişilik hakkına, sözleşmeler hukukundan aile hukukuna ilişkin çok farklı özel hukuk ihtilaflarında temel hakların özel hukuka ne denli etki edebildiği birçok yabancı ülke kararı sayesinde açıkça görülmektedir. Bu emsal kararların şüphesiz ki Türkiye’deki özel hukuk yargıcı tarafından doğrudan dikkate alınması beklenmese de, temel hakların özel hukuka, konumuz özelinde ise kişilik hakkına etkisine dair benzer ihtilaflarla karşılaşabilecek özel hukuk yargıcının İHAS düzenlemelerinin ve İHAM kararlarının etkisi ile benzer kararlar vermesi için bu yabancı ülke kararları da yol gösterici olabilecektir.

Böylece temel hakların özel hukuka etkisi, ilgili teorik tartışmalar ve İHAM tarafından veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen emsal kararlar ışığında ikinci bölümde ayrıntılı şekilde açıklandıktan sonra, çalışmamızın birinci bölümünde ele alınan kişilik hakkı kavramı üzerine temel hakların etkisinin görülebileceği İHAS düzenlemeleri ve İHAM kararları üçüncü ve son bölümümüzde değerlendirilecektir.

⁵¹⁵ Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers, [2005] R.J.Q. 414 (C.A.). (Bkz. Samson / Langevin, s. 177.)

3. İHAM KARARLARINDA KİŞİLİK DEĞERLERİ

Çalışmamızın ilk bölümünde yaptığımız açıklamalar ve ele aldığımız örnekler ışığında, Türkiye’de kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin birçok farklı başlıkta toplanabildiği, kavramın git gide artan sayıda yeni ve farklı değeri içine aldığı ve birçok temel hak ile yakından ilgili olduğu ortaya konulmuştur. İkinci bölümde ise, İHAS’ta korunan hakların, İHAM’ın ilgili maddelere dair yorumlarının ve örnek kararlarının Türkiye’deki özel hukuk yargıcı tarafından da göz önüne alınarak somut olayları değerlendirmesi gerekliliği ortaya konulmuş olduğundan İHAM kararları doğrultusunda Türkiye’deki kişilik hakkı ihlaline dair kararların nicelik yönünden artması ve nitelik yönünden de daha da çeşitlenmesi kanaatimizce kaçınılmazdır.

İHAM’ın kişilik hakkını ilgilendirebilecek kararları değerlendirilirken, öncelikle, İHAS m. 2’de düzenlenen yaşam hakkının ve İHAS m.3’te düzenlenen “işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı”nın klasik bir bakış açısıyla dahi doğrudan TMK’da korunan kişilik hakkı ile yakın ilişkisi olduğu ve bu düzenlemeler ışığında İHAM tarafından verilen kararların çoğunun Türkiye’deki yargıçlar tarafından da kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirileceği şüphe götürmediğinden, bu başlık genel açıklamalar ve birkaç ilgi çekici örnekle ele alınmakla yetinilecektir (Bölüm 3.1).

Ancak İHAS m.8’in “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı düzenlemesi, İHAM tarafından yapılan geniş yorumlama ile bir çatı hüküm gibi işlev gördüğünden, konumuz özelinde Türkiye’deki kişilik hakkı kavramına yeni değerlerin eklenmesi ve farklı somut olaylarda ihlal kararı verilmesi gerekliliğini ortaya çıkarabilecektir (Bölüm 3.2). Nitekim bu madde kapsamında ele alınan kişinin fiziksel, psikolojik ve ahlaki bütünlüğü (Bölüm 3.2.1), elbette yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin İHAS m.2 ve m.3 ile ilgili ihlallere de değmekte ancak yanı sıra, üreme hakkından, çevre kirliliğine kadar çok geniş bir yelpazede örnekler sunmaktadır. Yine İHAM, maddede anılan genel anlamda özel hayatı kapsamında kişinin dar anlamda özel hayatı olarak “mahremiyeti”ni (Bölüm 3.2.2) birçok yönden ele almakta ve çok çeşitli kararlara imza atmaktadır. Yine

İHAS m. 8’de anılan genel anlamda özel hayat kavramı kapsamında kişinin “kimliği ve özerkliği” olarak ele alacağımız (Bölüm 3.2.3) bir başlık altında İHAM, kişinin kişisel gelişim ve özerklik hakkından, kişinin görünüşüne, dini inançlarından, cinsel kimliğine kadar kişinin kimliğinin ve özerkliğinin parçası olabilecek tüm değerleri kapsayarak kişilik hakkı kapsamında Türkiye’de de ele alınması gereken birçok emsal ortaya koymaktadır.

Kişinin “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”nü düzenleyen İHAS m. 9, kişinin geniş anlamda özel hayatı kapsamında kimliği ve özerkliğiyle ve İHAS m. 10’da düzenlenen “ifade özgürlüğü” ise yine kişinin gelişim ve özerklik hakkının yanı sıra yine İHAS m. 8’de düzenlenen haberleşme hakkıyla yakından ilintili olduğundan, bu maddeler için ayrıca bir başlık açmaktan ve konumuzun dışındaki kapsamlarına değinmekten imtina edilmiş, ilgili maddelerine çalışmamız için önemli olan boyutları, İHAM m. 8 kapsamında ele alınacak ilişki olduğu kavramlar çerçevesinde ele alınacaktır.

Diğer yandan lafzen dahi geniş bir etki alanını işaret eden İHAS m. 8, yalnızca özel hayatı değil, aynı zamanda aile hayatını, konutu ve haberleşmeyi de koruma altına alan bir düzenlemedir. Nitekim İHAM m.8 f.1 açıkça, *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* düzenlemesini havidir.

Böylece İHAM’ın, İHAS m.8 kapsamında aile hayatına ilişkin emsallerinde devletlerin mülteci ailelere ilişkin yürüttüğü prosedürler, konuta ilişkin emsallerinde kamulaştırmaya ilişkin mülkiyet hakkını daha yakından ilgilendiren şikayetler veya haberleşmeye ilişkin emsallerde mahpusların avukatları ile haberleşmesine ilişkin tartışmalar da karşımıza çıkabilmektedir. Ancak elbette, kişinin aile hayatı düzenlemesi kapsamında, kişinin özel hayatının altında fiziksel ve psikolojik bütünlüğü kapsamında da ele alınan üreme hakkına dair kararlar da karşımıza çıkmaktadır. Yine konut hakkına veya haberleşme hakkına dair emsallerde, kişinin dar anlamda özel hayatı olan mahremiyetinin ihlal edilmesi de kararlara konu olabilmektedir. Çalışmamızda aile hayatının, konut hakkının ve haberleşme hakkının ceza hukuku, idare hukuku ve hatta aile hukukunu, eşya hukukunu daha yakından ilgilendiren tartışmalarını mümkün olduğunca dışarıda bırakmak adına, aile hayatı ile konut ve haberleşme hakkına dair çalışmamızı ilgilendiren emsaller yine İHAS

m.8’de korunan “özel hayatın” geniş yorumu içinde karşımıza çıkacak değerler çerçevesinde ele alınacaktır.

Her ne kadar İHAS m.14’te düzenlenen “ayrımcılık yasağı” İHAM kararlarında tek başına ele alınmamakta ve dolayısıyla ilgili başvuru ayrımcılık iddiasına ilişkin başka bir korunan menfaat çerçevesinde ele alınmaktaysa da, “ayrımcılık yasağı” çalışmamızda ayrı bir başlık olarak yer bulacaktır (Bölüm 3.3.). Nitekim, Türkiye’de özel hukuk yargıcının ayrımcılık yasağına ilişkin İHAM kararlarını dikkate alarak kişilik hakkı çerçevesinde verebileceği kararların önemi çalışmamızda ayrıca öne çıkarılmak istenmektedir.

3.1. Yaşam Hakkı ile İşkence, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele Yasağı Kapsamında

Türkiye’de kişilik hakkı kapsamında kabul edilen değerleri ele aldığımız bölümde de bahsettiğimiz üzere yaşam, kişilik hakkı değerleri arasında ilk akla gelenler arasındadır. Benzer şekilde kişilik hakkı kapsamında kabul edilen fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, kişiye işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yapmamayı elbette kapsamaktadır. Dolayısıyla İHAM ile Türkiye’deki iç hukuk yargılaması arasında bu saldırıların teorik olarak ihlal olduğu konusunda bir yaklaşım farkı olmasa da, uygulamadaki yaklaşım farklılığı nedeniyle İHAM’ın bu maddelerde korunan menfaatlerin Türkiye’de etkin korunmadığına dair birçok kararı ile karşılaşmak mümkündür, İHAM’ın bu maddelere ilişkin yaklaşımını yansıtan kararlara çalışmamıza katkı sağlayacakları oranda değinilecektir.

3.1.1. Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı başlıklı İHAS m.2 düzenlemesi⁵¹⁶, devletin veya kamu gücünü kullananların bir kimseyi öldürmemesi üzerine yalnızca devlete negatif yükümlülükler yükleyen bir madde değildir. İHAS m.2 taraf devletlere pozitif yükümlülükler de yüklemektedir ve bu yükümlülükler gereğince bu hükmün özel

⁵¹⁶ İHAS m. 2 f.1 “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz.” şeklinde olup devamında da ölümün meydana gelmesine rağmen ihlal sayılmayacak istisnalar belirtilmiştir.

hukuk kişileri arasındaki yatay etkisi de kabul edilmektedir⁵¹⁷. Dolayısıyla Medeni hukuk kapsamında yaşam hakkının ihlal edilmesi nedeniyle doğan uyuşmazlıklar da devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği açısından İHAM tarafından değerlendirmeye tabi tutabilecektir.

Bu husus, İHAM'ın *Özgür Gündem/Türkiye* kararında⁵¹⁸ açıkça, “*Mahkeme, Sözleşme'deki birçok hükmün amacının, bireyi, kamu yetkililerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olduğu halde, bu haklar konusunda, etkin pozitif sorumluluklar olabileceğine karar vermiştir. Bu sorumlulukların 8. (...) bağlamında ortaya çıkabileceğini tespit etmiştir. Etkili bir soruşturma yapma sorumluluğunun 2. madde (...) ve 3. madde bağlamında arttığı tespit edilmiştir (...) ayrıca 2. madde bağlamında yaşama hakkının korunması ile ilgili olarak pozitif bir sorumluluk mevcuttur. (bkz. 28 Ekim 1998 tarihli Osman İngiltere'ye Karşı Kararı, Raporlar 1998- VIII, s. 3159 -3161, para. 115-117).*” şeklinde dile getirilmiştir.

Bu kararda bahsi geçen *Osman/Birleşik Krallık* kararı⁵¹⁹ İHAM'ın, İHAS m.2 çerçevesinde devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü konusunda emsal bir karar niteliğindedir⁵²⁰. İHAM'a göre Sözleşme m.2'de devletin görevi sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınmak değil, ayrıca kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almaktır. Nitekim, İHAM ilgili kararda, “*Devletin bu konudaki yükümlülüğü, kişiye yönelik saldırıların işlenmesini caydırıcı somut bir ceza mevzuatı yürürlüğe koyarak ve ihlalleri cezalandırmak ve önlemek için tasarlanmış bir yaptırım mekanizması uygulayarak yaşam hakkını güvence altına almak, ihlalleri bastırmak ve yaptırım uygulamak asli görevinin ötesine geçer.*” şeklindeki açıklamasının ardından, Sözleşme'nin 2. maddesinin, belirli koşullarda, başkalarının suç eylemleri nedeniyle hayatı tehdit altında olan kişiyi korumak için önleyici, etkin önlemler alma konusunda yetkililere pozitif bir yükümlülük yükleyebileceğini belirtmiştir.

⁵¹⁷ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 27, 2010, s. 111-132.

⁵¹⁸ İHAM, *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No. 23144/93, 16.03.2000, §42, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62993> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵¹⁹ İHAM, *Osman/Birleşik Krallık*, B. No. 23452/94, 28.10.1998, §115, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62809> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵²⁰ Metin, s. 125.

Belirtmek gerekir ki, bu ve benzeri yaşam hakkını ilgilendiren kararlarda olayların ceza yargılanması gerektiriyor olması ve ceza hukukunun kamuyu ilgilendiren boyutu, olayların İHAS'ın yatay etkisi ile ilgili olmadığı, bu olaylarda İHAS'ın dikey etkisinin görüldüğü yanılığını yaratabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu kararların hiçbirinde İHAM, olayların ceza hukuku boyutu nedeniyle ihlal yönünde hüküm kurduğuna doğrudan veya dolaylı bir şekilde değinmemiştir. İleride başkaca örneklerde de görüleceği gibi devletler tarafından, İHAS hükümlerinin etkili şekilde uygulanmasının sağlanması için ceza yargısı yaptırımlarından yararlanabilecekleri gibi, devletlerin adli yargıdan da yararlanmaları söz konusu olabilir, önemli olan hangi aracın kullanıldığı değil devletin ilgili hakkın korunmasını etkili şekilde sağlamasıdır. Devlet'in tüm organlarının Sözleşme ile bağlılığı ve İHAS'taki hakların etkili şekilde korunması sorumluluğu açısından ceza yargıcı ile hukuk yargıcı arasında bir farkın olduğunu düşünmek için hiçbir sebep yoktur.

İHAM'ın önüne gelen yaşam hakkını ilgilendiren bir başka uyuşmazlıkta ise⁵²¹, yeni doğan bir bebeğin ölümü nedeniyle özel bir kliniğin ve doktorun sorumluluğu değerlendirilmiştir⁵²². Olayda bebeğin ölümüne neden olduğu iddia edilen kliniğin bir özel hukuk kişisi olması doğrultusunda, İHAM tarafından yapılan açıklamada,

“Pozitif yükümlülükler, Devlet tarafından ister kamu ister özel olsun, hastanelerin hastalarının hayatlarının korunmasını sağlamak için önlemler almasını gerektiren bir düzenleyici çerçeve oluşturması anlamına gelir. Ayrıca, gerek kamu sektörü çerçevesinde hareket eden gerekse özel sektörde çalışan sağlık meslek mensuplarının sorumluluğunda olan bir kişinin ölüm nedeninin tespit edilmesini

⁵²¹ İHAM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, B. No. 32967/96, 17.01.2002, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64572> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵²² Uyuşmazlığa konu olayda, ceza mahkemesi açısından zamanaşımı süresi geçmişse de, başvuranların hukuk mahkemesine başvurma yollarının devam ettiği belirtilmiştir. Ancak başvuranların mahkeme önünde başlattıkları hukuk davası bağlamında, doktorun ve kliniğinin sigortacıları ile bir uzlaşmaya varmayı kabul ettikleri ve iradi olarak davaya devam etmekten feragat ettikleri anlaşılmıştır. Böylece, doktorun tazminat ödemesine ve muhtemelen kararın basında yayınlanması ve dolayısıyla doktora karşı disiplin cezası verilmesini de sağlamaları mümkün olamamıştır. Bu nedenle Mahkeme tarafından, başvuranların, yeni doğan bebeklerinin ölümüyle ilgili olarak doktorun sorumluluğunun kapsamına ışık tutabilecekleri ve devletin yaşam hakkını koruyan İHAS m.2'den kaynaklanan pozitif yükümlülükleri karşılamış olduğunu gösteren bu yola erişimlerini kendilerinin engelledikleri kanaatiyle, devletin yaşam hakkına dair bir ihlali olmadığı yönünde bir karar oluşturmuştur. ⁵²² İHAM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, B. No. 32967/96, 17.01.2002, §51-57.

mümkün kılan etkin ve bağımsız bir yargı sisteminin kurulması yükümlülüğünü de ifade etmektedir⁵²³.”

şeklindeki ifadelerle özel hukuk kişileri arasındaki hak ihlallerine dair de devletin İHAS kapsamında bir pozitif yükümlülüğü olduğunu yinelenmiştir.

İHAM bu kararında, yukarıda değindiğimiz ceza hukuku veya medeni hukuk yaptırımları açısından değerlendirmede de bulunarak,

“Yaşam veya vücut bütünlüğü hakkı ihlali kasıtlı değilse, etkili bir yargı sistemi kurmaya yönelik 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülük, her durumda mutlaka bir ceza yolunu gerektirmemektedir. Tıbbi ihmalin özel bağlamında, böyle bir yükümlülük, örneğin söz konusu hukuk sisteminin ilgili taraflara hukuk mahkemeleri önünde tek başına veya ceza mahkemeleri önündeki bir hukuk yolu ile birlikte, bir başvuru yolu sunması halinde de yerine getirilebilir⁵²⁴.”

şeklindeki açıklamaları ile, İHAS’ın koruduğu hakların etkin bir şekilde korunması için ceza davası ile hukuk davası arasında uygun olan yöntemle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğini işaret etmiştir.

Bu açıklama, cezai bir boyutu olmayan, yalnızca hukuk mahkemeleri tarafından kişilik hakkı ihlali olarak yaptırıma tabi tutulabilecek ihlallere dair çalışmamız açısından ayrıca önem taşımaktadır. Nitekim medeni hukuk açısından yaşam hakkının ihlalinin, bir kişilik hakkı ihlali olduğu Türkiye’deki hukuk yargıçları açısından da tartışma götürmemektedir, ancak ileride ele alacağımız ve İHAM tarafından İHAS’ın ihlali olduğu tespit edilen ve medeni hukuktaki kişilik hakkı değerleri arasında ele alınabilecek birçok kavram ve uyumsuzluk hakkında Türkiye’deki yargıçların benzer şekilde bir fikir birliği içinde olacağı şüphelidir.

Açıklamalarımız ışığında İHAS m.2 bağlamında yaşam hakkı kavramının değerlendirilmesi, medeni hukuktaki kişilik hakkının bir değeri olarak yaşam hakkının ele alınışı arasında özel bir farklılık olmadığı için, dolayısıyla da farklı

⁵²³ İHAM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, B. No. 32967/96, 17.01.2002, §49.

⁵²⁴ İHAM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, B. No. 32967/96, 17.01.2002, §51, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64572> (Son erişim: 20.11.2023).

emsal kararlar ile konuya yeni bir açılım getirmek söz konusu olmadığından bu başlık ile ilgili başkaca emsal kararlar üzerinde durulmayacaktır.

Yine de, yaşam hakkının içeriği konusundaki birliğe rağmen (yaşama ve vücut bütünlüğüne hukuka aykırı saldırıların ceza hukuku açısından suç sayılması, medeni hukuk açısından da bir kişilik hakkı ihlali olması söz konusu olsa da), bu hakkın korunma yöntemleri konusunda Türkiye devletinin İHAM kararlarını ve ayrıntılı yorumlarını dikkate alması zaruridir. Nitekim yaşam hakkı ihlali ile çok sık karşılaşılan kadınların, transların veya azınlık grupların yakın tehdit altında olduğuna dair emareler çok fazla olduğu halde dahi devletin İHAM’ın Osman/Birleşik Krallık kararında açıkça işaret ettiği pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesine sıkça rastlanmaktadır. Böylece, ilgili haklara ilişkin etkili bir korunma sağlanabilmesi için, özel hukuk yargıçları tarafından konu hakkında İHAM emsal kararlarının ışığında kişilik hakkına saldırıdan doğan imkanlardan etkin bir şekilde yararlanılmalıdır.

3.1.2. İşkence, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele Yasağı Kapsamında

İHAS m.3’te düzenlenen işkence yasağı kenar başlıklı düzenleme, “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” şeklinde olup, görüldüğü üzere ilgili madde tarafından kenar başlığındaki işkence kavramını yasaklamanın yanı sıra insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyi de yasaklamaktadır. İşkence yasağının en önemli özelliklerinden biri, bu yasağın mutlak olması, hiçbir istisnasının bulunmaması, olağanüstü acil durumlarda bile istisna getirilemez olmasıdır⁵²⁵. Nitekim işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” başlıklı İHAS m.15’te savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde askıya alınabilecek haklardan olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

Maddede üç ayrı kavramın, üç ayrı yasağın düzenlendiği görülmektedir. İşkence, çok ağır ve acımasız bedensel veya manevi acılara sebebiyet veren insanlık dışı veya aşağılayıcı davranışlar olarak tanımlanırken, işkencenin söz konusu

⁵²⁵ Bir çocuğun hayatı söz konusu olduğunda dahi istisna getirilemeyeceğine dair çarpıcı bir emsal karar için bkz. İHAM, *Gäfgen/Almanya*, B. No. 22978/05, 01.06.2010, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-99040> (Son erişim: 20.11.2023). Ayrıca bkz. Önok, Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara, 2006, s. 160-161; Demirtaş, Timur, *İşkence Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 42.

olabilmesi için bu acı ve ıstıraplar veren davranışların belli bir amaca yönelmiş olması gerekmektedir⁵²⁶. Görüldüğü üzere, işkence, maddede anılan insanlık dışı ve aşağılayıcı davranışın planlı bir şekilde yapılarak belli bir ağırlığa ulaşması ile söz konusu olacaktır, dolayısıyla kavramlar arasındaki fark bir yoğunluk farkından ibarettir⁵²⁷. Bu maddede düzenlenen en hafif ihlal, aşağılayıcı davranış olarak düzenlenmiştir, bu davranıştan zarar görenin uğradığı fiziksel şiddet değildir, ön planda olan bu muamelenin haysiyet kırıcılığıdır; dolayısıyla bir muamelenin işkence mi, insanlık dışı davranış mı, yoksa aşağılayıcı davranış mı olduğu muamelenin tarzı, süresi, ağırlığı gibi somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir⁵²⁸.

Sözleşme ile düzenlenen tüm hak ve özgürlükler gibi, bu düzenlemenin getiriliş amacı da öncelikle devlet ve devlet adına hareket edenlerin bu yasaklanan fiilleri işlememesi için devlete negatif yükümlülükler yüklemektir. Ancak çalışmamızın ilk bölümünde bahsettiğimiz üzere, İHAM'ın İHAS m.1'e dair getirdiği geniş yorumla ve İHAS'taki hakların etkin şekilde korumasının sağlanması amacıyla birçok maddenin devletlere pozitif yükümlülükler yüklediği ve özel hukuk kişileri arasında da etkili olduğu kabul edilmektedir. İHAS m.3 düzenlemesi de özel hukuk kişileri arasında da etkili olduğu kabul edilen düzenlemeler arasındadır⁵²⁹.

Özel hukuk kişileri arasında, bu şekilde fiziksel veya manevi acı veren bir davranışın, çalışmamızın ilk bölümdeki açıklamalar ışığında, medeni hukuktaki kişilik hakkı değerleri açısından da bir saldırı teşkil edeceği açıktır. Fiziksel acı veren davranış, medeni hukuk lafzıyla vücut bütünlüğünün ihlali teşkil edecektir. Bu davranışın dozu maddenin düzenlediği en hafif düzeyde kalsa bile, İHAM tarafından aşağılayıcı davranış olarak nitelendirilecek bu davranış medeni hukuk lafzıyla şeref ve haysiyetin ihlali olarak ele alınabilmektedir.

Dolayısıyla İHAS m.3 kapsamında ihlal sayılan davranışların, özel hukuk kişileri arasında gerçekleşmesi halinde gerekirse ceza hukuku kapsamında ancak her halükârda özel hukuk yargıcı tarafından kişilik hakkı ihlali olarak bir yaptırıma maruz kalmamasının Türkiye açısından İHAM tarafından verilecek bir ihlal kararı ile

⁵²⁶ Bozbayındır, Ali Emrah, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 145, Eylül 2018, s. 49.

⁵²⁷ Önok, s. 170. Bu yoğunluk farkı değerlendirmesine ilişkin ayrıca bkz. İHAM, Selmouni/Fransa, B. No. 25803/94, 28.07.1999, §91-105, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62842> (Son erişim: 20.11.2023.)

⁵²⁸ Değerlendirmeye ilişkin bkz. Demirtaş, s. 57 vd.; Önok s. 171 vd.; Bozbayındır s. 50.

⁵²⁹ Konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozbayındır, ss. 45-60.

sonuçlanabileceği açıktır. Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, İHAM, İHAS m.8 düzenlemesindeki özel hayata saygı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğün de koruma altında olduğunu kabul ettiğinden, bazı uyuşmazlıklarda İHAS m. 3 ile İHAS m.8 düzenlemelerinin yarışması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda İHAS m.3 koşullarının sağlanması için gerekli olan şiddet yoğunluğunu karşılamayan fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik müdahaleler İHAS m.8 kapsamında değerlendirme alanı bulacaktır⁵³⁰. İHAM'ın, İHAS m.3 ile bağlantılı olarak özel hayatı düzenleyen m.8 ile birlikte başvuruyu değerlendirdiği kararlara da rastlamak mümkündür⁵³¹.

İHAS m.3'ün özel kişiler arasındaki ilişkilere etkisi sıkça aile içi şiddete ilişkin ihlal kararlarında görülmektedir. İHAM'ın D.M.D./Romanya kararını⁵³², kararda bu konuda verilen önemli kararlara da kapsamlı şekilde atıf yapılması ve İHAM'ın konu hakkındaki yaklaşımını ayrıntılı bir şekilde ortaya koyması nedeniyle emsal olarak ele almak isabet olacaktır.

Uyuşmazlık, anne C.I.'nın, babası D.D. tarafından oğulları D.M.D'ye kötü muamelede bulunduğu dair şikayetlerine karşın, devletin etkin ve hızlı bir yargılama yürütmemiş olması iddiasıyla oğul D.M.D'nin İHAM'a başvurusuna ilişkindir. D.D.'nin başvuru çocuğa karşı fiziksel şiddet uygulaması, ışıksız küçük bir odaya kapatması, uyurken üzerine su atması gibi taciz edici davranışları mevcut olduğu iddia edilmiştir. Ulusal yargılamadaki dosyada, savcılık dosyasındaki deliller, özellikle de psikolojik raporları ve bir psikolog tarafından verilen ifade, çocuğun babasının taciz edici davranışının bir sonucu olarak travma geçirdiğini doğrulamış; başvuranın, kendisine eziyet etmek ve acı çektirmek için elinden gelen her şeyi yapan babası nedeniyle erken çocukluk döneminde travma geçirdiği sonucuna varılmıştır⁵³³.

Sonuç olarak yürütülen yargılama, *“D.D. tarafından işlenen eylemlerin, ebeveynlerin reşit olmayan çocuklarına uygulayabilecekleri münferit ve rastgele fiziksel ceza eylemleri olarak kabul edilemeyeceğini, ancak daha şiddetli hale*

⁵³⁰ İHAM, *Wainwright/Birleşik Krallık*, B. No. 12350/04, 26.09.2006, § 43 ve § 46 <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-77000> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵³¹ Avrupa Konseyi/İHAM, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 28.02.2023, §35. (Guide Art. 8, 2023)

⁵³² İHAM, *D.M.D/Romanya*, B. No. 23022/13, 03.01.2018, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-177226> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵³³ İHAM, *D.M.D/Romanya*, B. No. 23022/13, 03.01.2018, §7, §10, §11.

*geldiğini ve çocuklukta bağlanma sorunlarına neden olduğu” kanaatiyle D.D.’nin küçüğe kötü muamelede bulunması sonucunda devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ihlal kararı verilmiştir*⁵³⁴.

İHAM’ın kararında, sonucunda baba D.D ceza almış olsa bile davanın uzun sürmesinin, etkin şekilde sürdürülmemesinin yönündeki değerlendirmeleri konumuz özelinde bir önem taşımadığı için burada karar adil yargılanma hakkı boyutuyla ortaya konulmayacaktır. Karardaki, İHAS m.3’ün özel hukuk kişileri açısından ihlallerde de devlete pozitif sorumluluk yüklediğine dair ilkesel açıklamalar bizim için önem taşımaktadır.

İHAM bu kararında, Devletin, Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan kötü muamele ve özellikle özel kişiler tarafından işlenen aile içi taciz vakalarını soruşturma konusundaki pozitif yükümlülüğüne ilişkin ilgili ilkeleri, M.C. ve A.C. / Romanya kararındaki⁵³⁵ ilkeler ışığında ele almıştır. Buna göre:

“Mahkeme, en başta, kötü muamelenin 3. maddenin kapsamına girmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini hatırlatır. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi görecelidir: muamelenin niteliği ve bağlamı, süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu davanın tüm koşullarına bağlıdır.”

İHAM’a göre, bir davranış mağdurda korku, ıstırap ve aşağılık duyguları uyandırıyorsa, amaç bu olsun veya olmasın kişiyi küçük düşürüyor veya kişinin fiziksel veya manevi direncini kırıyorsa veya onu iradesi dışında hareket etmeye sevk ediyorsa veya insan onuruna saygısızlık gösteriyorsa, bu davranış İHAS m.3 kapsamında değerlendirilebilecektir⁵³⁶.

İHAM bu kararında da, İHAS m.3’ün kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu ve bu yükümlülüğün özel hukuk kişileri arasındaki eylemleri de kapsadığını açıkça dile getirmiştir. Nitekim İHAM’a göre, İHAS m. 1 uyarınca İHAS’a taraf devletlerin kendi yetki alanlarındaki herkes için İHAS’ta tanımlanan

⁵³⁴ İHAM, D.M.D/Romanya, B. No. 23022/13, 03.01.2018, §13, §14.

⁵³⁵ İHAM, M.C. ve A.C. / Romanya, B. No. 12060/12, 12.04.2016, §107, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-161982> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵³⁶ İHAM, D.M.D/Romanya, B. No. 23022/13, 03.01.2018, §40, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-177226> (Son erişim: 20.11.2023).

hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü, İHAS m. 3 ile birlikte ele alındığında devletlerin kendi yetki alanlarındaki bireylerin, özel kişilerce uygulanan kötü muamele de dahil, kötü muameleyle maruz kalmasını engellemek için önlemler almasını gerektirir⁵³⁷:

“Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 1. maddesinin, 3. madde ile bağlantılı olarak, Devletlere, özel kişiler tarafından bu tür muamelenin uygulandığı yerler de dahil olmak üzere, kendi yetki alanlarındaki bireylerin 3. madde kapsamında yasaklanan her türlü kötü muameleyle karşı korunmasını sağlamak için pozitif yükümlülükler yüklediğini yineler. Özellikle çocuklar ve diğer savunmasız bireyler, kişisel bütünlüğün bu tür ciddi ihlallerine karşı Devlet korumasına sahip olma hakkına sahiptir. (A. / Birleşik Krallık, § 22 ve Opuz / Türkiye, no.33401/02, § 159, AİHM 2009) Mahkeme ayrıca, aile içi şiddet mağdurlarının özel savunmasızlığını ve onların korunmasında Devletin aktif katılımının gerekliliğini kabul etmiştir. (Bevacqua ve S. / Bulgaristan, no. 71127/01, § 65, 12 Haziran 2008 ve yukarıda anılan Opuz § 132)⁵³⁸.”

Birçok defa temyiz edilip geri dönen dosyada, kararlarından birinde geçen *“aile alanında ‘tek başına ve rastgele’ şiddet eylemlerine müsamaha gösterilebileceğine”* dair açıklamaya ilişkin değerlendirmede bulunan İHAM, bunun kabul edilemez olduğunu, *“Çocuğa temel onuru güvence altına almak, ister ‘gelenek’ olarak kabul edilsin ister ‘disiplin’ kisvesi altında olsun, çocuklara yönelik şiddeti kınama konusunda taviz verilemeyeceği”* gerekçesi ile vurgulamıştır⁵³⁹.

Bu kararın çalışmamızda yer almasında bir diğer etken de, uyuşmazlıkta ilgili tarafın kişilik hakkına saldırı nedeniyle medeni hukuk kapsamında bir manevi

⁵³⁷ İHAM, D.M.D/Romanya, B. No. 23022/13, 03.01.2018, §41.

⁵³⁸ İHAM, D.M.D/Romanya, B. No. 23022/13, 03.11.2017, §41 atfıyla; İHAM, M. ve M./ Hırvatistan, B. No. 10161/13, 03.09.2015, §136, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156522> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵³⁹ 734 sayılı kanundan farklı olarak, TMK’da çocuğa dair anne ve babasının terbiye (tedip) hakkı bulunmamasına rağmen, öğretide çocuğa karşı şiddete dair TMK’da açık bir hükme yer verilmesinin yararlı olacağına dair bkz. Erdem/Makaracı Başak, s. 451. Kanaatimizce TMK’da böyle bir hüküm yer almasa dahi, açıklamalarımız ışığında özel hukuk yargıcının dikkate alması gereken İHAM kararlarından yararlanması çocuğa karşı şiddetin hiçbir türünün mazur görülmemesini sağlayacaktır.

tazminat istememiş ve hukuk davası açmamış olmasına rağmen, İHAM'ın ceza davası sırasında ceza yargıcının bu manevi tazminata karar vermemesinin İHAS m.6 açısından da ihlal teşkil ettiği yönünde bir karar oluşturmasıdır.

Görüldüğü üzere, İHAM, ister gelenek ister disiplin kisvesi altında olsun çocuğa ve zayıf durumda olan kişilere karşı başka bir özel hukuk kişisi tarafından yapılan fiziksel veya psikolojik şiddeti kabul etmemektedir. Nitekim bir başka olayda da, çocukları üzerindeki ebeveyn yetkilerinin alınması ve çocuklarının devlet bakımına alınmasına dair İHAS m.8 kapsamında aile hayatlarının ihlal edildiği iddiası ile anne-babanın açtığı davada, İHAM, başvuruların çocuklarını sopayla dövmelelerine dair eylemin, İHAS m. 3 kapsamına girecek şiddet eşiğini aşp aşmadığına karar vermek zorunda olmasa da, İHAS m. 3 kapsamına girebileceğini ayrıca belirtmiş, böylece ulusal mahkemenin verdiği kararda bir ihlal bulmamıştır⁵⁴⁰. Böyle bir durumda, davranışın kötü muamele yasağı olarak değerlendirilmesi için muamelenin ağırlığı yeterli olmadığı halde, ilgili davranış İHAM tarafından İHAS m.8'de korunan özel hayata saygının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Medeni hukuk kişilik hakkı değerlerine ihlal açısından da hukuk yargıcı önüne gelebilecek bir uyuşmazlığın bu şekilde yorumlanması gerekecek, aile içinde yaşanabilecek *'tek başına ve rastgele' şiddet eylemlerine müsamaha gösteren*" bir karar İHAM önünde ihlal kararı ile sonuçlanabilecektir.

Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere, anne çocuk adına yaptığı başvurularda *"cezai kovuşturma sırasında tazminat talebinde bulunmamış, dolayısıyla bu açıdan esasen pasif kalmış ve öte yandan, o tarihte yürürlükte olan Medeni Kanun'un ilgili hükümlerine dayanarak yerel mahkemeler önünde ayrı bir hukuk davası açmamış"*⁵⁴¹ olsa da, İHAM baba D.D.'ye hapis cezası verilmesini yeterli görmemiş ve ceza mahkemesi tarafından re'sen manevi tazminata hükmedilmemesini de bir ihlal olarak değerlendirmiştir⁵⁴². Dolayısıyla böyle bir uyuşmazlıkta, hukuk mahkemesi önünde kişilik hakkına saldırı nedeniyle bir manevi tazminat istemi olduğunda bu yönde karar oluşturulmaması İHAM açısından evleviyetle ihlal teşkil edecektir.

⁵⁴⁰ İHAM, *Wetjen ve Diğerleri /Almanya*, B. No: 68125/14 ve 72204/14, 22.03.2018, § 76, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-181583> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁴¹ İHAM, *Wetjen ve Diğerleri /Almanya*, B. No: 68125/14 ve 72204/14, 22.03.2018 §56.

⁵⁴² İHAM, *Wetjen ve Diğerleri /Almanya*, B. No: 68125/14 ve 72204/14, 22.03.2018 §63.

İHAM'ın aşağılayıcı davranışı ne kadar geniş yorumlayabileceğini gösteren, dolayısıyla benzer bir durum karşısında da özel hukuk yargıcının kişilik hakkı ihlali değerlendirmesi yapması gerektiren farklı bir örnek ise Moldovan ve Diğerleri/Romanya Kararı No.2⁵⁴³ kararında karşımıza çıkmaktadır.

Uyuşmazlığa konu olayda, Roman kökenli başvuranların yaşadığı köye gelen Roman kökenli olmayanlar tarafından köydeki Romanlar öldürülmüş, evleri, mallarını, ahırları, arabaları ve eşyaları ateşe verilmiştir ve köylerini terk etmek zorunda bırakılmışlardır. Şüphesiz ki olay günü yaşananlar olaylar, İHAS açısından birçok ihlal kapsamına girmektedir. Ancak, o birkaç günlük olaylar sırasında yaşanan ihlallerin Eylül 1993'te, Romanya'nın Sözleşme'yi Haziran 1994'te onaylamasından önce gerçekleşmesi nedeniyle, İHAM, o günlerde yaşanan olayları değerlendirme dışı tutmuştur⁵⁴⁴.

Ancak daha sonra, on yıl kadar süreyle başvuranların yaşadıkları koşulları dikkate alan İHAM,

“...Yaşadıkları koşulların, özellikle aşırı kalabalık ve sağlıksız koşullar ile bunların başvuranların sağlığı ve esenliği üzerindeki zararlı etkilerinin, yaşadıkları sürenin uzunluğu ile birleştiğini değerlendirmektedir. Bu şekilde yaşamaya zorlanmaları ve yetkililerin genel tavrı, onlarda mutlaka ciddi psikolojik ıstıraplara neden olmuş ve sonuç olarak insanlık onurlarını baltalamış ve onlarda aşağılanma ve aşağılanma duyguları uyandırmış olmalıdır.”⁵⁴⁵

şeklindeki açıklamalarıyla başvuranların Sözleşme'nin Romanya tarafından onaylanmasından sonraki durumlarını değerlendirmiştir.

İHAM böylece, yaşam koşullarının ve çeşitli makamların şikâyetlerini inceleme biçimleri nedeniyle alenen maruz kaldıkları ırk ayrımcılığının, başvuranların insanlık onuruna yönelik bir saldırı oluşturduğu kanaatiyle, bu durumun İHAS m. 3 anlamında “aşağılayıcı muamele” olarak kabul etmiştir.

⁵⁴³ İHAM, *Moldovan ve Diğerleri No.2/Romanya*, B. No. 41138/98 ve 64320/01, 12.07.2005, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-69671> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁴⁴ İHAM, *Moldovan ve Diğerleri No.2/Romanya*, B. No. 41138/98 ve 64320/01, 12.07.2005, §102, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-69671> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁴⁵ İHAM, *Moldovan ve Diğerleri No.2/Romanya*, B. No. 41138/98 ve 64320/01, 12.07.2005, §110.

Bu olayın ışığında, İHAM'ın İHAS m.3'e aykırı şekilde aşağılayıcı muamele yargısına ulaşılması için sadece yaşam alanlarında maruz bırakılan kötü koşulların bile yeterli olduğu görülmektedir⁵⁴⁶. Bu karar ışığında, sağlıksız koşullarda uzun süre yaşanmasının sebebi olan bir özel hukuk kişisi olduğunda da, hukuk yargıcı tarafından kişilik hakkı ihlali sayılmaması İHAM açısından ihlal teşkil edebilecektir⁵⁴⁷.

İHAM'ın R.R. / Polonya kararında⁵⁴⁸ İHAS m.3 yönünden de ihlal olduğuna hükmetmesi ise oldukça ilgi çekicidir. İlgili dava, ağır genetik bozukluğa sahip olduğu düşünülen bir fetüse hamile olan, iki çocuklu bir annenin genetik bozukluğu anlamasını sağlayacak testleri yaptırmasına dair doktorların kasıtlı şekilde oyaladığı iddiası ile ilgilidir. Başvuran anne, genetik bozukluğa dair şüphenin doğru olup olmadığı belirsizliği ve ıstırapıyla doktorların yönlendirmesiyle birçok test yaptırmış olmasına rağmen, tüm bu yönlendirmelerin hiçbirisi şüphelenen bozukluğu ortaya çıkaracak testi içermemektedir. Doktorların kasıtlı şekilde ertelemeleri ve oyalamaları nedeniyle, yasal kürtaja başvurma konusunda bilinçli bir karar vermesi için çok geç olmuş, sonuç olarak kızı ilk başta şüphelenilen genetik rahatsızlıkla doğmuştur.

İHAM'ın, ilgili devletin kürtaj yaptırıp yaptırmama konusunda bilinçli bir karar vermesini sağlayacak etkin bir mekanizma sağlayamaması nedeniyle özel hayatı ve aile hayatını koruyan İHAS m. 8 kapsamında bir ihlal kararı vermesi olağandır. Kararı çalışmamız açısından daha önemli kılan, İHAM'ın sağlık çalışanları tarafından, annenin ve fetüsün sağlığı, kendisinin ve ailesinin geleceği ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalıktan muzdarip bir çocuğu büyütme olasılığı, haftalarca süren acı verici belirsizliğe katlanmak zorunda bırakılmasını İHAS m.3 bağlamında aşağılayıcı muamele olarak ele almasıdır⁵⁴⁹. Kürtaj konusunda sağlıklı bir karar vermesinin sağlanamaması İHAM m.8 uyarınca bir ihlal ve dolayısıyla bir

⁵⁴⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Handbook On European Non-Discrimination Law, 2018, s. 136. (Handbook Non-Discrimination)

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_non_discr_law_ENG

⁵⁴⁷ İlgili başvuruda, İHAS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının, İHAS m.8'de korunan konut hakkının, İHAS m.14 bağlamında ayrımcılık yasağının da ihlaline karar verilmiştir. Karar hakkında ayrıca bkz. Guide Art. 8, § 75, § 443, §473; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi ve Sözleşme'ye Ek 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin Rehber, 2020, 31.08.2020, § 236; Handbook Non-Discrimination, 2018, s. 136.

⁵⁴⁸ İHAM, R.R. / Polonya, 27617/04, B. No. 26.05.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-104912>, (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁴⁹ İHAM, R.R. / Polonya, 27617/04, B. No. 26.05.2011. § 159.

tazminat hakkı doğuracaktır ancak İHAM burada ayrıca doktorların annenin içinde bulunduğu kötü duruma duyarsız kalmasının ihlali ağırlaştırdığını, nitekim bu muamelenin annenin aşağılanması sonucunu doğurduğu için İHAM m.3 uyarınca da bir ihlal olduğuna karar vermiştir⁵⁵⁰. Bu kararıyla Mahkeme, genetik bozukluğu olan bir fetüs hakkında doktorlar tarafından yaratılan belirsizlik ve bu belirsiz sürecin uzun sürmesi nedeniyle çekilen sıkıntıya ilişkin kişilik hakkının ihlali gerekçesiyle açılabilir bir hukuk davasına, önemli bir emsal oluşturmuştur.

3.2. Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında

İHAS m.8 düzenlemesinin kenar başlığı her ne kadar özel hayata ve aile hayatına saygı kavramlarını taşısa da, ilgili düzenleme çok daha kapsamlı şekilde herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. İlgili maddenin ikinci fıkrası ise, bu hakların kullanılmasına bir kamu müdahalesinin ancak müdahalenin hukuka uygun olması ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç, işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceğini düzenlemektedir.

İHAM'ın yorumuyla aile hayatının, konut ve haberleşme hakkının medeni hukuktaki kişilik hakkı kapsamına giren menfaatleri, ilgili düzenlemenin çok geniş şekilde yorumlanan genel anlamda özel hayat hakkı başlığında korunan değerler kapsamında da ele alınabileceği için, bu başlıkta özel hayat hakkı ayrıntılı şekilde ele alınacakken, aile hayatı, konut ve haberleşme için ayrıca bir başlık açılmaması tercih edilmiştir.

Diğer yandan İHAM'ın her bir kararından, İHAS m.8'de korunan haklara bir müdahalenin demokratik bir toplum için gerekliliği, meşru olup olmadığı, toplumun

⁵⁵⁰ İHAM, R.R. / Polonya, 27617/04, B. No. 26.05.2011. § 225: “Mahkeme, başvuranın taleplerinin sağlık çalışanları tarafından ele alınma şekli nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Devletin başarısızlığı nedeniyle Mahkeme, ailesinin durumuyla ilgili korkularını ve ömür boyu sürececek bir tıbbi durumdan etkilenmesi muhtemel başka bir çocuğu eğitime ve onun refahını ve mutluluğunu sağlama zorluğuyla nasıl başa çıkabileceğine dair endişesini dikkate alarak başvuranın büyük bir ıstırap ve ıstırap yaşadığını tespit etmiştir. Üstelik başvuran, doktorların onun içinde bulunduğu kötü duruma duyarsız kalması nedeniyle aşağılanmıştı. Mahkeme, Sözleşme'nin hem 3. hem de 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Davanın koşullarını bir bütün olarak dikkate alarak hakkaniyete uygun olarak karar veren Mahkeme, başvurana 45.000 Avro ödenmesine karar vermiştir.”

veya üçüncü kişinin menfaati ile başvuranın menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı yönünde ayrıntılı değerlendirmede bulunduğu görülmektedir. İHAM'ın bu ölçütlerine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme çalışmamızın sınırını aşacaktır. Bu noktada, İHAM tarafında İHAS m.8'de kapsamında korunduğu kabul edilen bir menfaatin Türkiye'de bir özel hukuk yargıcısı önüne kişilik hakkına saldırı iddiası ile geldiği durumda, özel hukuk yargıcısının bu ölçütlere ilişkin değerlendirmelerden yararlanması gerektiğini belirtmekle yetinilecek, aşağıda ele alınacak bazı emsal kararlar üzerinde bu ölçütlerden kısaca bahsedilecektir.

İHAS m.8'de düzenlenen yalnızca özel yaşam kavramını ele aldığımızda dahi, bu kavram, kapsamına giren menfaatleri tüketici şekilde tanımlamanın mümkün olmadığı geniş bir kavram olarak karşımıza çıkar, İHAM bu kavrama dair tüketici bir yorum yapmaktan özellikle kaçınmaktadır⁵⁵¹. Bu kavramın kapsamına giren kişisel menfaatlerin kapsamı, sosyal ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda İHAM kararları ile genişlemektedir⁵⁵². Bu menfaatlerin farklı şekilde sınıflandırılması mümkündür, ancak çoğunlukla bu hakka dair bir ihlal söz konusu olduğunda, hangi sınıflandırma yapılsa yapılsın ihlalin birden çok başlığı ilgilendirdiği görülmektedir.

Gerçekten de özel hayatın korunması, bireye kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği⁵⁵³ ve "minimum müdahaleyle hayatını uygun gördüğü şekilde sürdürebileceği"⁵⁵⁴ bir özgürlük alanı sağlar. Türkiye'de kişilik hakkı kapsamında ele alınan "özel hayat" kavramı, çalışmamızın ilk başlığında da açıkladığımız üzere⁵⁵⁵, daha çok üç alan teorisine dayanan ve kişinin kendisine veya yakın çevresine saklamak istediği, kamuya açık olmayan alandaki bir koruma olarak ele alınırken,

⁵⁵¹ İHAM, *Haas/İsviçre*, B. No. 31322/07, 20.01.2011 § 51, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-102939> ; İHAM, *Pretty /Birleşik Krallık*, B. No. 2346/02, § 61, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65003> ; *Niemietz /Almanya*, B. No. 13710/88, 16.12.1992, § 29, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62344> , (Son erişim: 20.11.2023.)

⁵⁵² Guide Art. 8., §82.

⁵⁵³ Werro/Schmidln, s. 166.

⁵⁵⁴ Avrupa Konseyi, Parlamenterler Meclisi'nin kitle iletişim araçları ve insan haklarına ilişkin bildirgeye ilişkin 428 sayılı Kararı §16:

"Özel hayata saygı hakkı, esasen hayatınızı minimum müdahaleyle istediğiniz gibi yaşayabilmekle ilgilidir. Bu hak; özel hayat, aile hayatı ve ev hayatı, fiziki ve manevi bütünlük, şeref ve itibar, yanlış bir şekilde sunulmama, gereksiz ve utanç verici gerçeklerin ifşa edilmemesi, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanması, ..., özel iletişimin kötüye kullanılmasına karşı koruma, bir kişi tarafından gizli olarak iletilen veya alınan bilgilerin ifşa edilmesine karşı koruma ile ilgilidir."

<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=15842&lang=FR>

(Son erişim: 20.11.2023)

⁵⁵⁵ Bkz. Bölüm 1.3.1.3.

İHAM'a göre özel hayat, bireyin kendi kişisel hayatını istediği gibi yaşayabildiği, dış dünyayı dışlayabildiği bir “yakın çevre” ile sınırlı değildir ve İHAS m.8 kapsamına giren menfaatlerin yorumlanmasının temelini bu maddenin kişisel özerklik bağlamında kişisel gelişim hakkını koruması oluşturmaktadır⁵⁵⁶. Tam da bu farklı yaklaşım nedeniyle, İHAS m.8 düzenlemesi kapsamındaki özel hayat kavramı, medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramına nazaran daha farklı menfaatleri korumakta ve çok farklı olaylarda karşımıza çıkabilmektedir.

İHAM'a göre, İHAS m.8'in amacı, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumanın ve Devletin bu tür müdahalelerden kaçınmasını emretmenin yanı sıra bu negatif yükümlülüğe, özel veya aile hayatına ve konuta, haberleşmeye etkin saygının doğasında var olan pozitif yükümlülükler de eklenebilir. Bireylerin birbirleriyle ilişkilerinde bile özel hayata saygı gösterilmesini amaçlayan tedbirlerin sağlanmasını kapsayabilir⁵⁵⁷.

Bu açıklamalar ışığında, İHAM'ın özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirdiği menfaatlerin, medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramına muhtemel etkileri ele alınırken, “fiziksel, psikolojik ve ahlaki bütünlük”, “mahremiyet” ve “kimlik ve özerklik” üst başlıkları tercih edilecektir⁵⁵⁸.

3.2.1. Fiziksel, Psikolojik ve Ahlaki Bütünlük

Medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramının koruduğu menfaatler arasında ayrıca değerlendirilen fiziksel, psikolojik ve ahlaki bütünlük İHAS kapsamında “özel yaşama saygı hakkı” kapsamında ele alınmaktadır. Bu hak, devlet ve devlet gücünü kullananlar tarafından bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne saldırılara karşı bireyi korurken, hem de özel hukuk kişilerinin saldırılarına karşı koruma sağlamaktadır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Guide Art.8, § 83.

⁵⁵⁷ İHAM, *X ve Y / Hollanda*, B. No. 8978/80, 26.03.1985, § 23, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62162> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁵⁸ İHAM'ın bu madde çerçevesinde ele aldığı değerleri farklı şekilde sınıflandırmak mümkünse de, çalışmamızda Avrupa Konseyi ve İHAM imzasını taşıyan, “İHAS m. 8 Rehberi”nin son hali dikkate alınarak özel hayat değerlerinin başlıklandırılması tercih edilmiştir: Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, 28.02.2023. (Guide Art. 8.).

https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng

⁵⁵⁹ İHAM, *A./Hırvatistan*, B. No. 55164/08, 20.01.2011, § 58, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-101152> (Son erişim: 20.11.2023).

Belirtmek gerekir ki, bu başlık kapsamında İHAS m.8 ile İHAS m.3 düzenlemelerinin yarışması söz konusu olabilmektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere⁵⁶⁰, İHAS m.3 düzenlemesinin uygulanabilmesi için ihlalin asgari şiddet eşiğini geçmesi gerekmektedir, ancak bu durumda hem İHAS m.3'ün hem de İHAS m.8 kapsamına girecektir⁵⁶¹.

3.2.1.1. Bireyin Şiddetten Korunması

Fiziksel ve psikolojik bütünlük denildiğinde ilk akla gelen bireyin fiziksel ve psikolojik şiddetten korunması olmaktadır. Bu şiddet elbette devlet eliyle olabileceği gibi, özel hukuk kişileri arasında da görülebilmektedir⁵⁶² ve taraf devletlerin bu şiddeti de önleme, gerçekleşmiş ise gerekli özeni göstererek yargılamayı yürütme yükümlülüğü söz konusudur.

İHAM'ın özel hukuk kişileri arasındaki şiddete dair ihlal kararlarına bakıldığında, genellikle daha savunmasız olarak nitelendirilebilecek kadınların ve çocukların başvuru olduğu görülmektedir, kadına yönelik şiddete dair verdiği kararlarda da ihlalin İHAS m.10 uyarınca cinsiyete dayalı ayrımcılık düzenlemesi kapsamında ele alınması da söz konusu olabilmektedir⁵⁶³.

Medeni hukuktaki kişilik hakkı ihlali kapsamında değerlendirilirken olduğu gibi İHAM m.8 kapsamında da bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne dair şiddet iddiası her somut olayın özelliklerine göre ele alınacak olup, bu hususta bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne kapsama şiddetten korunma hakkının da girdiğine dair kişilik hakkı ve İHAM m.8 özelinde bir teorik bir fark bulunmamaktadır. Ancak İHAM'ın bazı kararları, Türkiye'de emsal teşkil etmesi açısından dikkate değerdir.

2020 tarihli Buturugă/Romania kararına⁵⁶⁴ konu olayda eşi tarafından aile içi şiddete uğradığı iddiası ile ulusal makamlara başvuran bir kadının, iddialarının yeterince dikkate alınmaması ve aile içi şiddete karşı etkili şekilde korunmaması

⁵⁶⁰ Bkz. Bölüm 3.1.2.

⁵⁶¹ İHAM, *D.G./İrlanda*, B. No. 39474/98, 16.05.2002, § 23, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65021> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁶² Örneğin bkz. İHAM, *M.C./Bulgaristan*, B. No.39272/98, 04.12.2003, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-66079> ; İHAM, *Sandra Jankovic/Hırvatistan*, B. No. 38478/05, 05.03.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-91608> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁶³ Örneğin bkz. İHAM, *Opuz/Türkiye*, B. No. 33401/02, 09.06.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-92946> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁶⁴ İHAM, *Buturugă/Romanya*, B. No. 56867/15, 11.02. 2020, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-200842> (Son erişim: 20.11.2023).

nedeniyle İHAM, m.3 ve İHAM m.8 uyarınca ihlal kararı verilmiştir. Karardaki İHAM tarafından aile içi şiddetin farklı boyutlarına dair yapılan değerlendirmeler mevcutsa da, çalışmamız özelinde emsal olarak ele alınmak istenen aile içi şiddetin siber şiddet boyutudur. Nitekim İHAM kararında, hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta aile içi şiddet olgusunun yalnızca fiziksel şiddet eylemleriyle sınırlı olarak algılanmadığını, diğer şeylerin yanı sıra psikolojik şiddet veya tacizi de içerdiğini belirttikten sonra, siber şiddetin de şu anda kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddetin bir boyutu olarak kabul edildiğini vurgulamıştır. İHAM, siber zorbalığın, siber mahremiyetin ihlali, kişinin bilgisayarına izinsiz giriş yapılması ve özel veriler de dahil olmak üzere veri ve görüntülerin ele geçirilmesi⁵⁶⁵, paylaşılması ve manipülasyonu dahil olmak üzere çeşitli biçimlerde olabileceğini açıkladıktan sonra, aile içi şiddet bağlamında siber izlemenin çoğunlukla kişinin birlikte olduğu partneri tarafından yürütüldüğünü belirtmiştir. Bu doğrultuda, İHAM'a göre başvuranın, ulusal makamlar tarafından aile içi şiddete dair iddiaları değerlendirilirken eşin yazışmalarının izlenmesi, bunlara erişim sağlanması veya izinsiz olarak kaydedilmesi gibi eylemleri dikkate almamasını; şiddet şikâyetiyle yakından bağlantılı olan yazışma gizliliğinin ihlaline ilişkin şikâyetin esasının incelenmemesini ihlal kararının gerekçeleri arasında belirtmiştir⁵⁶⁶. Görüldüğü üzere, İHAM, başvuranın eşi tarafından bilgisayarına izinsiz girilmesini İHAS m.8'de korunan haberleşmenin gizliliği ihlaliinden öte, aile içi şiddetin bir başka boyutu olarak ele almış, İHAS m.8'de korunan fiziksel ve psikolojik bütünlüğün ihlali bağlamında bireyin şiddetten korunması gerekliliği yönünden değerlendirmiştir.

Bu başlık altında emsal olarak ele alacağımız bir diğer karar ise yine aile içi şiddete ilişkindir. İHAM'ın Eremia/Moldava kararında⁵⁶⁷, aile şiddete maruz kalmaları ve buna karşı yeterli korunma sağlanmaması nedeniyle⁵⁶⁸ başvuran baba tarafından şiddete uğrayan anne ve iki çocuklarıdır. Annenin ve çocukların uğradığı

⁵⁶⁵ İHAM'ın bu kararı ışığında, Yar. HGK'nın 2002/2-617 E., 2002/648 K sayılı ve 25/09/2002 tarihli eşlerden biri tarafından diğer tarafından günlüğünün delil olarak kullanılmasına kararında, her ne kadar her uyuşmazlıkta somut olayın koşulları farklılıklara neden olabileceksede, Yargıtay'ın "aynı evde yaşayan eşler bu tarz delillerin diğerince ele geçirilebileceğini bilecek durumda oldukları ve birlikte yaşanan mekanın eşler için gizliliğinden bahsedilemeyeceği" yönündeki görüşü tartışmalı hale gelecektir.

⁵⁶⁶ İHAM, *Buturugă/Romanya*, B. No. 56867/15, 11.02. 2020, § 74 ve §79.

⁵⁶⁷ İHAM, *Eremia/Moldava*, B. No. 3564/11, 28.05.2013.

⁵⁶⁸ Aile içi şiddet söz konusu olduğunda, şiddete uğrayan bireylerin taleplerine bile gerek olmadan bu şiddete karşı aile bireylerini korumasının gerektiği; insanoğlunun başlangıcından beri var olan şiddeti asgariye indirecek tedbirleri almanın, özellikle aile içi şiddete karşı aile bireyleri korumanın devletin temel görevlerinden biri olduğu yönünde bkz. Erdem, s. 49.

doğrudan şiddeti ayrıca değerlendirdiği kararında İHAM, çocukların, babalarının annelerine uyguladığı şiddete tanık olmaları nedeniyle olumsuz etkilenmelerini ayrı bir ihlal olarak değerlendirerek, yalnızca bu nedenle dahi çocukların İHAS m.8’de korunan özel hayata ve konutlarına saygı hakkının ihlal edildiğine ve bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine hükmetmiştir⁵⁶⁹.

Her iki kararın da, Türkiye’de özel hukuk yargıcı önüne gelen bir davada kişilik hakkı ihlali bağlamında emsal teşkil etmesi gerekmekte, evin içinde bulunsa dahi bir bilgisayara izinsiz girilmesinin aile içi şiddet kapsamında değerlendirilebileceği veya yalnızca aile içindeki şiddete tanık olmakla dahi şiddet mağduru olunabileceği dikkate alınmalıdır.

3.2.1.2. Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı

Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, İHAS m.8 kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri olan fiziksel ve psikolojik bütünlük bağlamında İHAM tarafından ele alınan bir diğer husustur. İHAS’ta sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı veya bir çevre hakkı şeklinde spesifik bir genel düzenlenme yer almıyor olmasına rağmen, İHAM, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını “çevre kirliliği” bağlamında ve söz konusu kirlilik ister doğrudan devletin eylem veya işlemlerinden isterse de özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemlerinin devletin pozitif yükümlüğünü yerine getirmeyip yeterince düzenleyememesinden kaynaklansın, İHAS m.8 kapsamında ele almaktadır⁵⁷⁰.

İHAM’ın bu husustaki bir şikâyeti İHAS m.8 bağlamında değerlendirmesi için başvuru konusu yapılan çevresel meselenin başvurusunun özel yaşama, aile yaşamına veya konutuna saygı haklarından biri ya da birden fazlası üzerinde doğrudan bir etkisi olması gerekir. Bu kapsamda bir başvurunun ihlal kararı ile sonuçlanabilmesi için İHAM, çevre kirliliğinin ciddi boyutta olmasını ve bu kirliliğin başvuru üzerindeki etkisinin belirli bir şiddet derecesine ulaşmış olmasını aramaktadır⁵⁷¹. Çevresel rahatsızlığın yoğunluğu, süresi ve fiziksel ve zihinsel etkileri ile çevrenin genel bağlamı ölçütleri ışığında söz konusu şiddet derecesine

⁵⁶⁹ İHAM, *Eremia/Moldava*, B. No. 3564/11, 28.05.2013, § 74, § 75 ve § 79.

⁵⁷⁰ Guide Art.8, § 174.

⁵⁷¹ İHAM, *Moreno Gomez/İspanya*, B. No. 4143/02, 16.11.2004, § 58, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-67477> (Son erişim: 20.11.2023).

ulaşılıp ulaşılmadığı belirlenmek suretiyle, bu asgari şiddet derecesi her bir somut olayın kendine has koşulları içinde değerlendirilecektir.

Çevresel meseleler bağlamında İHAS m.8'in sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı şeklinde esasa ilişkin boyutunun yanında bir de usule ilişkin boyutu bulunmakta ve bu usuli boyut İHAM tarafından “Çevresel bilgi edinme hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve çevresel konularda yargısal yollara başvurma hakkı” olarak dikkate alınmaktadır⁵⁷².

Bireylerin maruz kalabilecekleri olası çevresel risklerin belirlenmesine yönelik olarak çevresel riskler konusunda taraf devletlerin kamuyu bilgilendirme pozitif yükümlülüğü, çevresel bilgi edinme hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷³. Ayrıca, çevresel konulara ilişkin kararlar alınmadan önce, gerekli araştırma ve çalışmaların yapılması gerektiği gibi bu çalışmaların neticesi hakkında kamunun bilgi edinme hakkı bulunmaktadır⁵⁷⁴. Benzer şekilde, İHAM tarafından bireylerin karar alma süreçlerine katılımının sağlanması ve çevresel konularda yargısal yollara başvurma seçeneklerinin bulunması da bu madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Görüldüğü üzere, çevre kirliliğinin ciddi boyutta olduğu ve bu kirliliğin bir kişi üzerindeki etkisinin belirli bir şiddet derecesine ulaşmış olması halinde, İHAM kişinin özel hayatına, aile hayatına veya konutuna saygı hakkının ihlal edilmiş olabileceğine karar verirken, Türkiye'deki hukuk yargısında bu ihlalin karşılığı kişilik hakkı ihlali olarak karşımıza çıkmalıdır ve çevresel konularda yargısal yollara başvurma hakkı kapsamında bu konuda kişilere, kişilik hakkını koruyucu davaları açması söz konusu olabilmelidir.

Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, yaşanan çevredeki hava kirliliğinden su kirliliğine, gürültüden kokuya farklı konulardaki rahatsızlıklar nedeniyle karşımıza çıkabilmektedir ve bu konulardaki yasal düzenlemelerin yeterli olmaması veya yasal düzenlemelere rağmen belirlenen sınırların aşılmasının engellenememesi veya zararın tespiti veya tazmini için etkin bir yargısal faaliyet yürütülmemiş olması,

⁵⁷² İHAM, *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 46117/99, 10.11. 2004, § 119, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-67400> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁷³ İHAM, *Öneryıldız/Türkiye*, B. No. 48939/99, 30.11. 2004, § 90.

⁵⁷⁴ İHAM, *Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, B. No. 46117/99, 10.11. 2004, § 119, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-67400> (Son erişim: 20.11.2023).

zararın özel kişilerden kaynaklanmış olması halinde dahi devletin pozitif yükümlülüğünü doğurmaktadır.

Örneğin İHAM, Cordella ve Diğerleri /İtalya kararında, özel bir şirkete ait çelik fabrikasının çalışmaları sebebiyle oluşan hava kirliliğinin fabrika çevresinde yaşayanların sağlığını olumsuz etkilediğine dair bilimsel araştırmalar olmasına rağmen, bu durumun yıllarca sürmesi ve yaşayanların gerekli bilgilerden mahrum bırakılması nedeniyle İHAS m.8 uyarınca başvurucunun özel hayat ve konut hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁷⁵. Başka bir kararında ise İHAM, başvurucunun konutuna 30 metre mesafede özel bir şirket tarafından toksik endüstriyel atık arıtma tesisi işletilmesini değerlendirmiş; çevre etki değerlendirmesi uyarınca alınan karara, kararda belirtilen gerekliliklerin yerine getirilmesine rağmen ve başvuranın haklarının korunması için gerekli adımların atıldığı varsayılsa dahi, ilgili çevrede bir toksik endüstriyel atık arıtma tesisinin bulunmasına ilişkin başvuranın ve toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulmadığı sonucuna varmakla İHAS m.8 uyarınca başvuranın özel hayatına, konutuna ve aile hayatına dair ihlal kararı vermiştir⁵⁷⁶.

Yaşanan çevredeki gürültünün İHAS m. 8'deki özel hayat, aile hayatı ve konut hakkını ihlal seviyesine ulaştığına dair İHAM kararlarına rastlamak mümkündür. Nitekim İHAM tarafından Hatton ve Diğerleri /Birleşik Krallık kararında da açıkça belirtildiği üzere, kişinin özel hayatına ve konutuna saygı hakkı çerçevesinde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlali, bir kamu makamının müdahalesi nedeniyle veya bir özel kişi eylemleri nedeniyle gerçekleşsin, üye devletlerden yarışan menfaatleri adil bir şekilde dengelemesi beklenmektedir⁵⁷⁷. Karardaki uyuşmazlık, başvuruçuların konutlarının yakınında işletilen bir havaalanının gürültüsünden rahatsızlıklarına ilişkindir. Başvuruçular, özellikle sabaha karşı saatlerde uykularından uyanmalarına ve günlerini uykusuz geçirmelerine neden olacak denli uçakların seslerinin fazla olduğunu iddia

⁵⁷⁵ İHAM, *Cordella ve Diğerleri /İtalya*, B. No. 54414/13-54264/15, 24.01.2019, §§ 167-172, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-189421> (Son erişim: 20.11.2023). Deri endüstrisinin yarattığı kirlilik nedeniyle verilmiş olan benzer bir karara ilişkin bkz. İHAM, *López Ostra/İspanya*, B. No. 16798/90, 09.12.1994, § 54, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62468>. Su kirliliğine ilişkin bir emsal için ise bkz. İHAM, *Dubetska ve Diğerleri /Ukrayna*, B. No. 30499/03, 10.02.2011, §§ 110 ve 113, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-103273> (Son erişim: 20.11.2023)

⁵⁷⁶ İHAM, *Giacomelli /İtalya*, B. No. 59909/00, 02.11.2006, § 96-98, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-77784> (Son erişim: 20.11.2023)

⁵⁷⁷ İHAM, *Hatton ve Diğerleri /Birleşik Krallık*, B. No. 36022/97, 08.07.2003, §98, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65744> (Son erişim: 20.11.2023).

etmişlerdir⁵⁷⁸. İHAM'ın yaptığı değerlendirmeye göre, başvuranların havalimanındaki gece uçuşlarının kendileri üzerindeki etkisine itiraz etmek için İngiliz mahkemelerine erişimleri olmasına rağmen, bu hukuk yolu İHAS m.8 kapsamındaki şikâyetlerinin esasını tam olarak ortaya koymalarına imkân veren "etkili" bir hukuk yolu olmadığı için özel hayata, aile hayatına ve konuta ilişkin ihlal kararı verilmiştir⁵⁷⁹. İHAM'ın başka bir kararında ise, bu sefer gürültünün kaynağını çevredeki gece kulüpleri teşkil etmektedir. İHAM, Moreno Gómez/İspanya kararında davanın, kamu yetkililerinin konuta saygı hakkına müdahalesi değil, başvuranın dayandığı hakkın üçüncü şahıslar tarafından ihlal edilmesini durdurmak için harekete geçmemeleri ile ilgili olduğunu belirterek, gürültünün neden olduğu rahatsızlığın, İHAS m.8'in ihlalini teşkil etmesi için gereken asgari ciddiyet düzeyine ulaşp ulaşmadığını belirlemeye çalışmıştır⁵⁸⁰. Yapılan değerlendirmede Mahkeme, gürültünün geceleri ve izin verilen seviyelerin ötesinde olması ve bunun birkaç yıl boyunca devam etmesi nedeniyle, İHAS m.8'de korunan hakların ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁸¹. Gürültüden rahatsızlık denilince akla gelen havaalanı, gece kulübü gibi gürültü kaynakları dışında da önüne gelen dosyalarda İHAM, benzer şekilde İHAS m.8'deki hakların ihlali için gerekli ciddiyetin aşılp aşılmadığını değerlendirmekte, örneğin bir apartmanda bulunan bilgisayar kulübünün neden olduğu gürültüye dair şikâyet⁵⁸² bu seviyenin aşılması nedeniyle ihlal yönünde karar oluşturmuştur.

Görüldüğü üzere, her ne kadar sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı⁵⁸³ İHAS'ta doğrudan düzenlenen bir hak olmasa da, İHAM'ın İHAS'taki hakları geniş yorumlamasıyla birinci kuşak haklar olarak değerlendirilmeyen hakları da İHAS kapsamına dahil ederek, böylece her türlü çevre kirliliği nedeniyle özel hayatın, aile hayatının veya konut hakkının ihlali yönünde karar verebilmektedir. İHAM kararlarının, özel hukuk yargıcı etkisi üzerindeki görüşümüz nedeniyle de, sağlıklı bir çevrede yaşamı engelleyen kirlilik iddiasının kişilik hakkına saldırı davaları

⁵⁷⁸ İHAM, *Hatton ve Diğerleri /Birleşik Krallık*, B. No. 36022/97, 08.07.2003, §§12-27.

⁵⁷⁹ İHAM, *Hatton ve Diğerleri /Birleşik Krallık*, B. No. 36022/97, 08.07.2003, §148.

⁵⁸⁰ İHAM, *Moreno Gómez – İspanya*, B. No. 4143/02, 16.11.2004, §57-58, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-67477> (Son erişim: 20.11.2023)

⁵⁸¹ İHAM, *Moreno Gómez – İspanya*, B. No. 4143/02, 16.11.2004, §60.

⁵⁸² İHAM, *Mileva ve Diğerleri /Bulgaristan*, B. No. 43449/02 ve 21475/04, 25.11.2010, §§ 89-102, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-101815> (Son erişim: 20.11.2023)

⁵⁸³ İHAM'ın konu hakkındaki yaklaşımına ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve ilgili daha fazla örnek için bkz. Avrupa Konseyi/İHAM, *Guide to the case-law of the European Court of Human Rights – Environment*, 31.08.2022. https://echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_EU_law_in_ECHR_case-law_ENG (Son erişim: 20.11.2023).

doğrultusunda, iddianın doğruluğunun tespitinde, ihlal söz konusu ise ihlalin durdurulmasında ve zararın tazmininde özel hukuk yargıçlarının İHAM kararlarındaki değerlendirmeleri ve ölçütleri dikkate alması gerektiği açıktır. Günümüzdeki gelişmelerle çevre kirliliğinin çeşitleri ve boyutları düşünüldüğünde, idari yargı yoluyla alınan yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının yanı sıra kişilik hakkı kavramı üzerinden adli yargı yollarının da etkin şekilde kullanılması ve bu davalarla da alınacak emsal kararlar büyük önem taşımaktadır.

3.2.1.3. İtibar

Özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak İHAS m.8 koruması altında olan bir diğer kavram ise kişinin itibarıdır⁵⁸⁴. Kişi kamuya açık bir tartışma çerçevesinde eleştirilere konu edilse bile, bu kişinin itibarı ve onuru özel hayatı kapsamına giren kişisel kimliğinin ve ruhsal bütünlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır⁵⁸⁵. Türkiye’de kişilik hakkı kapsamında kişinin şerefi ve haysiyeti olarak ele alınan değere, çalışmamızın başında da değinildiği için tekrara düşmemek adına burada İHAM’ın konu hakkındaki birkaç kararı öne çıkarılmakla yetinilecektir⁵⁸⁶.

İHAM tarafından kişinin itibarının korunması dahilinde ele alınan ancak Türkiye’de kişilik hakkı ihlali davalarına yeterince konu olmadığını düşündüğümüz bir kavram “masumiyet karanesi”dir. Hakkında henüz kesinleşmemiş bir dava yürütülmekte olan kişilere karşı “terörist, hırsız, tacizci” kavramlarının kullanıldığı örneklerle günümüzde sıkça rastlanmaktaysa da, kesinleşmemiş yargı kararına rağmen bu sıfatları kullanmanın “masumiyet karanesini” ihlal ettiği ve dolayısıyla kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilmesi gerektiği göz ardı edilmektedir. Nitekim İHAM da, *Jishkariani /Gürcistan* kararında⁵⁸⁷ açıkça, kişinin cezai davranış iddialarıyla ilgili davalarda, suçlu oldukları kanıtlanana kadar herhangi bir suçtan

⁵⁸⁴ Guide Art. 8, § 193.

⁵⁸⁵ İHAM, *Çakmak/Türkiye*, B. No. 45016/18, 07.09.2021, § 41, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64125> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁸⁶ Bkz. Bölüm 1.3.1.2.

⁵⁸⁷ İHAM, *Jishkariani /Gürcistan*, B. No. 18925/09, 20.09.2018, § 41, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-186116> (Son erişim: 20.11.2023). İHAM’ın masumiyet karanesi ve ifade özgürlüğü çatışmasına dair ve ulusal yargıçların konu hakkındaki takdir marjına ilişkin açıklamaları için bkz. İHAM, *McCann and Healy/ Portugal*, B. No. 57195/17, 20.09.2022, §§ 83-102, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-219530> (Son erişim: 20.11.2023).

masum sayılma haklarını itibar hakkı kapsamında ele almış, aksi davranışı İHAM m.8'in ihlali olarak değerlendirmiştir.

Ancak İHAM, özellikle sosyal medya üzerinden itibar hakkına müdahale teşkil edebilecek küfür, iftira niteliğindeki paylaşımlara farklı yaklaşılması gerektiği kanaatiyle, bu tür yorumlarda ciddiye seviyesi testinin önemli olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim, İHAM bu mecrada aşağılayıcı, hakaret edici olarak değerlendirilecek kaba ifadelerin çok yaygın şekilde kullanılmasının bu ifadelere atfedilebilecek etkiyi azalttığını, böylece bu yorumların çoğunun bir başka kişinin itibarına önemli bir zarar verebilme gücünün olmadığını dikkate almaktadır⁵⁸⁸. Türkiye'deki özel hukuk yargıçlarının da İHAM'ın altını çizdiği bu gerçeklere uygun şekilde, internet ortamındaki hakarete varan yorumları ayrı bir süzgeçten geçirerek değerlendirmesi ve kişinin özel hayatı kapsamındaki itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğü ile arasındaki dengeyi bu mecranın özelliklerini göz ardı etmeden değerlendirmesi yerinde olacaktır.

Diğer yandan İHAM kişilerin internet üzerinde kendi görüşlerini ifade etme imkânının ifade özgürlüğünün kullanılması için emsalsiz bir araç olduğunu, halkın güncel olaylara erişimini iyileştirmeye ve genel olarak, bilgilerin iletilmesini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağladığını, bilgi ve fikirlerin serbest akışını büyük ölçüde desteklediğini vurgularken, internet ortamındaki iletişimin de risklerini ayrıca değerlendirmekte, internette hakaret veya nefret söylemi içeren paylaşımların dünya çapında hiç olmadığı kadar hızlı yayılabilmesi ve uzun süre saklı kalabilmesi göz önüne alındığında özel hayata saygı ve ifade özgürlüğü açısından kurulması gereken dengenin hassas olduğunu da kabul etmektedir⁵⁸⁹. Bu hassas dengenin gözetilmesinde İHAM'ın, bir uyuşmazlığa konu olayda genel menfaate ilişkin tartışmaya katkıda bulunma, ilgili kişinin tanınması, yayının konusu, ilgili kişinin daha önceki davranışı, yayının içeriği, yayının şekli ve yayının sonuçları gibi dikkate aldığı ölçütler Türkiye'de özel hukuk yargıcı tarafından da dikkate alınmalıdır⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ İHAM, *Çakmak/Türkiye*, B. No. 45016/18, 07.09.2021, § 50-51.

⁵⁸⁹ İHAM, *Delfi AS/Estonya*, B. No. 64569/09, 16/06/2015, § 147, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-155627>; İHAM, *Çakmak/Türkiye*, B. No. 45016/18, 07.09.2021, § 47-49, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64125> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹⁰ İHAM'ın itibarın korunması ve ifade özgürlüğü çatışmasındaki yorumlarına ilişkin bkz. İHAM, *Delfi AS/Estonya*, B. No. 64569/09, 16.06.2015, §183; İHAM, *Axel Springer AG/Germany*, B. No. 39954/08, §§ 83-87, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-109035> ; İHAM, *Von Hannover/Almanya* (No.

3.2.2. Mahremiyet

Özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunan hukuksal menfaatlerden bir diğeri de, bireyin mahremiyetinin korumasıdır. Mahremiyet hakkı, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri, görüntüsünü, sesini kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin, kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, görüntünün, sesin, isminin hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere başkalarının ulaşamaması, böylece bu bilgilerin mahrem kalması konusunda hukuksal çıkarı bulunmaktadır.

Bu hakkın Türkiye öğretisi ve yargı kararlarında da kapsamlı şekilde ele alınması; İHAM'ın bu hak kapsamında koruduğu menfaatlerin medeni hukuktaki kişilik hakkı kapsamında korunan menfaatlerle eş değer olması; hakkın kamunun haber alma hakkı, basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile çatışma halinde olmasına dair tartışmalar ve kamusal figürlerin bu haktan daha sınırlı şekilde yararlanması hususları benzer olduğundan bu başlık altında alt başlıklar halinde korunan menfaatlere ayrıntılı şekilde yer vermekten imtina edilmiştir. Ancak kişinin mahremiyeti ile kamunun menfaatinin, basın özgürlüğünün veya ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda adil bir dengenin kurulması yönünde titizlikle bir değerlendirme yapan İHAM'ın bu konudaki ölçütleri şüphesiz ki Türkiye'deki özel hukuk yargıcı tarafından da izlenmelidir⁵⁹¹.

Örneğin, bir intihar teşebbüsünün televizyon kameraları tarafından çekilmesine ve medyaya servis edilmesine konu olan bir dosyada, İHAM'ın başvuruçunun kamusal bir yerde olmasından bağımsız olarak bu görüntülerin yayınlanmasını özel hayatına müdahale olarak kabul etmesi ve İHAS m.8'in ihlal edildiğine karar vermiş olması benzer bir olay Türkiye'de söz konusu olduğunda dikkate alınmalıdır⁵⁹².

Mahremiyet hakkının ihlali için, kişiye ait bir bilginin yayılması, görüntüsünün yayınlanması gerekmemekte, yalnızca arşivlenmesi dahi bu hakkın

2), B. No. 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, § 106-113, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-109027> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹¹ İHAM'ın konu hakkındaki değerlendirmeleri için bkz. İHAM, *Axel Springer AG /Almanya*, B. No. 39954/08, 07.02.2012, §89-95, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-109035> ; İHAM, *Von Hannover/Almanya (no. 2)*, B. No. 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, §94-113, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-109027> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹² İHAM, *Peck /Birleşik Krallık*, B. No. 44647/98, 28.01.2003, § 87, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65455> (Son erişim: 20.11.2023).

ihlali için yeterli görülmektedir. Nitekim yeni doğan bir bebeğin fotoğraflarının doğduğu özel klinik tarafından ailesinden izin alınmaksızın çekilmesi, fotoğraflar hiçbir şekilde kullanılmasa dahi bu hakkın ihlali olarak değerlendirilmelidir⁵⁹³.

Bireyin kendisi hakkındaki bilgiyi, görüntüyü kontrol hakkı kapsamında “unutulma hakkı” da yer almaktadır. Nitekim bir kişiye ait bilgiden haberdar olma, bu bilgiye ulaşma konusunda kamunun menfaatinin bulunması bu bilginin paylaşılmasında hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktayken, bu bilgi üzerinden uzun zaman geçmesiyle bu menfaatin ortadan kalkabilecek olması unutulma hakkı kavramını doğurmaktadır. Günümüzde Yargıtay içtihatları ile Türkiye’de de kabul gören unutulma hakkını çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı şekilde ele aldığımızdan burada yalnızca anmakla yetinilecektir⁵⁹⁴.

Mahremiyet hakkının konusu bağlamında, Türkiye’de de kabul gören ve kavramsallaşan “kişisel verilere” de özel olarak değinmek yerinde olacaktır⁵⁹⁵.

Kişisel verilerin özel hayat kapsamında ele alınıp alınmayacağını belirlerken İHAM, söz konusu bilgilerin kaydedildiği ve saklandığı özel bağlamı, kayıtların niteliğini, bu kayıtların kullanılma ve işleme şeklini ve bu işleme veya kullanma sonucunda elde edilebilecek sonuçları dikkate almaktadır⁵⁹⁶. Örneğin, bir nüfus sayımı sırasında belirli bir hanede yaşayanlara dair doldurulması gereken bir formda bulunan medeni hal, cinsiyet, doğum yeri vb. soruların İHAS m.8 kapsamında korunan verilere müdahale niteliğinde olduğu değerlendirilmiş ancak formdaki bilgilerin isimler ve adresler olmaksızın istatistik üretmek amaçlı bilgisayara işlenecek olması, 16 yaş ve üzeri herhangi bir kişinin bilgilerini hanenin diğer üyelerinden gizli kalmasını isteme hakkının korunuyor olması, toplanan bilgilerin dikkatli ve gizli tutuluyor olması benzeri hususlar dikkate alınarak bu müdahalenin İHAS m.8 f.2 bağlamında hukuka uygun ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale sayılabileceğine karar verilmiştir⁵⁹⁷. Ancak günümüzde benzer formların

⁵⁹³ İHAM, *Reklos ve Davorlis /Yunanistan*, B. No. 1234/05, 15.02.2009, §40 ve 43, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-90616> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹⁴ Unutulma hakkına ilişkin ayrıntılı açıklamalara, çalışmamızın başında yer verildiği için bu bölümde ayrıca değerlendirilemeyecektir. Bkz. Bölüm 1.3.2.6.

⁵⁹⁵ Kişisel verilere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Bölüm 1.3.2.2.

⁵⁹⁶ İHAM, *S. ve Marper /Birleşik Krallık*, B. No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, § 67, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-90052> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹⁷ Avrupa Komisyonu, *X./Birleşik Krallık*, B. No. 9702/82, 06.10.1982. İHAM’ın kuruluşundan önce bireysel başvuruları inceleyen Avrupa Komisyonu tarafından alınmış olan kararın İngilizce ve

birçok özel hukuk kişinin sundukları hizmete erişim için doldurulması gerekmesi göz önüne alındığında, yalnızca bu bilgilerin toplanıyor olması sonucunda oluşan müdahalenin İHAS m.8 f.2 kapsamındaki istisnalar kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce daha zor olacaktır. Böylece Türkiye’de bu konuda kişilik hakkı ihlali iddiasıyla açılacak bir davada da ihlalin gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir. Nitekim kişisel verilerin henüz kullanılmamış olması, yalnızca toplanıp saklanması dahi İHAS m.8 kapsamında koruma altındadır⁵⁹⁸.

Görüldüğü üzere, çalışmamızın ilk bölümünde açıkladığımız Türkiye’deki kişilik hakkı kavramı kapsamındaki “özel hayat” kavramı, İHAS m.8’de düzenlenen geniş anlamda özel hayat kavramının mahremiyet boyutuyla ve korunan değerler açısından içerik olarak benzerlik içindedir⁵⁹⁹. Ancak her hâlükârda İHAM’ın her somut olaydaki değerlendirmeleri ve kullandığı ölçütler Türkiye’deki özel hukuk yargıcı açısından emsal teşkil etmeye devam edecektir.

3.2.3. Bireyin Kimliği ve Özerkliği

Bireyin kimliği, kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi, İHAM kararlarında özel yaşama saygı hakkının kapsamında ele alınan menfaatlere dindir⁶⁰⁰. İHAM, İHAS m.8’in bireylere içinde kişiliğini serbestçe geliştirebileceği ve gerçekleştirebileceği bir alan sağlama amacının ayrıca altını çizmektedir⁶⁰¹. Böylece İHAM tarafından, İHAS m.8 kapsamında ele alınan kişisel özerklik kavramı ile, bireylere, cinsel kimliği, ismi, bireyin geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkı, üreme hakkı, ötanazi bağlamında ele alınan bireyin kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkı, özgün yaşam biçimi hakkı çerçevesinde korunma sağlanmaktadır.

Bu noktada, her ne kadar Türkiye öğretisinde ve yargı kararlarında kişilik hakkı tanımı yapılırken bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi yönünde kavramlar ve değerler kullanılsa da, Yargıtay’ın İHAM’ın bu başlık altında kabul

Fransızca özeti için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74441&filename=X.%20c.%20ROYAUME-UNI.pdf> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹⁸ İHAM, *Amann / İsviçre*, B. No. 27798/95, 16.02.2000, § 69, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62971> (Son erişim: 20.11.2023).

⁵⁹⁹ Bkz. Bölüm 1.3.1.3.

⁶⁰⁰ Guide Art. 8, § 181.

⁶⁰¹ İHAM, *Bensaid/Birleşik Krallık*, B. No. 44599/98, 06.02. 2001, § 47, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-63763> (Son erişim: 20.11.2023).

ettiği menfaatlere dair emsal kararları dikkate alarak medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramını daha geniş yorumlaması gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

3.2.3.1. Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim

Bireyin cinsel yönelimi, cinsel hayatı ve cinsiyet kimliği İHAS m.8 kapsamında korunan kişiliğinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Cinsel yönelim, çeşitli cinsel ilişki yasakları, bir cinsiyet kimliği kategorisi olarak trans kimlik ve sonuçlarının tanınmaması gibi meseleler cinsel kimliğe ilişkin meselelerdir. İHAM, kişinin cinsiyet kimliğinin, kişisel kimliğinin bir birleşeni olduğunu açıkça kabul etmektedir⁶⁰². Bireyin başta cinsel yönelimi olmak üzere, cinsel hayatı onun cinsel kimliğini oluşturmaktadır ve bu kimliğe ilişkin herhangi bir düzenleme İHAS m.8'e bir müdahale teşkil edecektir, nitekim özel hayata saygı hakkı bireyin kişiliğini özgürce gerçekleştireceği ve geliştireceği bir alan sağlayacak kapsamdadır⁶⁰³.

İHAM, cinsel kimlik ve cinsel yönelimin kişinin birbirinde farklı mahrem özelliklerini olduğunu, bu iki özelliğin karıştırılmasının da kişinin özel hayatına müdahale olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Nitekim, İHAM, Sousa Goucha/Portekiz kararında kişinin bu özelliklerinin karıştırılmasının itibarına karşı bir saldırı teşkil edeceğini belirtmiştir⁶⁰⁴.

İHAM, Christine Goodwin/Birleşik Krallık davasında, uluslararası uygulamaların ve bilimsel bilgilerin gelişimi doğrultusunda, trans bireylerin yeni cinsiyetlerinin tanınmaması hususunda devletlerin takdir haklarının kaldırıldığını, cinsiyet değişikliğinin yasal olarak tanınması konusundaki bireylerin menfaatine karşı ağır basacak önemli bir kamu menfaati faktörü bulunmadığından bundan sonraki durumlarda devletlere konuyla ilgili takdir yetkisi tanımadıklarını, böylece devletlerin bu konudaki hukuk sistemleri arasında bir uyum sağlama ihtiyacının

⁶⁰² İHAM, *Y/Fransa*, B. No. 76888/17, 31.07.2023, § 70-88, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-222780> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁰³ İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, *Rosemarie Bruggemann ve Adelheid Scheuten/Almanya*, B. No. 6959/75, § 55, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80555&filename=001-80555.pdf> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁰⁴ İHAM, *Sousa Goucha/Portekiz*, 2016, § 27, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-161527> (Son erişim: 20.11.2023).

oluşturduğunu açıkça belirtmektedir⁶⁰⁵. İHAM, A.P., *Garçon ve Nicot/Fransa* kararında ise, trans kişiler kategorisinin, kendi talepleri üzerine, görünümelerini iddia edilen cinsiyetle örtüştürmeye yönelik tedavi veya operasyonlara maruz kalan transseksüel kişilerden daha geniş olduğunu kabul eden ve kayıtlardaki cinsiyetin değiştirilmesinin hakkının yalnızca transseksüel kişilere bırakılmadığını, geri dönüşü olmayan bir cinsiyet değişikliği sürecine girmek istemeyen trans bireylerin de bu haktan mahrum olmadığını belirten Fransa hükümetinin⁶⁰⁶ yine de bir yönüyle trans bireylerin İHAS m.8’de korunan hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Nitekim, Fransa’da cinsiyet değişikliği ameliyatı olmaksızın cinsiyet kimliğini değiştirmek isteyen trans bireylerin, transseksüalizm sendromu veya cinsiyet hoşnutsuzluğu sendromlarının ve fiziksel görünümdeki değişikliğin geri döndürülemez nitelikte olduğunu kanıtlanması gerekmektedir. İHAM’a göre, ilk koşul devletin takdir yetkisi içinde kabul edilebilir olsa da, görünüş değişikliğinin geri döndürülemez niteliğini ortaya koyma yükümlülüğünün İHAS m.8 kapsamında bir ihlal olduğunu kabulü gerekir⁶⁰⁷. Karardan da açıkça görüldüğü üzere, İHAS m.8 kapsamında ele alınan cinsiyet kimliği bağlamında yalnızca transseksüeller değil trans bireyler de korunmaktadır.

İHAM’a göre bu konuda korunması gereken trans bireylerin insanların yalnızca kayıtlı cinsiyet kimliklerinin değiştirilmesi hakkı değil, bu değişimden sonra da toplumdaki diğer herkesin yararlandığı anlamda kişisel gelişim, fiziksel ve manevi güvenlik haklarının da korunması gerekmektedir, nitekim yirmi birinci yüzyılda söz konusu konuların aydınlatılması artık zaman geçmesi gereken tartışmalı bir mesele olarak görülemez⁶⁰⁸. Örneğin İHAM, transseksüel bireylere devletin sağlamasına dair genel bir yükümlülüğü olduğunu kabul etmese de⁶⁰⁹, Kück/Almanya kararındaki somut olayda, tıbbi tedavi açısından gerekli olmasa dahi devletlerin bireylerin cinsiyet değiştirme ameliyatları konusundaki tıbbi

⁶⁰⁵ İHAM, *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, B. No. 28957/95, 11.07.2002, § 89-93, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65153> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁰⁶ İHAM, A.P., *Garçon ve Nicot/Fransa*, B. No. 79885/12, 52471/13 ve 52596/13, 06.04.2017, § 156, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-172556> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁰⁷ İHAM, A.P., *Garçon ve Nicot/Fransa*, B. No. 79885/12, 52471/13 ve 52596/13, 06.04.2017, § 158, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-172556> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁰⁸ İHAM, *Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, B. No. 25680/94, 11/12/2002, § 90, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65153> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁰⁹ İHAM, Y.Y. /*Türkiye*, B. No. 14793/08, 10.03.2015, § 65, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-152779> (Son erişim: 20.11.2023).

harcamalarını karşılaması gerektiği yönündeki değerlendirme bu yaklaşımının sonucudur⁶¹⁰.

Cinsel yönelimin de İHAS m.8 kapsamında koruma altında olduğuna dair birçok kararı bulunan İHAM’ın eşcinsel evliliklere izin verilmesini devletlerin takdirine bıraktığı ancak istikrarlı bir ilişkisi olan eşcinsel çiftlerin ilişkilerinin de aynı durumdaki farklı cinsten çiftlerin ilişkisinde olduğu gibi, “aile hayatı” kapsamına girdiğini kabul etmektedir⁶¹¹. İHAM’a göre, eşcinsellerin evlenmesine imkan veren bir düzenleme olmaması İHAS’ın ihlali anlamına gelmemekteyse de, eşcinsel çiftlerin bir tür medeni birliktelik veya kayıtlı partnerlik yapma seçeneği elde etmeye yönelik belli bir menfaati olduğunu, zira bunun ilişkilerinin hukuken tanınması ve çifti ilgilendiren çekirdek haklar korunmasının sağlanması için gerekli olduğunu belirtmektedir⁶¹².

İHAM, Bavey/Rusya kararında da, özellikle eşcinsel çiftler arasındaki ilişkilerin “aile hayatı” kavramına dahil edilmesi yönünde artan genel eğilim ve bunların yasal olarak tanınması ve korunması ihtiyacının kabulü göz önüne alındığında, devletin aileyi korumaya yönelik araçları seçerken kişinin aile veya özel hayatını sürdürme konusunda tek bir yol veya tek bir seçeneğin olmadığı gerçeğini de dahil ederek toplumdaki gelişmeleri ve sosyal, medeni durum ve ilişkisel konulardaki algı değişikliklerini dikkate alması gerektiğini vurgulamıştır⁶¹³. Hükümet’in, LGBT konularında ifade özgürlüğünün mevcut “geleneksel aileleri” nasıl değersizleştireceğini veya olumsuz etkileyeceğini veya onların geleceklerini nasıl tehlikeye atacağını göstermede başarısız olduğunu belirten İHAM, Hükümet’in, Rusların çoğunluğunun eşcinselliği onaylamadığı ve eşcinsel ilişkilerin herhangi bir şekilde sergilenmesine kızdığı yönündeki iddiasını dikkate aldığını, ahlaki temellere ilişkin gerekçeler söz konusu olduğunda, popüler duyarlılığın Mahkeme’nin değerlendirmesinde önemli bir rol oynayabileceğini kabul etmiştir. Ancak İHAM’a göre, İHAS’ta korunan hakların bir azınlık grubu tarafından kullanılmasının

⁶¹⁰ İHAM, *Van Kück/Almanya*, B. No. 35968/97, 12.06.2003, § 75-78, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65699> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶¹¹ İHAM, *Schalk ve Kopf/Avusturya*, B. No. 30141/04, 24.06.2010, § 94, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-99643> (Son erişim: 20.11.2023). Bu konunun ebeveynlikle ilişkisine dair ayrıca bkz. Bölüm 3.2.3.2., ayrımcılık yasağına yansımaya ilişkin ayrıca bkz. Bölüm 3.3.2.

⁶¹² İHAM, *Oliari ve Diğerleri /İtalya*, B. No. 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015, §173- 174, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-156265> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶¹³ İHAM, *Bayev ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67667/09 ve diğerleri, 20.06.2017, §67, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-174999> (Son erişim: 20.11.2023).

çoğunluk tarafından kabul edilmesi şartına bağlanması İHAS'ın temel değerleriyle bağdaşmaz⁶¹⁴.

Tüm bu açıklamalar ışığında, İHAM'a göre cinsel yönelim ve cinsel kimliğin özel hayatın bir parçası olarak İHAS m.8 kapsamında koruma altında olması, her ne kadar öncelikle yasa koyuculara gerekli düzenlemeleri yapmak ve anayasa mahkemelerine gerekli iptal kararlarını vermek konusunda bir yükümlülük yüklese de, elbette bu korumanın verdiği sorumluluktan özel hukuk yargıçları azade değildir.

Nitekim Beizaras ve Levickas / Litvanya davasına konu olayda, başvuran eşcinsel çiftin sosyal medyada paylaştığı öpüşürken çekilmiş fotoğraflarının altına yorum olarak yazılan hakaretlere dair başvuruların şikâyetle bulunması üzerine yetkililerin tavrı İHAM'ın ihlal kararına neden olmuştur⁶¹⁵. Yetkililerin, başvuranların davranışının “garip” olduğu ve ülkedeki “geleneksel aile değerleri” ile bağdaşmadığını tespit ederek kovuşturma yapmayı reddetmeleri, İHAM tarafından cinsel yönelim temelinde ayrımcılık olarak nitelenmiştir. Benzer bir durumda, Türkiye’de kişilik hakkına saldırı nedeniyle açılacak bir tazminat davasında, kişilerin cinsel yönelimine veya cinsel kimliğine yönelik saldırıları haklı çıkaran gerekçelerle tazminata hükmedilmemesi veya daha düşük bir tazminata hükmedilmesi de İHAM önünde ihlal kararı ile sonuçlanacaktır. Kaldı ki, kanaatimizce böyle bir durumda, hakaretin kendisi dışında yalnızca ayrımcı tutum nedeniyle ayrıca bir manevi zarar doğduğunun ve tazminatın arttırılmasının kabulü gerekir. Bu konuda yapılan ayrımcılıkların özel hukuktaki kişilik hakkı bağlamındaki yansımalarına ileride ayrımcılık yasağı ile ilgili bölümde de ayrıca değinilecektir⁶¹⁶.

3.2.3.2. Üreme ve Ebeveynlik

İHAS m.8’deki özel yaşama saygı hakkı alt kategorisi kapsamında korunan diğer hak da üreme hakkıdır. Bireyin ebeveyn olmaya ya da olmamaya karar verme hakkı bulunmakta ve kişinin özerkliği kapsamına girmektedir. İHAM, ister sağlık gerekçeleriyle isterse kadının esenliği gerekçesiyle olsun kürtaj olma talebinin İHAS m.8 bağlamında özel yaşama saygı hakkının kapsamına girdiğini ve kürtaj yasağının

⁶¹⁴ İHAM, *Bayev ve diğerleri/Rusya*, B. No. 67667/09 ve diğerleri, 20.06.2017, §67 ve §70.

⁶¹⁵ İHAM, *Beizaras ve Levickas / Litvanya*, B. No. 41288/15, 14.01.2020, § 129, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-200471> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶¹⁶ Bkz. Bölüm 3.3.

m.8'e bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir⁶¹⁷. Belirtilmelidir ki; gebelik, gebeliğin devamı ve sonlandırılması öncelikle gebe kadını ilgilendiren bir husus olduğundan, potansiyel babanın özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı eşinin kürtaj kararına rıza göstermesini gerektirecek şekilde geniş yorumlanmamaktadır⁶¹⁸. Bu noktada bir eşin, çocuk sahibi olmak istemeyen eşi üzerinde yaratacağı ölçüsüz bir baskı, kişinin özerkliğine, dolayısıyla kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilebilmelidir.

Üreme hakkı, suni dölleme yöntemi özelinde de İHAM önüne gelmiştir. S.H. ve diğerleri/Avusturya davasında⁶¹⁹ başvurucular, evli iki çifttir. Birinci çiftten erkek olan sperm üretemediği için çocuk sahibi olabilmelerinin tek yolu sperm bağışdır. İkinci çiftin çocuk sahibi olabilmesinin tek yolu ise yumurta bağışdır, çünkü bu çiftten kadın olan hiç yumurta üretememektedir. Başvurucular, Avusturya hukuku çerçevesindeki heterolog suni dölleme yasağının, İHAS m.8 ile bağlantılı olarak m.14'e aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. İHAM, bir çiftin çocuk sahibi olma hakkının ve bu hakkı kullanabilmek için de üremeye yardımcı tekniklere başvurmalarının, İHAS m.8 düzenlemesindeki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir ve bu tercihin, özel ve aile yaşamına saygı hakkının bir ifadesi olduğunu vurgulamıştır.

Günümüzde, evlat edinme yoluyla da ebeveyn olunabilmekte, dolayısıyla bu hususta da özel hayat bağlamında İHAM'ın birçok kararı bulunmaktadır. Nitekim evlat edinmeye başvurma hakkı da ebeveyn olmak bakımından özel hayatın kapsamında değerlendirilmektedir⁶²⁰. Örneğin İHAM, B./Fransa davasında başvuranın başka bir kadınla lezbiyen olarak yaşaması nedeniyle yetkililer tarafından evlat edinmesine izni verilmemesinin İHAS m.8 bağlamında sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir⁶²¹. Türkiye'de de TMK m.307'deki koşulları taşıyor olmasına rağmen yalnızca cinsel yönelimi nedeniyle bir kişinin evlat edinmesine izin

⁶¹⁷ İHAM, A. B. ve C. *İrlanda*, B. No. 25579/05, 16.12.2010, § 214-216, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-102335> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶¹⁸ İHAM, *Boso/ İtalya*, B. No. 50490/99, 05.09.2002, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-43821> ; İHAM, *R. H./Norveç*, B. No. 17004/90, 19.05.1992, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-86045> .

⁶¹⁹ İHAM, *S.H. ve diğerleri/Avusturya*, B. No. 57813/00, 03.11.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=002-309> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶²⁰ İHAM, *A.H. ve Diğerleri /Rusya*, B. No. 6033/13, 17.02.2017, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=002-11508> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶²¹ İHAM, *E.B./Fransa*, B. No. 43546/02, 22.01.2008, § 94-98, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84569> (Son erişim: 20.11.2023).

verilmemesi hem cinsel yönelimi hem de ebeveyn olma hakkı açısından kişinin özel hayatına saygı hakkının ihlalini teşkil edecektir⁶²².

Ebeveynlik hakkı çocukla kurulan ilişki bağlamında da değerlendirilebilir. Nitekim, Salgueiro da Silva Mouta / Portekiz davasında bir babanın kızlarının ebeveynlik sorumluluğunu yalnızca cinsel yönelimi nedeniyle kendisine değil, eski karısına verilmesini İHAM, başvuranın İHAS m.8’de korunan haklarına bu müdahalenin kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁶²³. Diğer yandan benzer konulardaki iki kararında İHAM, bir kadının dünyaya getirdiği çocuğu lezbiyen eşiyile birlikte büyüüttüğü somut olayda, lezbiyen çiftin ve çocuğun ilişkisinin İHAS m.8 anlamında aile hayatı teşkil ettiğine hükmederken, biyolojik annesi olmayan eşin de çocuk ile ebeveynlik ilişkisini tanımış olmaktadır⁶²⁴. Bir başka kararında İHAM, bir kadın ile kadından erkeğe dönmüş bir transseksüel arasındaki istikrarlı ilişkinin yanı sıra, kadının sperm bağıışı ve yapay dölleme yoluyla dünyaya getirmiş olduğu çocuğu ile onunla doğduğu günden beri babası gibi ilgilenen partneri arasındaki ilişkiyi de kapsayarak üç başvuranın ilişkisinin “aile hayatı” olduğunu kabul etmiştir⁶²⁵.

Türkiye’de de, boşanma halinde çocuğunun velayetine veya çocuğu ile kuracağı ilişkiye dair eşin yalnızca eşcinsel bir cinsel yönelimi olmasının olumsuz bir etkisi olması halinde şüphesiz ki bu özel hayatın ihlali teşkil etmelidir. Yalnızca eşcinsel olması nedeniyle eşiyile çocuğunun görüşmemesi gerektiğini iddia eden bir eski eşin, bu iddiası dahi özel hayatın ihlali nedeniyle manevi tazminat davasına konu edinebilmelidir. Yahut, bir eşcinsel çift tarafından büyütülen çocuğun, daha sonra aralarında çıkan anlaşmazlık neticesinde eski eşi tarafından biyolojik ebeveyni olmayanla görüştürülmemesi ebeveynlik hakkı kapsamında kişilik hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim hukukumuzda, çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik kararlarda çocuğun üstün menfaatinin yanı sıra, ebeveynlik

⁶²² İHAM, X ve Diğerleri/Avusturya davasında, aynı koşullar altında evlatlık edinebilen evli olmayan heteroseksüel çiftlere tanınan hakkın tanınmıyor olmasına rağmen, evli olmayan eşcinsel bir çiftin iki ebeveynli evlatlık edinmesine imkân verilmemesinin de İHAS m.8 kapsamında ihlal olduğuna hükmetmiştir. (İHAM, X ve Diğerleri/Avusturya, B. No. 19010/07, 19.02.2013, § 95-104, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-116998>) (Son erişim: 20.11.2023).

⁶²³ İHAM, Salgueiro da Silva Mouta / Portekiz, B. No. 33290/96, 21.12.1999, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=002-6140> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶²⁴ İHAM, X ve Diğerleri/Avusturya, B. No. 19010/07, 19.02.2013, § 95 <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-116998>); İHAM, Gas ve Dubois/Fransa, 25951/07, 15.03.2012, § 37, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-109571>, (Son erişim: 20.11.2023).

⁶²⁵ İHAM, X., Y. Ve Z./Birleşik Krallık, B. No. 21830/93, 22.04.1997, § 36-42, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62592> (Son erişim: 20.11.2023).

hakkı da dikkate alınmaktadır. Bu değerlendirme sırasında tarafların evli olmaması veya eşcinsel olmasının İHAM'ın özel hayatın ve aile hayatının korunmasına yönelik kararları bağlamında bir etkisi olmaması gerekmekte; çocukla biyolojik bir bağın ve eş ile evliliğin yokluğunda ve hatta çiftin eşcinsel olmasında dahi TMK 325. uyarınca çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair karar oluşturulabilmelidir. Karşı tarafın veya ilgili mahkemenin aksi yöndeki tutumu, İHAM'ın kararları ışığında, açıkça özel hayata ve aile hayatına aykırılık teşkil edecektir

İHAM'a göre, aile hayatı bir kez kurulduğunda bu durum ancak istisnai durumlarda kesintiye uğrayabilir ve boşanma ya da Sözleşme'ye aykırılık durumları hariç tutulmak üzere çocuk ile ebeveynler arasındaki ilişkinin kopmasına neden olan olaylar İHAS m.8 kapsamında aykırılık teşkil edecektir⁶²⁶. Bu değerlendirme ışığında, örneğin çok sık seyahate zorlanan ve çocukları ile uzun süreler görüşmesi mümkün olmayan bir ebeveynin İHAS m.8 bağlamında özel hayatının ihlal edildiğini iddia edebilecektir. Yaşadıkları tartışmalar nedeniyle, eşiyle çocuğun görüşmesini engelleyen bir kişi de, benzer şekilde özel hayatın ihlali nedeniyle gerek çocuğun, gerek çocuğu ile görüşemeyen ebeveynin manevi tazminat davası açabileceği açıktır. Her ne kadar ebeveynle ilişki başlığı altında ele alınamayacaksa da, görüştürülmeyen kardeşlerin de ebeveynlerine karşı kişilik hakkı ihlalinin kaynaklanan davaları açarak gerek ihlalin durdurulmasını gerekse de manevi tazminata hükmedilmesini isteyebileceklerini⁶²⁷ Türkiye'deki özel hukuk yargıcı önüne gelen uyuşmazlıkta dikkate almalıdır.

3.2.3.3. Bireyin Kökeni Hakkında Bilgi Edinme Hakkı

İHAM'a göre, bireyin kimliğini oluşturma hakkı, bireyin kökenini ve geçmişini bilme hakkını da kapsamı içine almaktadır⁶²⁸. Bireyin geçmişi hakkında

⁶²⁶ İHAM, *Olsson/İsveç*, B. No. 67667/09, 20.06.2017.

⁶²⁷ İHAM'a göre, aile hayatı öncelikle anne-baba-çocuk üçgeni çerçevesinde düşünülse de kardeşler arasındaki bağlar da bu kapsamda değerlendirilir ve İHAM, kardeşler arasındaki bağın korunması konusundaki takdir yetkisinin ebeveynlerine bırakılamayacağına, boşanma halinde kardeşlerin makul bir sebep olmaksızın birbirlerinden sürekli şekilde ayrılmasının, yolda tesadüfen birbirlerini gördüklerinde dahi ebeveynleri tarafından konuşmalarının engellenmesinin İHAS m.8'e ayrılık teşkil ettiğini, kardeşlerin birbirleriyle düzenli olarak iletişim kurmaları konusunda alternatif üretilmesinin devletin pozitif yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. (İHAM, *Mustafa ve Armağan Akın/Türkiye*, B. No. 4694/03, 06.04.2010, §17-30, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-97957>) (Son erişim: 20.11.2023).

⁶²⁸ İHAM *Jaggi/İsviçre*, B. No. 58757/00, 13.07, 2006, § 37. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-76409> (Son erişim: 20.11.2023).

bilgi sahibi olma hakkı öncelikle, biyolojik ebeveynlerini öğrenme hakkını içerir⁶²⁹ ancak bu hakka indirgenemez. Bireyin kişisel tarihine ilişkin diğer bilgiler de, bu hak kapsamındadır. İHAM'ın bu hususta öne çıkan kararlarından biri Gaskin/Birleşik Krallık kararıdır. Söz konusu kararda başvuru, çocukluğunun büyük bölümü çocuk yetiştirme yurdunda geçmiştir ve çocukluğunun erken dönemlerine ilişkin bilgilerin yer aldığı dosyaya ulaşmasına izin verilmemesini, İHAS m.8 bağlamında şikâyeteye konu etmiştir. İHAM kararında, söz konusu dosya oldukça kişisel bilgiler içerdiği için, başvuruçunun çocukluğuna ve geçmişi hakkında bilgilere ulaşmasının engellenmesinin, İHAS m.8'in bir ihlali olduğuna karar vermiştir⁶³⁰.

İHAM'ın başka bir kararında, doğum belgesinde “isminin verilmesine razı olmayan bir kadının bir kız çocuğu” olarak dünyaya gelen başvuru, evlat edinildiğini öğrendiği çocukluk yaşlarından beri kökenini öğrenmek istediğini ve kökenini öğrenemediği için çok zor bir çocukluk geçirdiğini ifade etmiştir⁶³¹. İHAM, somut olayda hem çocuğun hem annenin menfaatlerinin İHAS m.8'de korunan özel hayat kapsamında olduğunu değerlendirmekte ve bir yandan çocuğun, özel hayat kavramından kaynaklanan kökenlerini bilme hakkının çocuğun kişisel gelişimindeki hayati önemini dikkate alırken, öte yandan annenin uygun tıbbi koşullarda doğum yaparak sağlığını korumak adına kimliğinin gizli kalmasındaki menfaatini kabul etmektedir⁶³². Ayrıca İHAM, başvuruçunun annesinin kimliğinin tespit edilmesine gerçek bir ilgi göstermiş olmasını, bu tür bir davranış, tıbbi olarak kanıtlanmamış olsa bile, zihinsel ve psikolojik acı anlamına geleceğini kabul etmiştir⁶³³. Sonuç olarak Mahkeme, taraflar arasındaki menfaat çatışmasında adil dengelenin sağlanması için devletlerin, en uygun olduğunu düşündükleri araçları belirlemelerine izin verildiğini ancak İtalyan makamlarının söz konusu menfaatler arasında bir denge ve orantılılık sağlayamadıklarına, dolayısıyla İHAS m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶³⁴.

⁶²⁹ İHAM, *Odievre/Fransa*, B. No. 42326/98, 13.02.2003, § 48-49, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65492> ; İHAM, *Mikulic/Hrvatistan Croatia*, B. No. 53176/99, 07.02.2002, § 64-66, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-64592> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶³⁰ İHAM, *Gaskin/Birleşik Krallık*, B. No. 10454/83, 07.07.1989, § 49, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62049> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶³¹ İHAM, *Godelli/İtalya*, B. No. 33783/09, 25.09.2012, §9, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-113332> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶³² İHAM, *Godelli/İtalya*, B. No. 33783/09, 25.09.2012, §50.

⁶³³ İHAM, *Godelli/İtalya*, B. No. 33783/09, 25.09.2012, §56.

⁶³⁴ İHAM, *Godelli/İtalya*, B. No. 33783/09, 25.09.2012, §54 ve §58.

Görüldüğü üzere, kişinin kökeni hakkında bilgi edinme hakkı hususunda çatışan her iki menfaat de kişilik hakkı kapsamında korunmakta ve bu çatışmadaki adil dengenin titizlikle kurulması gerekmektedir. Türkiye'deki özel hukuk yargıçlarının bu dengenin kurulmasında İHAM kararlarındaki ölçütlere dikkat etmemesi çatışan menfaat sahiplerinden birinin özel hayatının ihlalini teşkil edebilecektir.

3.2.3.4. Özgün Yaşam Biçimine Saygı Hakkı

Özgün yaşam biçimine saygı hakkı olarak kavramsallaştırılan bu hak, yerli halkların ve Romanların yaptığı başvurularda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, G. ve E./Norveç kararından başvuruçular, Sami azınlığına mensup iki bireydir ve yaşadıkları vadi üzerine yapılmaya başlanan barajdan ötürü yaşadıkları yerlerin sular altında kalacağını ve yaşadıkları coğrafyayı kaybetmenin, kimliklerini kaybetmek anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon, başvuruçuların İHAS m.8 çerçevesinde belirli bir yaşam tarzına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir⁶³⁵.

Romanlar özelinde ise, kendi arazileri üzerinde karavanlarında yaşamak için iskân izni verilmemesinin, Romanların geleneksel yaşam tarzlarının, seyahat etmelerine imkân veren mobil evlerde yaşamak olduğunu belirterek diğer hususların yanı sıra İHAS m.8 düzenlemesinin de ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü davalarda İHAM, İHAS m.8'in devletlere Romanların yaşam tarzını kolaylaştırma pozitif yükümlülüğünü yüklediği yönündeki gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁶³⁶.

Böylece özgün yaşam biçimine sahip olan kişilerin veya toplulukların bu yaşam biçimlerinin özel hukuk kişileri tarafından engellenmesi veya bu yaşam biçimleri nedeniyle olumsuz bir farklı muameleye maruz kalmaları İHAM m.8 bağlamında kişisel özerkliklerine aykırılık teşkil edeceğinden özel hukukta kişilik hakkına saldırıya dair tüm davalardan etkin şekilde yararlanmaları gerekecektir.

⁶³⁵ İHAM, G. ve E./Norveç, B. No. 9278/81; 9415/81, 03.10.1983, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-74158> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶³⁶ İHAM, Jane Smith/Birleşik Krallık, B. No. 25154/94, 18.01.2001, § 103, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-63722>; İHAM, Beard/Birleşik Krallık, B. No. 24882/94, 18.01.2001, § 107, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-63725> (Son erişim: 20.11.2023).

3.3. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında

Bu bölümde öncelikle İHAS kapsamında ayrımcılık yasağı düzenlemesine genel hatları ile değinilecek ve bu yasağın İHAM tarafından nasıl ele alındığına açıklık getirilmeye çalışacaktır. İkinci kısımda ise, İHAM'ın bu düzenleme çerçevesinde kişilik hakkı kapsamına giren değerlere değinen kararlarından örnekler ele alınarak, bu değerlere dair ihlali ayrımcılık olarak tanımlayan İHAM'ın kararları doğrultusunda ayrımcılığın medeni hukuk kapsamında bir kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği ortaya konulması çalışılacaktır.

3.3.1. İHAS'ta Ayrımcılık Yasağı ve İHAM'ın Düzenlemeye Yaklaşımı

İHAS m. 14 düzenlemesinde “ayrımcılık” kavramının tanımlanmadığı görülmektedir. Kavramın tanımlamasına İHAM kararlarında rastlamak mümkündür. İHAM'a göre⁶³⁷, *farklılık, nesnel ve makul bir sebebe dayanmıyor, meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık bulunmuyorsa* ayrımcılık söz konusu olmaktadır. Her ne kadar ayrımcılık kavramı ile, eşitlik ilkesi ve eşit muamele kavramlarının arasındaki ilişkiye dair öğretide birçok tartışma yürütülse de⁶³⁸, öğretide olduğu gibi İHAM kararlarında da bu kavramların birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir⁶³⁹.

Eşit konumda olanlara nesnel ve makul bir sebebe dayanmadan farklı davranmanın ayrımcılık olarak kabul edilmesinin yanı sıra, İHAM, farklı konumda olan kişilere de makul ve nesnel bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmaması ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul etmektedir. İHAM'a göre önemli ölçüde farklı bir durumda olan kişilere karşı farklı muamele edilemediği durumlarda da 14. maddenin ihlali söz konusu olabilmektedir⁶⁴⁰.

⁶³⁷ İHAS, Rasmussen/Danimarka, B. No 8777/79, 28.11.1984, § 38; İHAS, Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979, § 33.

⁶³⁸ Konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, (ed.) Sibel Inceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 459 vd. (“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa”).

⁶³⁹ İHAS, “Belçika’da eğitimde dillerin kullanımına ilişkin kanunların belirli yönlerine ilişkin” davalar, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, §10; İHAS, Schuler Zraggen v. Switzerland, B. No 14518/89, 24.06.1993, § 46.

⁶⁴⁰ İHAM, Thlimmenos/Yunanistan, B. No 34369/97, 06.04.2000., § 44; İHAM Chapman/Birleşik Krallık, B. No 27238/95, 18.01.2001, §129; İHAM Nachova ve diğerleri/ Bulgaristan, B. No 43577/98, 06.07.2005, § 145. Belirmek gerekir ki, eşitsizliği ortadan kaldırmak için gerçekleştirilen farklı davranışlar, bu önlemler bu amacın gerçekleşmesi ve mevcut eşitsizliğin ortadan kalması

Madde düzenlemesinin İngilizce ve Fransızca metinleri arasında da farklılık olduğu görülmektedir. Fransızca metinde “herhangi bir fark gözetmeksizin” (sans distinction aucune) ifadesi yer alırken, İngilizce metin “ayrımcılık yapılmaksızın” (without discrimination) ifadesine yer vermektedir. Bu farklılık ile lafzen, Fransızca metin daha geniş, İngilizce metnin ise daha dar bir koruma sağladığı söylenmektedir⁶⁴¹. Ancak konumuz özelinde bu farklılık önem taşımamaktadır, nitekim aşağıda da açıklayacağımız üzere maddenin açık uçlu düzenlemesi sayesinde ve ayrımcılığa dair dünyadaki yaklaşımın gelişimi ile İHAM kararları çeşitlenmektedir.

Yine açıkça görüldüğü üzere metninde, “herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık” denmesi suretiyle, “açık uçlu” bir düzenleme tercih edilmiş, madde sıralanan ayrımcılık temeli olabilecek özellikler sınırlı sayıda ele alınmamıştır⁶⁴².

Ayrımcılık iddiasına konu hususun kişinin değişmez nitelikte, kendi kontrolünde olmayan bir özelliği olup olmadığı veya tarihsel ve yaygın bir ayrımcılığa uğrayan bir grubun ayrımcılık iddiasının öznesi olup olmadığı daha dikkatli bir inceleme ve daha dar bir takdir yetkisi gerekmektedir⁶⁴³. Böyle bir “şüpheli temel”⁶⁴⁴ söz konusu olduğunda, herhangi bir farklılık gözetmenin ilk bakışta ayrımcılık olarak kabul edilmesi söz konusu olabilecektir⁶⁴⁵. İHAM da, İHAS’a taraf olan devletlerin bir ayrımcılık temelinin daha fazla korunması yönünde bir fikir birliği olduğuna kanaat getirmesi halinde, böyle bir temel olarak ele aldığı başlıkların sayısını arttırmaktadır⁶⁴⁶.

Her ne kadar bu “açık uçlu” yaklaşım maddeye geniş bir uygulama alanı sunacak gibi gözükse de, madde metnindeki “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma*” ifadesi kural olarak maddenin uygulama alanını

halinde önlemin sona erdirilmesi gerektiği şerhiyle birlikte, İHAM tarafından ayrımcılık yasağı ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No 65731/01, 12.04.2006, § 66; İHAM, Runkee ve White/ Birleşik Krallık B. No, 53134/99, 10.05.2007, § 35

⁶⁴¹ Ulaş Karan, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 67. (“Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”)

⁶⁴² İHAM, James ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No. 8793/79, 21.02.1986, §74.

⁶⁴³ Bayefsky, Defining Equality Rights, s. 50.

⁶⁴⁴ Şüpheli temel kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Karan, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 158 vd.

⁶⁴⁵ Bayefsky, Defining Equality Rights, s. 167.

⁶⁴⁶ Karan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 459.

daraltmaktadır. Nitekim, ilk kuşak hakları düzenleyen İHAS kapsamında, ekonomik ve sosyal haklar konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında yer alacak, sadece İHAS sisteminde çok dar bir çerçevede düzenleme bulan ekonomik ve sosyal haklar kapsamında değerlendirilebilecek mülkiyet hakkı (Ek Protokol“ m. 1.)⁶⁴⁷, eğitim hakkı (Ek Protokol“ m.2)⁶⁴⁸ ve sendika hakkı (İHAS m. 11)⁶⁴⁹ Sözleşme m. 14 kapsamındaki ayrımcılık yasağına konu olabilecektir⁶⁵⁰.

İHAS’taki ayrımcılık yasağının en önemli özelliklerinden biri Sözleşme’de tanımlanan hak ve yükümlülüklerden ayrı olarak değerlendirilememesidir. İHAM bu duruma,

*“Mahkeme, Sözleşme’nin 14. maddesinin, Sözleşme’nin ve Protokollerinin diğer normatif maddelerini tamamladığını hatırlatır. Yalnızca garanti ettikleri “hak ve özgürlüklerin kullanılması” için geçerli olduğu için bağımsız bir varlığı yoktur. Kabul edilmelidir ki, gerekleri ihlal edilmeden de devreye girebilir ve bu ölçüde bağımsız bir kapsamı vardır, ancak uyumsuzluğun gerçekleri söz konusu klostardan en az birinin kapsamına girmiyorsa uygulanamaz.”*⁶⁵¹

sözleri ile açıklık getirmiştir.

Her ne kadar İHAS m. 14, Sözleşme’nin diğer maddeleri ile birlikte ele alınsa da, temel bir madde ile bağlantılı olarak, 14. maddenin uygulanması illaki İHAS ile korunan temel haklardan birinin ihlal edildiği anlamına gelmemektir⁶⁵², dolayısıyla bu maddenin de bir ölçüde özerk olduğunun kabulü gerekir⁶⁵³. Sonuç olarak Mahkeme, temel bir hakkın kendisinin ihlal edilmediği durumlarda İHAS m. 14’ün uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir⁶⁵⁴. Bu sebeple çalışmamızda ayrımcılık

⁶⁴⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Rıza Çoban, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) ve Mülkiyet Hakkı (P1-1) Açısından Uygulanması”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yay., İstanbul, 2004, s. 243-260.

⁶⁴⁸ İHAM, D. H.ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, B. No.57325/00, 13.11.2007; Orsus ve diğerleri/Hırvatistan B. No.15766/03, 16.03.2010.

⁶⁴⁹ İHAM, Danilenkov ve diğerleri/Rusya, B. No 67336/01, 30.07.2009.

⁶⁵⁰ Karan, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 78 vd.

⁶⁵¹ İHAM, Pla ve Puncernau/Andorre davası, B. No. 69498/01, 13.07.2004, §54.

⁶⁵² İHAM, Carson ve Diğerleri / Birleşik Krallık 2010, § 63; İHAM, E.B. / Fransa , 2008, § 47.

⁶⁵³ İHAM, Sidabras ve Džiautas/ Litvanya 2004, § 38

⁶⁵⁴ İHAM, Sommerfeld / Almanya, 2003; İHAM, Marckx / Belçika, 1979; İHAM, Belgian linguistic davası, 1968.

yasağı kapsamında kişilik hakkına emsal oluşturacak İHAM kararları için ayrı bir başlık açılması uygun görülmüştür.

Yukarıda da değindiğimiz üzere⁶⁵⁵, İHAM Sözleşme’de düzenlenen ilk kuşak hakları geniş yorumlama eğilimindedir ve bu hakların kapsamında yorum yoluyla ekonomik ve sosyal hakları da ele aldığı görülmektedir. Örneğin, çalışma hakkını özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı bağlamında, sosyal güvenlik hakkını mülkiyet hakkı bağlamında ele alındığı görülen İHAM kararları sayesinde, lafzen ele alındığında dar bir uygulama alanı sunan Sözleşme m. 14’ün uygulama alanının genişlediği söylenebilecektir.

Aslen, 04.11.2000 tarihinde kabul edilmiş ve 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No. 12, ayrımcılık yasağına dair İHAS’tan daha kapsamlı bir uygulama alanı öngörmekteyse de⁶⁵⁶, Türkiye bu Protokol No.12’yi 18.04.2001 tarihinde imzaladıysa da halen onaylamamış olduğu için bu çalışmada Protokol No.12 üzerinde durulmayacaktır.

Her hâlükârda, İHAM’ın gerek ilk kuşak hakları geniş yorumlaması sayesinde gerekse de kararlarında devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler doğrultusunda Sözleşme’nin özel hukuk ilişkilerinde yatay etkiye sahip olduğunu kabul etmesi ile, Sözleşme kapsamındaki ayrımcılık yasağının özel hukuk ilişkilerinde de uygulandığı emsal kararlar çeşitlenecektir⁶⁵⁷. Nitekim eşitsizliklerin ortadan kaldırılması konusunda devletlerin yükümlülüklerinden bahsederken ikili bir ayırım yapılmakta, devletin ayrımcılıktan kaçınma yükümlülüğünün yanı sıra,

⁶⁵⁵ Bkz. Bölüm 2.1.3. ve Bölüm 3.2.1.2.

⁶⁵⁶ Protokol’ün daha geniş bir uygulama alanını kapsadığına dair bkz. Karan, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 173.

⁶⁵⁷ Gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, aksi yönde açık bir düzenleme olmadıkça kamusal yaşamdaki ilişkilerindeki ayrımcılıklarından devletlerin bu madde kapsamında sorumlu olabileceğini, kişisel ve sosyal ilişkilerinin bu madde kapsamında ele alınamayacağını ancak kişinin kişisel ve sosyal ilişkileri ile kamusal yaşamdaki ilişkilerinin uygulamada ayrılmasının zor olduğunu, özel sektörde işe alınma, konut kiralanması, sendikalara üyelik, özel eğitim kurumlarına kabul edilme, sinema ve tiyatro gibi özel nitelikteki kültürel kuruluşlara erişim vs. gibi konularda açık düzenleme gerektiğine dair bkz. Karan, İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 140 ve s. 150.

kaçınmanın ötesinde devletlerin bu konuda pozitif yükümlülükleri de olduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁸.

3.3.2. Ayrımcılık Yasağına Dair İHAM Emsal Kararları

Nedenlerini açıkladığımız üzere, İHAM'ın ayrımcılık yasağı kapsamında ele aldığı uyuşmazlıklar gün geçtikçe çeşitlenmektedir. Günümüzde ayrımcılık anlayışının git gide gelişmesi sonucunda, ayrımcılık yasağının sadece devlet kaynaklı olarak değil bireyler arasında gerçekleşebilir olduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁹. Böylece, İHAM'ın gerek ilk kuşak hakları geniş yorumlaması gerekse de devletin bu konudaki pozitif yükümlülükleri nedeniyle bireyler arasında ayrımcılık söz konusu olduğunda da yatay etki teorisini uygulayabilecek olması sayesinde, devletlerin bu konudaki yükleri artmakta İHAM'ın da ihlal verdiği uyuşmazlık çeşitleri artmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında öncelikle Pla ve Puncernau/Andorra kararı ile⁶⁶⁰, İHAM'ın bir özel hukuk ilişkisinde ayrımcılık ihlali kararı ayrıntılı olarak incelenecek ve bu karar ile ulusal yargıçların önlerine gelen hukuki uyuşmazlıkta ayrımcılık söz konusu olduğunda nasıl davranmaları gerektiğine dair İHAM'ın açıklamaları ortaya konulacaktır. Böylece İHAM'ın özel hukuk ilişkilerindeki ayrımcılık karşısında devletin tutumuna dair genel görüşü sunulduktan sonra, İHAM'ın ayrımcılık olarak kabul ettiği davranışlar birçok karar ile örneklendirilerek, bu davranışların önüne gelen bir uyuşmazlıkta özel hukuk yargıcı tarafından da kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır. Nitekim, iş hukukundaki gibi özel bir düzenleme mevcut değilse de, genel olarak tüm özel hukuk ilişkilerinde ayrımcılık yasağının TMK'deki kişilik hakkı düzenlemeleri ile korunabileceğinin kabulü gerekmektedir⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ İdil Gül, Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı-Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme İzleme ve belgeleme**, (ed.) Burcu Yeşiladalı, Gökçeçişek Ayata, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351 İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, İstanbul, 2011, s. 13.

⁶⁵⁹ Gül/Karan, s. 134.

⁶⁶⁰ İHAM, *Pla ve Puncernau/Andorra*, B. No. 69498/01, 13.07.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-77361> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁶¹ Franz Werro, *La Définition des Biens de La Personnalité: Une Prérrogative du Juge*, in Peter Gauch/Franz Werro/Jean-Baptiste Zufferey (édit.), **La protection de la Personnalité**, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contribution en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, s.15, s. 22 ve 27.

Pla ve Puncernau/Andorra kararına konu olay, Mahkeme'nin de nitelendirdiği üzere "tamamen özel" bir ihtilaftan doğan bir miras hukuku uyuşmazlığıdır⁶⁶². Olayda mirasçı babaanne, 1939 yılında noterde yapmış olduğu vasiyetinde, fevkalade ikame ile mirasını oğluna bırakmış ve oğlundan sonra da mirasın oğlunun meşru ve dini (légitime et canonique) bir evlilikten olan oğluna veya erkek torununa kalacağını yazmıştır.

Mahkeme, daha önceki birçok davada, Sözleşme m. 8'de miras ihtilaflarını da kapsayacak açık bir düzenleme olmasa da, miras meselelerindeki farklı muamele iddialarını İHAS m. 8 ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının düzenlendiği İHAS m. 14 çerçevesinde ele almıştır⁶⁶³. Ancak bu kararlara konu ihtilaflar, taraf devletin yasalarının eşitlik ilkesine uygun olmaması nedeniyle ayrımcılık yasağına aykırılık kararı ile sonuçlanmışken, Pla ve Puncernau davası bu açıdan diğer kararlardan farklılık arz etmektedir. Kararda, taraf devletin iç hukuk mevzuatının eşitlik ilkesine uygun olma zorunluluğunu aşan bir şekilde, bir özel hukuk tasarrufu olan vasiyetnamenin ulusal mahkeme tarafından İHAS'a uygun yorumlanması zorunluluğu olduğunun belirtilmesi kararı özel kılmaktadır.

Nitekim Mahkeme de açıkça "Mevcut dava yukarıda anılan davalardan temelde farklıdır, çünkü Mahkeme, Sözleşme ile evlat edinilen çocukların miras hukukuna uygulanan Andorra mevzuatı arasında olası bir uyumsuzluk sorunu görmemiştir. (...) Bu davada ihtilaflı mesele, 1939'da düzenlenen ve 1995'te icra edilen bir vasiyet hükmünün Andorra Yüksek Adalet Divanı tarafından yapılan ve Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanan yorumuyla ilgilidir: böyle bir yorumun olup olmadığının incelenmesi meselesidir. Madde 8 ile birlikte ele alındığında, Sözleşme'nin 14. Maddesine aykırıdır."⁶⁶⁴ demek suretiyle bu kararın özelliğini açıkça vurgulamıştır.

Mahkeme, Andorra makamlarının başvuranların özel ve aile hayatlarına herhangi bir müdahalede bulunmakla suçlanamayacağını, dolayısıyla sorunun negatif yükümlülüklerini yerine getirmelerinde olmadığını tespit etmiş, sorunun Andorra

⁶⁶² İHAM, Pla ve Puncernau/Andorra davası, B. No. 69498/01, 13.07.2004, §59.

⁶⁶³ İHAM, Marckx/Belçika, B. No. 6833/74, 13.06.1979, § 54-59, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62092> ; İHAM, Vermeire/ Belçika, B. No. 12849/87, 29.11.1991, § 28, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62271> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁶⁴ İHAM, Pla ve Puncernau/Andorra, B. No. 69498/01, 13.07.2004, §44, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-77361> (Son erişim: 20.11.2023).

Devleti'nin aile hayatına saygıyı etkili kılmak için pozitif yükümlülüğün ihlal etmesi olduğunu işaret etmiştir. Nitekim İHAM'a göre uyuşmazlığa konu olayda bir kişi tarafından vasiyete eklenen vasiyet hükmü gibi son derece özel bir işlemin yorumlanması özel hayatın ve aile hayatının ihlalini sorununu ortaya çıkarmıştır.

Uyuşmazlıkta, fevkalade ikame ile miras bırakılan oğlun, vasiyette belirtildiği şekilde meşru ve dini bir evlilik yaptığına dair bir ihtilaf yoktur. Ancak vasiyetnameye göre daha sonra bu özellikleri taşıyan bir “evlilikten oğlu”na kalacaktır ve oğlu meşru ve dini evliliğinden olan eşiyle birlikte bir oğlan çocuk evlat edinmek suretiyle çocuk sahibi olmuştur. İhtilaf, miras bırakan babaannenin iradesini yansıtan “evlilikten olan” lafının bu evlat edinilmiş çocuğu kapsayıp kapsamadığıdır.

Andorra ilk derece mahkemesi evlatlık edinilen çocuğun babaannenin mirasından yararlanabileceği sonucuna varsa da, Andorra Yüksek Mahkemesi tarafından hem 1939'da vasiyetin verildiği tarihte hem de 1949'da babaanne öldüğünde, hukuki ve sosyolojik açıdan “evlilikten olan” ile kastedilenin evlatlık bir çocuk olamayacağı, babaanne için bu çocuğun “aile dışı” olarak değerlendirileceği şeklinde yorum yapılmıştır.

Bu karşın İHAM kararında, *“ilke olarak tamamen özel ihtilafları çözmekle yükümlü olmadığını ancak kendisine düşen Avrupa kontrolünün uygulanmasında, ister vasiyet hükmü, ister özel bir sözleşme, ister bir kamu belgesi, yasal bir hüküm veya hatta idari bir uygulama olsun, bir hukuki işlemin ulusal bir mahkeme tarafından yapılan yorumlanması mantıksız, keyfi veya mevcut davada olduğu gibi 14. maddede belirtilen ayrımcılık yasağıyla ve daha geniş anlamda Sözleşme'nin altında yatan ilkelerle bariz bir çelişki içinde görüldüğünde hareketsiz kalamayacağını”* vurgulamıştır⁶⁶⁵.

Karardaki, bu vurgu İHAM'ın öncelikle ayrımcılık yasağı ve daha geniş anlamda İHAS'ın altında yatan ilkelerle çelişmesi halinde bir idari işlem veya yasal düzenleme ile özel hukuk kişileri arasındaki bir sözleşmeyi veya bir vasiyet hükmünü farklı görmediğini ortaya koyarak, ulusal yargıçların önlerine gelen her

⁶⁶⁵İHAM, *Pla ve Puncernau/Andorra davası*, B. No. 69498/01, 13.07.2004, §59, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-77361> (Son erişim: 20.11.2023).

türlü işlemin İHAS'a uygun yorumlaması gerektiğini açıkça dile getirdiği için konumuz özelinde büyük önem taşımaktadır.

Bu kararda İHAM tarafından vurgulanan başka bir önemli husus da ulusal yargıçların önlerine gelen işlemlere dair “Sözleşme’ye uygun yorum”unu günümüz gerçeklerini de dikkate alarak yapması gerektiğine dair açıklamasıdır. İHAM’a göre, *“dinamik bir karaktere sahip olan ve Devletler açısından pozitif yükümlülükler getiren Sözleşme’nin, mevcut koşullar ışığında yorumlanması gereken canlı bir belgedir. (...) Dolayısıyla, söz konusu vasiyet hükmünün yorumu münhasıran vasiyetnamenin yazıldığı tarihte veya vasiyetçinin ölümü sırasında yürürlükte olan sosyal bağlam ışığında yapılamaz. Bu davada 1939 ve 1949’da, özellikle vasiyetnamenin düzenlendiği tarih ile mirasın açıldığı tarih arasında elli yedi yıllık bir süre geçmiştir ve sosyal, ekonomik ve hukuki alanlarda köklü değişimlerin yaşandığı bu kadar uzun bir zaman aralığı karşısında hâkim, bu yeni gerçekleri görmezden gelemes.”*

Bu karardan hareketle, kanaatimizce, bir yargıç önüne gelen işlemin kişilik hakkına aykırılık taşıyıp taşımadığını veya bir fiilin kişilik hakkına saldırı teşkil edip etmediğini de benzer şekilde sosyal, ekonomik ve hukuki alanlarda köklü değişimleri göz önünde tutarak ve yeni gerçekleri göz ardı etmeden değerlendirmelidir. Nitekim günümüz koşullarında ayrımcılık teşkil eden işlem ve eylemlerin özel hukuk yargıcısı tarafından dikkate alınmaması İHAM açısından yaptırımla sonuçlanacak olup, bu konuda özel hukuk yargıcısının yararlanabileceği kavram “kişilik hakkı” kavramı olacaktır. Hangi işlem ve eylemlerin ayrımcılık olarak değerlendirileceği konusunda da yine İHAM kararları yol gösterici olarak kabul edilmelidir.

Bu kararlara dair bir örnek *Kozak / Polonya* davasında karşımıza çıkmaktadır⁶⁶⁶. İlgili davada başvuran, eşcinsel partnerinin ölümü üzerine, partnerinin adına olan kira sözleşmesini devralmak istemiş ancak, ev sahibinin kabul etmemesi üzerine ilgili belediyede yasal işlem başlatmıştır. Polonya’daki ilgili makamlar başvuranın talebini reddederek, kira sözleşmesinin devralabilmesi koşulunu yalnızca evlilik ilişkisindeki heteroseksüel çiftler için geçerli olduğu yönünde karar oluşturmuştur. İHAM, uyuşmazlığa konu olayı, İHAS m.8 çerçevesinde konuta saygı hakkı bağlamında değerlendirmiş ve bu madde ile bağlantılı olarak

⁶⁶⁶ İHAM, *Kozak/Polonya*, B. No. 13102/02, 02.03.2010, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-97597> , §97-99 (Son erişim: 20.11.2023).

İHAS m. 14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. İHAM, başvuranın davasındaki geleneksel ailelerin korunmasına dair meşru hedefin önemli bulmasına karşın, devlet bu hedefi korumak amacıyla bir yöntem belirlerken, toplumdaki değişim ve gelişmeleri dikkate alması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca İHAM'a göre bireyin özel hayatını ve aile hayatını sürdürmesi konusunda, tek bir yol veya bir seçim olduğu düşünülemez. Cinsel yönelim temelinde muamele farklılığı bulunan durumlarda eşcinsel ilişki yaşayan kişilerin topluca kapsam dışında tutulmasının kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁶⁷.

Bu yaklaşım iki erkek bireyin eşcinsel olmaları nedeniyle otelde birlikte kalmalarının kabul edilmemesi İHAS m. 10 çerçevesinde İHAS m. 8 özel hayata saygı bağlantısıyla ayrımcılık teşkil edecektir. Yine, bir Romanın/çingenenin veya trans bir kişinin kamuya açık bir restorana girmesine yalnızca kimlikleri nedeniyle, bir makul sebep olmaksızın izin verilmemesi de benzer şekilde ayrımcılık olarak kabul edilmelidir. Benzer şekilde Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu'nun 14.9.2021 tarihli ve 2021/229 sayılı kararında⁶⁶⁸ bekara ev vermek istemeyen mülk sahibinin ve emlakçısının yarattığı ayrımcılığa konu olayın, özel hukuk yargıcının önüne geldiğinde kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Nitekim ayrımcılık yasağına aykırı fiiller ve hukuki işlemler karşısında kişilik hakkının korunması ve tazminat davası açılması halinde özel hukuk yargıcının ihlal kararı vermemesi ve tazminata hükmetmemesi de devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak kabul edilecek ve İHAM önünde ihlal kararı verilmesine neden olabilecektir.

İHAM'ın Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portekiz kararı ise, yaş ve cinsiyet temelli bir ayrımcılık karşımıza çıkmaktadır. Başvuran, jinekolojik bir ameliyat geçirdikten sonra, hastaneye karşı tıbbi ihmal nedeniyle hukuk davası açmış, temyiz aşamasında kazandığı tazminatta kesinti yapılmasının ayrımcılık teşkil ettiği iddiası ile İHAM'a başvurmuştur. Nitekim yapılan ameliyattan sonra başvuran oturmakta, yürümekte güçlük çekmektedir ve cinsel ilişki kuramaz bir duruma getirilmiştir. Başvuranın açtığı tazminat davasında, Yüksek Mahkeme "ameliyat sırasında zaten

⁶⁶⁷ Benzer bir karar için bkz. İHAM, *Karner/ Avusturya*, B. No. 40016/98, 24.07.2003, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-65822> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁶⁸ https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2021/11/1638016210.pdf (Son erişim: 20.11.2023). Karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Zeliha Gizem Sayın, "TİHEK'in 14.9.2021 Tarihli Kararı ve Temel Hakların Özel Hukuka Etkisi Işığında Bir Kişilik Hakkı İhlali Olarak Ayrımcılık", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

elli yaşında olduğu ve iki çocuğu olduğu, yani cinselliğin gençlik yıllarındaki kadar önemli olmadığı bir yaşta olduğu” gerekçesiyle belirlenen tazminat miktarını düşürmüştür⁶⁶⁹. İHAM, her ne kadar bir sorumluluk davasında tazminatın belirlenmesinde yaşın ve cinsiyeti dikkate alınabileceğini kabul etse de, İHAM’a göre somut olaydaki bu varsayım, kadının cinselliğinin esas olarak çocuk doğurma amaçlarıyla bağlantılı olduğu yönündeki geleneksel düşünceyi yansıtmakta ve dolayısıyla kadınların insan olarak kendilerini gerçekleştirmeleriyle olan fiziksel ve psikolojik ilişkisini göz ardı etmektedir ve bir bakıma yargılayıcı olmasının yanı sıra, başvuranın özel durumunda kadın cinselliğinin diğer boyutlarını dikkate almayı ihmal etmiştir⁶⁷⁰. Böylece İHAM, başvurucunun özel hayatına saygı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Yaş ayrımcılığı yapıldığına ilişkin bir karar ise, kız kardeşlerinin araba kazasında ölmesi nedeniyle yaşları gereği daha az üzüntü duydukları gerekçesiyle, büyük kardeşlere tazminata hükmederken küçüklere tazminat ödenmesinin makul gerekçe olmaksızın reddedilmesi nedeniyle Deaconu/Romanya kararında⁶⁷¹ karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere, kişilik hakkına saldırı nedeniyle açılmış bir tazminat davasında, yaş ve/veya cinsiyet temelli bir ölçüt ile tazminatta indirimle gidilmesi veya hiç tazminat verilmemesi somut olayın koşullarına göre İHAM tarafından ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Böylece, Türkiye’de bir özel hukuk yargıcının da bir kişilik hakkına saldırı davasında tazminat hesaplaması yaparken yaş ve cinsiyet ayrımcılığından kaçınmak için İHAM’ın bu ve benzeri emsal kararlarını dikkate almasının zaruri olduğu görülmektedir.

Açıklamalarımız ışığında kişinin, ayrımcılık yasağına konu özelliklerinin her ne kadar sınırlı sayıda ele alınmadığı anlaşılmaktaysa da, tüm bu özelliklerin kişiliğin bir parçası olması nedeniyle kişilik hakkı değerleri kapsamında ele alınabileceği açıktır. Bu doğrultuda özel hukuk yargıcının karşısına gelen ayrımcılık yasağını ihlal eden bir hukuki işlemi ister TMK m. 23 uyarınca hukuka aykırı bir şekilde kişilik hakkının sınırlandırılması olarak ele alsın, ister TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine ve kişilik hakkına aykırılık olarak, her halükarda hükümsüzlüğüne karar

⁶⁶⁹ İHAM, *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portekiz*, B. No. 17484/15, 25.07.2017, §16, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-176013> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁷⁰ İHAM, *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portekiz*, B. No. 17484/15, 25.07.2017, §51, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-176013> (Son erişim: 20.11.2023).

⁶⁷¹ İHAM, *Deaconu/Romanya*, B. No. 66299/12, 29.01.2019, §30-39, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-189624> (Son erişim: 20.11.2023).

vermesi, ayrımcılık yasağını ihlal eden bir eylemin de açıklamalarımız doğrultusunda kişilik hakkının ihlali kabul edildiğı emsal kararların artması gerekecektir. Bu yasağı karşı daha etkin bir koruma sağlanması için de her türlü ayrımcılığın kişilik hakkına saldırı teşkil ettiğine dair TMK’da açık bir özel düzenlemeye yer verilmesi yararlı olacaktır.



SONUÇ

Türkiye’de kişilik hakkı kavramının; tanımlama, çerçevesini çizme veya sınırlayıcı şekilde içeriğindeki değerleri sayma ihtiyacı olmaksızın hukukumuzda yer alması, temel hakların özel hukuka etkisine dair özel hukuktaki bir kapı vazifesini taşımasını sağlamaktadır. Nitekim, Türkiye’de bu genel kişilik hakkı kapsamında kabul edilen değerlerin çeşitliliği ve kavramın çok yönlülüğünü ortaya koyan emsal kararlar; kişilik hakkı kavramının bu vazifeyi yerine getirmeye uygunluğunu ve temel haklarla yakın ilişkisini açıkça ortaya koymaktadır.

Böylece, temel hakların yalnızca devleti ilgilendirdiği, yalnızca kamu hukukunda etkisi olduğu görüşünün günümüzde geçerliliğini yitirdiği kabulü ile, özel hukuktaki kişilik hakkı kavramının temel haklardan etkilenmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Kaldı ki günümüzde hukuk düzenini kamu hukuku-özel hukuk olarak ayırmanın artık hukuk disiplininin çalışma alanını ve hukuk eğitimi bölümlendirmek pratik amacı dışında bir amaca hizmet etmediğinin kabulü gerekir. Anayasa’yı yalnızca kamu hukukunun bir parçası gören ve anayasanın siyasi, özel hukukun ise siyasi olmayan bir alan olduğunu, bu özerkliğini koruması gerektiği için temel haklardan etkilenmemesi gerektiğini savunan görüşün artık uygulamada bir karşılığı olmadığı görülmektedir. Böylece temel hakların özel hukuk üzerinde etkili olduğu yaygın şekilde kabul edilse de, kamu-özel ikili ayrımını savunan ve özel hukukun siyasi olmadığını iddia eden görüşlerin halen etkilerinin sürmesi nedeniyle temel hakların özel hukuka etkisinin boyutları ve biçimleri konusunda derin tartışmalar yürütülmektedir.

Kanaatimizce, temel hakların özel hukuka etkisine dair çok çeşitlenen yatay etki teorilerine başvurmaya dahi gerek olmaksızın, yalnızca devletin pozitif yükümlülüğü olduğunun kabulü dahi zaten temel hakların özel hukuka etkisi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim devletin veya devlet görevlilerinin yalnızca kendi eylemleri ve ihmalleri nedeniyle temel hakları ihlal etmesi nedeniyle değil, özel hukuk ilişkilerindeki temel hakların etkin şekilde korunmasını sağlamak adına bu

ilişkilerdeki ihtilaflarda da temel hakları dikkate alarak adil dengeyi sağlaması gerektiği İHAM tarafından da açıkça kabul edilmektedir.

Ancak günümüzde genel olarak temel hakların özel hukuka etkisine dair tartışmaların Almanya hukukunun etkisi ile yatay etki kavramı çerçevesinde yürütüldüğü görülmektedir. Yatay etki tartışmalarının merkezi olan Almanya hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da temel hakları düzenleyen ülke anayasalarının yasama, yürütme, yargı organlarını bağlayıcı bir dille düzenlendiği görülmekte, bu düzenlemelerin de ilgili ülkelerde temel hakların özel hukuka etkisine dair doğrudan yatay etkinin reddi için bir gerekçe yarattığı çalışmamızda ortaya konulmaktadır. Halbuki T.C. Anayasası'nda açıkça temel hak ve ödevlerin muhatabı olarak bireylerin de yer aldığı açıkça görülmektedir. Türkiye öğretisi tarafından farklı sistemlerdeki tartışmalardan yararlanılması anlaşılabilecekse de, Anayasa düzenlemelerindeki bu temel farklılığın göz ardı edilmesine ve Almanya emsal alınarak Türkiye'de de dolaylı etki öğretisinin ön plana çıkarılmasına anlam verilemediği çalışmamızda açıklanmaya çalışılmıştır.

Türkiye'de doğrudan bireyleri de temel hakların muhatabı olarak gören Anayasamız, ayrıca m. 90 düzenlemesi ile temel haklara dair yalnızca Anayasa'da yer alan düzenlemelerin değil İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemelerin de hukukumuzun bir parçası olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Bu doğrultuda İHAS düzenlemelerinin koruyuculuğunun etkin bir şekilde hayata geçirilmesi için İHAM yorumlarına ihtiyaç duyulduğu ve İHAS'ın İHAM yorumları sayesinde anlaşıldığı şekliyle hukukumuzun bir parçası olduğu çalışmamızda ortaya konulmuştur. Böylece çalışmamızda özel hukuk ihtilaflarında İHAM kararlarındaki değerlendirmeler ve yorumların özel hukuk yargıcı tarafından da dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu doğrultuda temel hakların, mülkiyet hakkından, sözleşme özgürlüğüne, aile hukukundan, miras hukukuna, konumuz özelinde ise kişilik hakkına etkisine emsal teşkil eden yabancı ülke kararları ve İHAM kararları; özel hukuk yargıcı tarafından bu emsallerin dikkate alınması ile Türkiye özel hukuk yargısında da çok farklı kararlara tanık olabileceğimizi göstermektedir. Özellikle, temel haklar ile yakın ilişkisini gördüğümüz kişilik hakkı kavramının kapsamına giren değerlerin gerek nicelik gerek nitelik olarak İHAM kararlarından etkilenmesi gerekliliği çalışmamızın temelini teşkil etmektedir.

Böylece özel hukuk yargıcının artık kişilik hakkı kavramını, -yasa koyucunun da bilerek soyut, genel ve tanımsız bir kavram olarak bırakmasındaki amaca da hizmet ederek- İHAM'ın günümüz gelişmelerine ayak uyduran dinamik yorumları çerçevesinde ele alması; yeni değerleri bu kavram kapsamında kabul etmesi ve mevcut değerleri de farklı emsal kararlar ile zenginleştirmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bu doğrultuda İHAS'ın yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel hayata saygı hakkı ve ayrımcılık yasağı düzenlemelerinin medeni hukuktaki kişilik hakkı kavramı ile doğrudan ilişkisi nedeniyle, Türkiye'deki özel hukuk yargıçlarının İHAM'ın bu düzenlemelere dair yorumları ve emsal kararlarını dikkate alarak hüküm kurması gerektiği çalışmamızla ortaya konulmaktadır.

Bu doğrultuda örneğin, çocuğa karşı fiziksel veya psikolojik şiddetin gelenek veya disiplin gerekçeleriyle veya münferit bir şiddet eylemi olması nedeniyle özel hukuk yargıcı tarafından mazur görülmesi, normalleştirilmesi kabul edilemeyecektir. Yine aile içinde doğrudan bir şiddete maruz kalmayan çocukların dahi, yalnızca tanık oldukları şiddet nedeniyle kişilik hakkını koruyucu davalardan yararlanmalarının kabulü gerekecektir. İHAM'ın bir kişinin, eşinin bilgisayarına izinsiz giriş yapması ve verilerine ulaşmasının yalnızca mahremiyet hakkının ihlali olarak değil, ayrıca aile içi şiddet kapsamında siber şiddet olarak değerlendirdiği kararı da özel hukuk yargıcının aile içi şiddete yönelik bakış açısını zenginleştirmesi sonucunu doğurmalıdır. Ayrıca kişinin kendi sağlığı veya yakınının sağlığı hakkında yanlış veya eksik bilgilendirilmesi nedeniyle doğan zararlar dışında, yalnızca bu bilgilendirmenin geciktirilmesi nedeniyle çektiği sıkıntıların dahi manevi zarar teşkil edebileceği yönündeki emsal kararının özel hukuk yargıcı tarafından manevi zarar emsallerini çeşitlendirmesi açısından dikkate alınması gerekecektir.

Çalışmamızda ortaya koyduğumuz üzere, kişilik hakkının en kapsayıcı değeri olarak karşımıza çıkan özel hayat, İHAM tarafından da sosyal ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda geniş yorumlanmakta, ikinci veya üçüncü kuşak hakları da koruyucu şekilde ele alınmaktadır. Türkiye öğretisinde ve yargı kararlarında daha çok özel hayatın mahremiyet yönü ön plana çıkarılsa da, bu kavramın İHAM kararları doğrultusunda özel hukuk yargıcı tarafından çok daha farklı yönleriyle ele alınması zarureti çalışmamızla ortaya konmaktadır. Böylece, özel hayata saygı hakkının yalnızca kişinin kendisine veya yakın çevresine saklamak istediği, kamuya

açık olmayan alandaki bir koruma olarak değil; bireyin kendi kişisel hayatını istediği gibi yaşayabilmesine, kişiliğini geliştirip gerçekleştirmesine engel olacak her türlü müdahaleden korunduğu ve minimum müdahaleyle hayatını uygun gördüğü şekilde sürdürebileceği bir alanın korunması olarak ele alınması ve bu doğrultuda her gün çeşitlenen İHAM kararlarının özel hukuk yargıcı tarafından takip edilmesi gerekecektir.

Örneğin özel hukuk yargıcının sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını, kişilik hakkı kapsamında özel hayata saygı çerçevesinde değerlendirmesi gerekecek, her türlü çevre kirliliği nedeniyle özel hayatın ihlal edildiği sonucuna varması söz konusu olabilecek; sağlıklı bir çevrede yaşamı engelleyen kirlilik iddiasının kişilik hakkına saldırı davaları doğrultusunda, iddianın doğruluğunun tespitinde, ihlal söz konusu ise ihlalin durdurulmasında ve zararın tazmininde İHAM kararlarındaki değerlendirmeleri ve menfaatler arasındaki adil dengenin korunmasına dair ölçütleri dikkate alması gerekecektir. İHAM kararları uyarınca, kişilik hakkı bağlamında zararın, yalnızca çevresel bilgi edinme hakkının ve çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkının etkin şekilde korunmamasından kaynaklanabileceği de özel hukuk yargıcı tarafından göz ardı edilmeyecektir.

Özel hayata saygı kapsamında, kişinin özgün yaşam biçimi hakkı, bireyin kişiliğini özgürce gerçekleştireceği ve geliştireceği bir alana saygı duyulmaması da İHAM tarafından mahremiyet hakkını aşan şekilde yorumlanmaktadır. Bir kişinin cinsel kimliğinin ve cinsel yöneliminin karıştırılmasını dahi kişinin özel hayata saygı hakkının ihlali olarak kabul eden İHAM kararlarının, cinsel kimlik ve cinsel yönelim üzerine çok çeşitlenen kararlarının Türkiye'deki özel hukuk yargıcı tarafından titizlikle değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu noktada toplumun çoğunluğu tarafından kabul gören görüşlerin veya geleneksel aile değerleri gibi bir ölçütün yirmi birinci yüz yılda bu tartışmalarda bir rolü olmaması gerektiği yönündeki İHAM kararlarının özel hukuk yargıcı tarafından özellikle dikkate alınması gerekecektir. Diğer yandan, İHAM'ın eşcinsel çiftlere evlilik hakkı tanınması konusunu taraf devletlerin takdirine bıraktığı görülse de, istikrarlı bir ilişkisi olan eşcinsel birlikteliklerin, trans bireylerle olan ilişkilerin veya farklı cinsler arasındaki evlilik dışı birlikteliklerin somut olayın koşullarına göre aile olarak kabul edilmesi yönündeki kararları özel hukuk yargıçlarının kararlarını doğrudan etkilemelidir. Böylece yabancı ülke emsal kararlarında da karşımıza çıktığı üzere, örneğin kira

ilişkilerinde, sigorta ilişkilerinde bu çiftlerin aile olarak tanınmaması, kişiliğinin önemli bir parçası olan cinsel kimliğine ve cinsel tercihinine aykırılık teşkil edeceği için kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi gerekebilecektir.

İHAM'ın özel hayata saygı kapsamında ele aldığı kişinin özgün yaşamına saygı duyulmamasına, bu yaşamın devamını sağlamasına engel olacak müdahalelere dair kararları da özel hukuk yargıcının kişinin kişilik hakkı bağlamında manevi zararının olduğu yönünde karar vermesini gerektirecektir. Örneğin bir özel teşebbüsün faaliyeti nedeniyle, özgün yaşamlarını sürdürdükleri yaşam alanlarını terk etmeleri gereken bir topluluğun kişiliklerinin parçası olan özgün yaşam alanlarının zarar görmesi nedeniyle manevi zararının doğduğunun kabulü gerekebilecektir.

İHAM kararları doğrultusunda özel hayat kavramı kapsamına mahremiyet dışında farklı değerlerin de dahil etmesi gerekliliğinin yanı sıra, zaten Türkiye’de yaygın şekilde kabul edilen mahremiyet hakkının korunmasında da İHAM ölçütlerinin ve emsallerinin de özel hukuk kararlarında yol gösterici olması gerekmektedir. Kişinin mahremiyeti ile kamunun menfaatinin, basın özgürlüğünün veya ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda adil bir dengenin kurulması yönünde titizlikle bir değerlendirme yapan İHAM’ın bu konudaki ölçütleri şüphesiz ki Türkiye’deki özel hukuk yargıcı tarafından da izlenmelidir. Örneğin özel hukuk yargıcının; İHAM kararlarındaki, günümüz gelişmeleri ışığında neyin kişisel veri olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair değerlendirmeleri, bir kişinin ifade özgürlüğü ile başka bir kişinin “unutulma hakkının” veya “masumiyet karinesi”nin çatıştığında belirlediği ölçütleri veya bir intihar teşebbüsünün özel bir televizyonda yayınlanmasındaki menfaat dengesine dair değerlendirmeleri kişilik hakkına ilişkin davalarda kendisine rehber edinmesi kanaatimizce Anayasa m. 90’ın gereğidir.

Diğer yandan, günümüzde cinsel yönelim, cinsel tercih, cinsiyet, ırk, yaş, medeni durum, kilo vb. kişilik değerleri kapsamında kabul edilecek değerler nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalınması sorunuyla yaygın şekilde karşılaşıyor olunmasına rağmen, iş hukuku dışında Türkiye’deki özel hukuk yargılanmasında ayrımcılık esasına dayalı ihlal kararlarına sık rastlanmaması kanaatimizce kişilik hakkı kavramının hak ettiği şekilde yorumlanmaması nedenine dayanmaktadır. İHAM kararlarının ayrımcılık yasağının ihlali yönünde verdiği kararlar ışığında, özel

hukuk yargıcının kişinin kişiliğinin parçası olan bir değer üzerinden makul şekilde gerekçelendirilemeyen bir farklı muameleye maruz kalmasına neden olan her türlü fiil ve hukuki işlemi ayrımcılık yasağının etkin şekilde korunması için kişilik hakkının ihlaline dayanak kabul etmesi gerekmektedir. Özel hukuk ilişkilerinde karşımıza çıkan bir ayrımcılığın kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilmesi; mülkiyet hakkının kullanılmasından, mirasçının iradesinin üstün tutulmasına; sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünden, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne kadar birçok özel hukuk alanını doğrudan etkileyecektir. Nitekim mülkiyet hakkının kullanılmasında, vasiyetin belirlenmesinde veya sözleşme tarafını ve içeriğini belirlemede ayrımcılığı göz ardı ederek kişilik hakkı ihlaline, dolayısıyla sözleşmenin ilgili hükmünün hükümsüzlüğüne veya kişiye manevi tazminat verilmesine hükmetmeyen özel hukuk yargıcının kararı İHAM'ın, İHAS m. 14 uyarınca ihlal kararı vermesine neden olacaktır.

Bu doğrultuda, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun bir kişinin bekar olması nedeniyle evini bu kişiye kiralamak istemeyen mülk sahibinin ayrımcılık yaptığına dair kararına konu olay, özel hukuk yargıcı önüne geldiğinde, kişilik hakkı ihlaline karar verilmesi gerekecek; eşcinsel veya trans oldukları için veya ırkları nedeniyle bir mekâna girmeleri engellenen veya bir sigorta sözleşmesinde, bir abonelik sözleşmesinde makul bir gerekçe olmaksızın yaşı veya cinsiyeti nedeniyle farklı muamele gören kişilerin menfaatlerinin de kişilik hakkı çerçevesinde özel hukuk yargıcı tarafından korunması gerekecektir. Örneğin, yabancı ülke kararlarında karşımıza çıktığı gibi, çocuklu bir aileye evin kiralanmasından imtina edilmesi gibi eşyalı kiralanmayan bir konutta evcil bir hayvan beslemek isteyen bir kişinin bu tercihinin ilgili sözleşme düzenlemesine dayanarak engellenmesi de kanaatimizce özel yaşama saygı hakkı bağlamında ayrımcılık olarak değerlendirilebilecektir.

İHAM kararlarında, ayrımcılık yasağının, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin varlığında değil, özel hukuk yargısında yapılan tazminat hesaplanmasında da karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu doğrultuda ihlalin tespitinde veya tazminatın hesaplanmasında kişinin cinsiyeti, yaşı gibi değerleri titizlikle hesaba katılmalı, bu yönden de İHAM kararları özel hukuk yargıcına rehber olarak hizmet etmelidir. Nitekim ihlalin veya tazminatın tespitinde cinsiyet, yaş gibi değerlerin hesaba katılmasında ayrımcı muamelede bulunulması kişilik hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak, çalışmamızda temel hakların -özel hukuka etkisinin ister devletin pozitif yükümlüğü nedeniyle, ister yatay etki teorisi sayesinde, istersek de yalnızca T.C. Anayasası'nın bağlayıcılığına dair ve temel hak ve ödevlere dair hükümlerinin herkesi muhatap alması nedeniyle olsun- özel hukuk üzerindeki etkisinin kaçınılmaz olduğu ortaya konulmuş, AY m. 90 uyarınca da özel hukuka etki edecek temel hakların İHAS düzenlemelerini ve İHAM kararlarını da kapsadığı izah edilmiştir. Anayasamızın bağlayıcılığına dair ve temel haklar ve ödevlere dair herkesi muhatap alan düzenlemeleri ve kişilik hakkı değerleri kapsamında kişinin özgürlüklerinin de yer alması ise, kanaatimizce, kişilerin temel haklarının ihlal edildiği iddiasını özel hukuk yargıcı önünde doğrudan ileri sürebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Çalışmamızın konusu olan kişilik hakkı kavramının Türkiye'de kişinin vücut bütünlüğünü, itibarını, özel hayatını ve hatta kişinin özgürlüklerini koruyan geniş kapsamlı bir kavram olması ve kavramın günümüz gelişmeleri ışığında ele alınması amacı ile kapsamına giren değerlerin tahdidi şekilde sayılmaması bu kavramın özel hukuk alanında temel haklardan ve dolayısıyla İHAM kararlarından doğrudan etkilenmeye en açık kavram haline getirmektedir. Böylece Türkiye'deki özel hukuk yargıçlarının, kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin belirlenmesinde, kişilik hakkına saldırının tespitinde kullanılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekliliği, meşru olup olmadığı, toplumun veya üçüncü kişinin menfaati ile kişilik hakkı zarar görenin menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı ölçütlerinde ve hatta ilgili davada manevi tazminatın hesaplanmasında kullanılan ölçütlerde dahi İHAM kararlarını dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir.

Şüphesiz ki, özel hukuk yargıçları tarafından İHAM kararlarından bu denli yararlanmaları gerekliliğinin yerine getirilmesinin yalnızca kişisel çabaları sonucunda olması beklenmemelidir. İHAS'a taraf olan başka ülkelerde de olduğu gibi İHAM kararlarının sistematik bir şekilde taraf ülkenin diline çevrilmesi ve sınıflandırılarak ilgili kararlara erişimin kolaylaştırılması tüm yargı sisteminin bu kararlardan etkin şekilde yararlanmaları için hukukun ve çağımızın bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece özel hukuk ihtilaflarında, özellikle de temel haklar ile yakın ilişkisini ortaya koyduğumuz kişilik hakkı ihlallerinde İHAM kararlarının ışığında alınabilecek önemli emsal kararlar hukuk sistemimiz içinde yer bulunabilecektir.

KAYNAKÇA

Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi ve Sözleşme'ye Ek 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin Rehber, Avrupa Konseyi/İHAM, 2020.

ASLAN ÖNCÜ, Gülay: “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, (ed.) Sibel İncoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 304 vd.

AYBAY, Rona / ÇELİK, Demirhan Burak, İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2022.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, C. 1, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2021.

ATALAY, Özcan: “Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini (II)”, Yargıtay Dergisi, S. 6, 1980, s. 882 vd.

AKBULUT, Olgun: “Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 115-116, Mart-Nisan 2014, s. 7-45.

ATAMER, Yeşim M.: “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, BATİDER, C. 24, S.1, 2007, s. 81-106.

ANTALYA, Gökhan: “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 1, 2022, s. 1-47.

AKANDJİ-KOMBE, Jean-François: Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 2006.

BAŞ SÜZEL, Ece: Tatil Sözleşmeleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

BAŞOĞLU Başak: Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2016.

BAYRA, Ersin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2023, s. 63-113.

BAYEFISKY, Anne F.: “Defining Equality Rights”, in Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Ed. Anne F. Bayefsky/Mary Eberts, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1985.

BESSION, Samantha: “Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme”, Franz Werro (ed.), Droit civil et Convention Européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Schulthess, 2006. (“Droit Privé”).

BESSION, Samantha: “Les obligations positives de protection des droits fondamentaux: Un essai en dogmatique comparative”, Revue de droit suisse, C.1, 2003, s. 49-96. (“Obligations Positives”)

BESSION, Samantha: “L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse”, Editions Universitaires Fribourg, 1999. (“Egalité horizontale”)

BOYAR, Oya: Anayasa ve Özel Hukuk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019. (“Anayasa ve Özel Hukuk”)

BOYAR, Oya: “Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Dolaylı Yatay Etki”, (ed.) Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, ss. 53-80. (“Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve Dolaylı Yatay Etki”)

BOZBAYINDIR, Ali Emrah: “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S.145, 2018, ss. 45-60.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilmemiş Olmasının Hukuki Niteliği – Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2004/I, ss. 203-240.

BİLGİN, Ahmet Murat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22 S.1, 2016, ss. 81-129.

CAN, OSMAN, “Dolaylı Etki” ve “İyi Yönetişim” Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemleri, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 35, 2018, ss. 23-43.

CHEREDNYCHENKO, Olha O.: “The Impact of Fundamental Rights on Dutch Private Law: Revolution or Evolution?”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 453-471.

CHEREDNYCHENKO, Olha O.: “Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?”, Utrecht Law Review. C. 3, S. 2 (2007), s. 1-25. (“Cherednychenko, Relationship”).

CANARIS, Claus Wilhelm: ‘Grundrechte und Privatrecht’, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 184, (1984).

CENTEL, Nur: Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

COLLINS, Toni / ESTERLİNG, Shea: “Fluid Personality: Indigenous Rights and The Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 in Aotearoa New Zealand”, Melbourne Journal of International Law, Vol. 20 No. 1 (2019), s. 197-220.

ÇOBAN, Ali Rıza: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Ayırıcılık Yasağı (14. Madde) ve Mülkiyet Hakkı (P1-1) Açısından Uygulanması”, (ed.) Öget Öktem Tanör, Bülent Tanör Armağanı, İstanbul, Legal Yayınları, 2004, s. 243-260.

DELIYANNI-DIMITRAKOU, Christina / AKRIVOPOULOU, Christina M.: “The Influence of Human Rights and Basic Rights on Greek Private Law”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 319-389.

DEMİRTAŞ, Timur: İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

DÖNMEZKUŞ, Dilara: Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

DUYMAZ, Erkan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 47, ss. 121-160.

DÜRİĞ, Günter: ‘Grundrechte und Zivilrechtsprechung’, (ed.) T. Maunz, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen, Verfassung, 1956.

ERDEM, Mehmet: “Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007, ss. 46-77.

ERDEM, Mehmet/ MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

ERMAN, Hasan : Medeni Hukuk Dersleri-Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2023.

ERGÜL, Ozan: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Erdal Onar Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.I, 2013, s. 433-487.

ERTEN, M. Ali: “Serbest Zaman, Tatil veya Seyahat Zevkinden Yoksun Kalma Nedeniyle Zarar Kavramı Üzerinde Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, C. 6, S. 4, 1980, s. 529-537.

ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 2, 2016, ss. 757-771.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu : Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

GÖKSU, Tarkan: “Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes”, Schweizerische Juristen Zeitung, C. 98 (2002), s. 89-101

GÜLMEZ, Mesut: “Mesut Gülmez’in Konuşması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB Yayınları, Ankara, Şen Yayınevi, 2005.

GÜL, İdil Işıl / KARAN, Ulaş: Ayrımcılık Yasağı-Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, (ed.) Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.

GÜNER, Remzi Orkun: İnsan Hakları Paradoksu- Özne ve Siyaset, İstanbul, Zoe Kitap, 2022.

GÜVEN, Kudret: “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2 S. 1 (2016), s. 11-35.

GÜRPINAR, Damla: “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı (2017), ss. 679- 694.

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022.

HATANO, Hiroki: “Les Droits de l’Homme en Droit Privé au Japon – Influences Indirectes sauf une Exception”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 439-452.

HELLERINGER, Geneviève / GARCIA, Kiteri: “Quelle influence pour les droit des l’homme et les droits fondamentaux en droit privé français?”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 247-294.

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 9. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2021. (“Helvacı, Gerçek Kişiler”)

HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, 6. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2020.

HELVACI, Serap: Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta Yayınları, 2001. (“Helvacı, Koruyucu Davalar”)

HORSEY, Kirsty / NEOFYTOU, Katia: “The Fertility Treatment Time Forgot: What Should be Done About Surrogacy in the UK?”, (ed.) Horsey / Kirsty, Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embryology, Routledge, ss. 117-135.

İNCEOĞLU, Sibel: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, (ed.) Ece Göztepe / Aykut Çelebi, Demokratik Anayasa, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2012, s. 298-338. (İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa)

İNCEOĞLU, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, (ed.) Sibel İncaoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, ss. 7-21. (“Anayasa ve İHAS ilişkisi”)

JONAS, Robert E. / GORBY, John. D.: “West German Abortion Decision, A Contrast to Roe v. Wade”, The John Marshall Journal of Practice and Procedure, C. 9. S. 3, Springer, 1976, ss. 605-684.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Yayınevi, İstanbul, 2002.

KANETİ, Selim: “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 6, 1989, ss. 17-35.

KARAN, Ulaş: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017. (“Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”)

KARAN, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, (ed.) Sibel İncaoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2013. (“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa”)

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Medeni Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021. (“Kılıçoğlu, Medeni”)

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, Turhan Kitapevi, 2016. (“Kılıçoğlu, Basın”)

KILKELLY, Ursula: Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Rehberi, Avrupa Konseyi, 2001.

KOCH, Ida Elisabeth: “Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective”, International Journal of Human Rights, C. 10, S. 4, 2006, ss. 405-430.

KRÜGER, Herbert: “Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung,” Neue Juristische Wochenschrift 2, No. 5, 1949.

KUMM, Mattias: Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law?, German Law Journal, C. 7, S. 4, 2006, s. 341-369.

KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

LOOSCHELDERS, Dirk / MAKOWSKY, Mark: “The Impact of Human Rights and Basic Rights in German Private Law”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 295-317.

LEISNER, Walter: Grundrechte und Privatrecht, Beck, 1960.

MALINVERNI, Giorgio / HOTTELIER, Michel/ HERTIG RANDALL, Maya/ FLUGKIGER, Alexandre: Droit constitutionnel suisse V. II: Les droits fondamentaux, Stämpfli, 2021.

MAK, Chantal: Fundamental Rights in European Contract Law, Wolters, Kluwer, 2008, s. 70-74.

MEINDL, Thomas : La Notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles français et allemandes, Paris, L.G.D.J., 2003.

METİN, Yüksel: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7 S. 27, 2010, ss. 111-132.

MILLER, Jonathan M.: “The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer, 2014, ss. 577-584.

MONTEIRO, Jorge Sinde ve diğerleri, “Human Rights and Private Law in Portugal”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer, 2016, ss. 483-533.

MOUTEL, Beatrice: *L’Effet Horizontal de la Convention Européenne des Droits de L’Homme en Droit Privé Français Essai Sur la Diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Limoges Üniversitesi Yayınları, Limoges, 2006.

NAVARRETTA, E. / BARGELLİ, E.: “The Influence of Human Rights and Basic Rights in Italian Private Law: Strategies of ‘Constitutionalisation’ in the Courts Practice”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer, 2016, ss. 421-437.

NIPPERDEY, Hans Carl: *Grundrechte und Privatrecht*, Scherpe Verlag, 1961.

NİSİM, Franko, İ.: *Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini*, Ankara, 1973.

NOMER, Haluk N.: *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1996.

OCAK, Ayşenur: “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 9 S. 33, 2018, s. 507-535.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapevi, 2023.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

OKTAY, Saibe: *Gezi Sözleşmeleri*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan’a Armağan 2. Cilt, İstanbul, 2010, ss. 1315-1354.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Boşanma Sonrasında Kadın Eşin ve Çocuğun Soyadı", Türk Hukukçu Kadınlar Derneği’nin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, ss. 1-20.

ÖNOK, Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.

ÖZTAN, Bilge: Kişiler Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

PAULUS, Andreas L.: “Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve “Temel Anayasal Önem” Kavramı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 29 S. 1 (2013), ss. 139-149.

PERDECİOĞLU, İsmail Emrah: “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 43, 2020, s. 49-77.

PERNER, Stefan / ZOPPEL, Moritz: “Human Rights and Private Law in Austria”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 99-114.

PREUSS, Ulrich: “The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-political Background”, The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, (eds.) A. Sajó and R. Uitz, (Elevent International Publishing), 2005, ss. 23-32.

RADAY, Frances: “Privatising Human Rights and the Abuse of Power”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 13, 2000, ss. 103-136.

SAĞLAM, İpek: “Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 8, S. 3-4, s. 455-469.

SAĞLAM, İpek: "Unutulma Hakkı," Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu Cilt 1, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 683-701.

SAMSON, Mélanie / LANGEVIN, Louise: "Le rayonnement des droits de la personne en droit privé québécois: Que de chemin parcouru... mais que de chemin à parcourir!", Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 143-186.

SAYIN, Feyza Eren: Paket Tur Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

SAYIN, Zeliha Gizem: "TİHEK'in 14.9.2021 Tarihli Kararı ve Temel Hakların Özel Hukuka Etkisi Işığında Bir Kişilik Hakkı İhlali Olarak Ayrımcılık", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

SCHWABE, Jürgen: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, Goldmann, 1971.

SCHWEIZER, Rainer J.: "Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar ad Art. 35", Art. 35 No 22, Zürich/Basel/Genf, 2002.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey / Yeşim M., ATAMER: Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

SEROZAN, Rona: Hukukta Yöntem ve Mantık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. ("Hukukta Yöntem")

SEROZAN, Rona: Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, ss. 67-101. ("Manevi Tazminat")

SEROZAN, Rona: Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, MHAE Sempozyumu Yayını, İstanbul, 1980, ss. 171-176. ("Yeni Eğilimler")

SEROZAN, Rona: Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.11, S.14, İstanbul, 1977, ss. 93-112 ("Bazı Düşünceler")

SMITS, Jan: “Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View”, Constitutionalisation of Private Law , (ed.)Tom Barkhuysen, Siewert Lindenbergh, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 9-22.

SİRMEN, Lale: “Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 47, S. 1, 1990, ss. 22-32.

ŞAHİN ŞENGÜL, Eda / ÖZDEN ÇELT, Damla: “Yargıtay Kararları Işığında Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, İnönü Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, ss. 520 -538.

ŞENTÜRK TUR, Melike: “Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2023, ss. 384-414.

TEPEDINO, Gustavo: “Human Rights in Private Law: The Brazilian Experience”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016, ss. 115-142.

TRSTENJAK, Verica : “The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law”, Trstenjak, Verica / Weingerl, Petra (eds.) The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer, 2016.

TANDOĞAN, Haluk: “2872 sayılı Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi, Yıl: 47, S. 45-46, 1986, ss. 31-56.

TANÖR, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2. Baskı, 2022.

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2. Baskı, 2020.

TOPUZ, Murat, “Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKH Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat” (Boşa Harcanan Tatil Zamanı), **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları**, Ankara 2016, ss. 292-298.

TURGUT, Cemile: Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 24-52.

UNUİGBE, Ngozi Finette: "Rights of Rivers: Learning from the River Whanganui Case." Christ University Law Journal, Vol. 11 No. 1 (2022), p. 91-102.

UYGUN, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, İstanbul, 2000.

ÜSTÜN, Çağatay: "Hayvan Hakları İçin Yeni Bir Umut "İnsan Olmayan Kişi" Kavramı", Fasikül Hukuk Dergisi, C. 5 S. 47, 2013, s. 13-21.

VAN DER WALT, Johan: The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, De Gruyter, Berlin/Boston, 2014.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, C.1, İstanbul, 1948.

WEBER, Rolf H. "The Right to be Forgotten More Than a Pandora's Box?", Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC), C. 2, 2011, ss. 120-130. (<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084/jipitec%20%20-%20a%20-%20weber.pdf>)

WERRO, Franz: Responsabilité Civil, Stampfli Editions, Bern, 2017.

WERRO, Franz: "Contrat de voyage à forfait et... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat?", P. Tercier / M. Amstutz / J. Schmid vd. (eds.) Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Schulthess, Zurich/Bâle/ Genève, 2004, s. 695 vd. ("Contrat de voyage")

WERRO, Franz: "Le dommage: l'état d'une notion plurielle", (ed.) Franz Werro / Pascal Pichonnaz, Le dommage dans tous ses états : Sans le dommage corporel ni le tort moral, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013, s. 1-32 ("Dommage")

WERRO, Franz: "Préface-Vorwort", (ed.) Franz Werro, Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonventionen, Schulthess, 2006.

WERRO, Franz / SCHIDLİN, Irène: "La protection de la personnalité et les médias: Une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel", (ed.) Franz

Werro, Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Schulthess, 2006, s. 161-221.

YENİCE CEYLAN, Özge: “Unutulma Hakkının Basın Özgürlüğü Karşısındaki Konumu”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 3, S. 2, 2021, ss. 1-14.

YÜKSEL, Metin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, C. 7, S. 27, 2010, s. 111-132.

YÜZER ELTİMUR, Dilara: AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ZEVKLİLER, Aydın: "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1983, ss.1-37. (“Tedavi”)

ZEVKLİLER, Aydın: “Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”, İlhan Ulusan’a Armağan, C. 3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 799-819.

ZEYTİN, Zafer: “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi III – Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII, S.1, 2003, s. 1300-1396.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Zeliha Gizem SAYIN
Tez Başlığı : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının
Medeni Hukuktaki Kişilik Hakkı Kavramına Etkisi
Savunma Tarihi : 27 / 12 / 2023
Danışman : Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY (Asil üye)**Prof. Dr. Hasan Ü. ERMAN** (Asil üye)**Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU** (Asil üye)**Prof. Dr. Mehmet ERDEM** (Asil üye)**Doç. Dr. Oya BOYAR** (Asil üye)**Doç. Dr. A. Tuba AKÇURA KARAMAN** (Yedek üye)**Doç. Dr. Olgun AKBULUT** (Yedek üye)

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü